
A UNIFICAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Jonas Massaia dos Santos

Área de conhecimento: Direito

Eixo Temático: Direito Civil, Processo Civil e Tutela dos interesses coletivos, difusos e transindividuais

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise da possibilidade de unificação das Tutelas Cautelar e Antecipada no Código de Processo Civil; O trabalho foi elaborado por meio do método bibliográfico, tendo como conclusão que existe tal possibilidade e que essa unificação facilitaria a atividade do operador jurídico, tornando irrelevante a discussão acerca da natureza jurídica da medida de urgência, já que a medida seria classificada como satisfativa ou cautelar por meio das peculiaridades do caso concreto e do pedido, que seria feito requerendo-se apenas “Tutela de Urgência”. Após o pedido, é que a medida seria classificada como cautelar ou satisfativa.

Palavras-chave: Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Processo Civil. Unificação.

INTRODUÇÃO (TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA)

Por muito tempo o processo civil clássico configurou-se em muitos de seus procedimentos, como um óbice para a materialização da “justiça”. A separação estanque entre os processos de conhecimento, de execução e cautelar, a crença na existência de apenas sentenças constitutivas, condenatórias e executivas, a ausência de um debate democrático e aberto para a elaboração do Código de Processo Civil (1973), bem como a veneração do processo como um segmento autônomo, que traz um fim em si mesmo, tornou difícil, morosa e pouco efetiva a função procedimental.

Na visão de MARINONI (2008, p. 20):

Em um determinado momento o processualista acordou e observou que a Justiça civil era elitista – porque estava afastada da grande maioria da população, que por várias razões evitava recorrer ao poder judiciário – e inefetiva, já que não cumpria aquilo que prometia, principalmente em virtude de sua lentidão. Tal constatação foi possível porque o estudioso passou a encarar o processo civil através de um ângulo externo e eminentemente crítico.

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

A constatação de MARINONI escancara a realidade do processo civil brasileiro. Recorrer ao Judiciário tem sido visto como sinônimo de lentidão, inefetividade e onerosidade. Assim a sempre almejada efetividade processual torna-se distante, e o processo, um fim em si mesmo, tornando a aplicação do direito material um objetivo secundário, quando não esquecido. Além disso, a constante transformação social tornou o modo como o fenômeno processual era compreendido e aplicado, até então, obsoleto.

Com o passar do tempo, a compreensão do processo civil, dentro de um fenômeno denominado sincretismo processual, que compreende atos liminares, cognitivos e executivos dentro de um processo de conhecimento, por exemplo, e o maior estudo e compreensão acerca das tutelas de urgência causaram melhoras significativas na celeridade e eficácia do processo civil.

Assim, as técnicas processuais liminares passaram a ser desenvolvidas e utilizadas, com o objetivo de alcançar maior eficácia nos procedimentos processuais civis. Nas palavras de ARRUDA ALVIM (2002, p. 01):

A busca por uma maior efetividade do processo, decorrência da maior complexidade das relações sociais, fez com que, cada vez mais, aqueles que se socorressem do Judiciário buscassem soluções rápidas, urgentes e eficazes para a solução dos conflitos. Foi nesse contexto que começou a se aprofundar a busca por instrumentos processuais aptos a atender essas necessidades. A cautelaridade, nesse contexto, ganhou enorme espaço.

A tutela cautelar, portanto, ganhou grande relevo no cenário processual, passando a ser uma das técnicas processuais mais aptas a conferir eficácia ao processo civil.

1 TUTELA CAUTELAR

O processo cautelar está disposto no Livro III do Código de Processo Civil. Do artigo 796 a 811 estão insculpidas as disposições gerais, enquanto

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

que os procedimentos cautelares específicos estão dispostos do artigo 813 ao 889.

São procedimentos cautelares específicos os seguintes: Arresto (813), Seqüestro (822), Caução (826), Busca e Apreensão (839), Exibição (844), Produção Antecipada de Provas (846), Alimentos Provisionais (852), Arrolamento de Bens (855), Justificação (861), Protestos, Notificações e Interpelações (867), Homologação do Penhor Legal (874), Posse em Nome de Nascituro (877), Do Atentado (879), Do Protesto e da Apreensão de Títulos (882) e Outras Medidas Provisionais (888).

Como foi dito anteriormente, o processo cautelar é a terceira espécie de processo previsto pelo Código de Processo Civil, ao lado dos processos de conhecimento e de execução. Trata-se da espécie processual destinada a garantir a eficácia do provimento jurisdicional, visando assegurar, dar condições para que o processo, seja de conhecimento ou execução, possa emitir seus efeitos sobre a realidade fática.

Nas palavras de WAMBIER, CORREIA DE ALMEIDA e TALAMINI (2005, p.33):

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

Funciona, assim, o processo cautelar como um instrumento para os demais segmentos do processo, a fim de garantir a eficácia da prestação jurisdicional, seja em fase de execução ou de conhecimento. Tem, portanto, natureza jurídica de tutela de urgência, pois caso não concedida, o que entra em risco é a eficácia da prestação processual e de modo indireto, a próprio bem jurídico objeto da lide. Posicionam-se WAMBIER, CORREIA DE ALMEIDA e TALAMINI (2005, p. 35) no seguinte sentido:

Porque se, de um lado, se pode afirmar que o processo tem caráter instrumental, com relação ao direito material (por exemplo, às normas de direito civil), porque existe para fazer com que sejam efetivamente

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

cumpridas estas normas, de outro lado o processo cautelar existe para garantir a eficácia do processo de conhecimento ou de execução, sendo, logo, nesse sentido e nessa medida, instrumento do instrumento.

Diferente de WAMBIER, CORREIA DE ALMEIDA e TALAMINI, MARINONI e CRUZ ARENHART (2007, p. 23) aprofundam a análise da tutela cautelar, chegando a conclusão de que, a afirmação de que o processo cautelar trata-se de um “instrumento do instrumento”, afirmação esta cunhada na concepção processual de Piero Calamandrei, em seu *Istituzioni di diritto processuale civile*, não corresponde a real função da tutela cautelar.

Segundo MARINONI e CRUZ ARENHART, antes de ser um instrumento ao processo, a tutela cautelar é um instrumento ao direito material ou a garantia de uma situação juridicamente tutelável. Em suas palavras (2007, p. 23):

De modo que, se a tutela cautelar é instrumento de algo, ela somente pode ser instrumento para assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso. Aliás, caso a tutela cautelar fosse considerada instrumento do processo, ela somente poderia ser considerada instrumento do processo que, ao final, concede a tutela do direito material. Isto, na verdade, é compreensível, pois o elaborador da teoria da instrumentalidade ao quadrado da tutela cautelar, isto é, da teoria de que a tutela cautelar é instrumento do próprio processo – que já teria a natureza de instrumento do direito material -, é um dos mais célebres defensores da teoria concreta do direito de ação. Ora, quem entende que a tutela do direito material pode confundir, com facilidade, tutela destinada a assegurar a tutela do direito material com tutela do processo.

Na citação acima, o autor se refere a Piero Calamandrei, um dos ícones da teoria clássica do processo cautelar e, pode-se dizer, criador da expressão que o processo cautelar é um “instrumento do instrumento”. Ademais, MARINONI e CRUZ ARENHART buscam fundamentação em Ovídio Baptista da Silva para contrapor-se a teoria clássica, afirmando que a função do processo cautelar é, como foi acima afirmado, servir de instrumento ao direito material, não ao processo. Nesse sentido, MARINONI e CRUZ ARENHART (2007, p. 20):

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

Contra-pondo-se à teoria clássica – que, repita-se, não relacionava a função jurisdicional com a tutela do direito material -, surgiu a teoria que atribui à função cautelar a proteção de um direito aparente submetido a perigo de dano iminente. Nesta direção, a tutela cautelar não protege o processo, mas sim o direito. Ovídio Baptista da Silva conseguiu demonstrar a superioridade desta teoria, ao evidenciar que a tutela marcada pela característica da “provisoriedade” - qualidade que advém da sumariedade da cognição e significa a contradição de “definitividade” da tutela prestada ao final do processo – nem sempre é uma tutela cautelar. O que define a cautelaridade não é a provisoriedade ou a circunstância de a tutela ser concedida no curso do processo de conhecimento, mas sim a sua função diante do direito material. A tutela que satisfaz o direito material, ainda que no curso do processo – tutela antecipatória -, não pode ser concedida com a tutela cautelar, pois esta última não tem o escopo de realizar ou satisfazer o direito, mas apenas de assegurá-lo.

Portanto, pode-se dizer que o processo cautelar não visa tão somente garantir a prestação eficaz da atividade processual, mas, sobretudo, visas garantir uma situação juridicamente tutelável, que permita a aplicação do direito material, independente de este direito ser, futuramente, procedente ou improcedente.

Apesar da divergência conceitual entre os autores citados, acerca da natureza jurídica da tutela cautelar, fato é que o processo cautelar trata-se de processo autônomo, com função e características próprias. Neste sentido, definem MEDINA, CALDAS DE ARAÚJO e FONSECA GAJARDONI (2009, p. 72):

O processo cautelar, apesar de voltado à tutela de um processo principal, tem individualidade e finalidades próprias. Sendo assim, está no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução, iniciando sua existência com uma petição inicial (com pedido e causa de pedir peculiares) e terminando com uma sentença concessiva ou não da cautela.

Após a explanação acima exposta, os mesmos autores, na mesma obra, definem as características do processo cautelar (2009, p. 74 a 78) como “acessoriedade, dupla instrumentalidade, urgência, sumariedade de cognição, inexistência de coisa julgada (em regra), provisoriedade ou precariedade e revogabilidade ou mutabilidade”.

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

1.1 Origem constitucional da Tutela Cautelar

É inegável a origem constitucional da tutela cautelar. A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso XXXV dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A interpretação oriunda da norma, que dispõe expressamente que não será afastada do Judiciário ameaça a direito, sem dúvida é a base fundamental do processo cautelar, que uma vez presente na carta magna, possui maior legitimidade e força normativa.

Em consonância de raciocínio, GARCIA MEDINA, CALDAS DE ARAÚJO e FONSECA GAJARDONI (2009, p. 31) assim esclarecem:

De acordo com o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Orienta a norma constitucional a *concepção de normas infraconstitucionais* e, também, a *atividade jurisdicional*. Atua a jurisdição, assim, com o intuito de realizar o Direito, não apenas restaurando a ordem jurídica violada, mas, também, *evitando que tal violação ocorra*.

Em complemento, prosseguem os referidos autores:

Decorre do mencionado comando constitucional, ainda, que a previsão, na ordem jurídica, de um direito material compreende também uma dimensão processual adequada a garantir sua eficácia (*due process*). Inexistisse, no plano do processo, procedimento apropriado à realização *eficaz* do direito material, chegar-se-ia à conclusão paradoxal de que este direito material inexistiria concretamente, mas apenas abstratamente.

1.2 Dos pressupostos da Tutela Cautelar: Do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*

O processo cautelar se trata de processo autônomo, iniciado por petição inicial e concluído por sentença, exigindo assim como os demais procedimentos, as condições da ação (causa de pedir, legitimidade de parte e

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

possibilidade jurídica do pedido) e os pressupostos processuais (citação válida, por exemplo). No entanto, o processo cautelar também possui dois pressupostos específicos.

Tais pressupostos específicos são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, assim definidos por WAMBIER, CORREIA DE ALMEIDA e TALAMINI (2005, p. 35):

A expressão *fumus boni iuris* significa aparência de bom direito, e é correlata às expressões cognição sumária, não exauriente, incompleta, superficial ou perfunctória. Quem decide com base em *fumus* não tem conhecimento pleno e total dos fatos e, portanto, ainda não tem certeza quanto a qual seja o direito aplicável. Justamente por isso é que, no processo cautelar, nada se decide acerca do direito da parte. Decide-se: se A tiver o direito que alega ter (o que é provável), devo conceder a medida pleiteada, sob pena do risco de, não sendo ela concedida, o processo principal não poder ser eficaz (porque, por exemplo, o devedor não terá mais bens para satisfazer o crédito).

Em seguida, os mesmos autores, na mesma obra, explicam o conceito do pressuposto *periculum in mora*:

Esta última característica de que acima se falou (o risco) é o que a doutrina chama de *periculum in mora*. É significativa da circunstância de que ou a medida é concedida quando se pleiteia ou, depois, de nada mais adiantará a sua concessão. O risco da demora é o risco da ineficácia.

Tais pressupostos específicos ratificam as características de urgência, sumariedade de cognição e mutabilidade, próprias da tutela cautelar. Em razão de o processo cautelar ter por escopo garantir uma situação juridicamente tutelável, na qual o direito material possa ser aplicado, não é possível em razão da eminente situação de dano, a larga produção de provas sob a égide do contraditório, típica do procedimento ordinário.

Para MARINONI e CRUZ ARENHART (2007, p. 28), “a tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente”. Quanto a eminente situação de dano, assim posicionam-se os autores:

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

O perigo de dano deve ser fundado em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não em meras conjecturas de ordem subjetiva. Além disto, embora o perigo de dano faça surgir uma situação de urgência, tornando insuportável a demora do processo, não há razão para identificar perigo de dano com *periculum in mora*, como se ambos tivessem o mesmo significado. O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isto mesmo, para se evidenciar a necessidade da tutela cautelar, não basta alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência da sua causa, ou seja, o perigo de dano.

Apesar de ser pacífico o entendimento doutrinário, no sentido de os pressupostos específicos do processo cautelar acima citados serem indispensáveis a procedência do pedido cautelar, há grande divergência quanto a natureza jurídica desses requisitos. Tal divergência é explicada por DONIZETTI (2007, p. 774):

Há divergência doutrinária quanto à natureza dos requisitos de concessão da medida cautelar. Para *Enrico Tulio Liebman*, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* figuram como condições da ação cautelar, a par da possibilidade jurídica do pedido, do interesse de agir e da legitimidade das partes; já *Frederico Marques* entende que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* integram-se no interesse de agir; *Humberto Teodoro*, a seu turno, insere o *periculum in mora* no interesse de agir e o *fumus boni iuris* na possibilidade jurídica do pedido; finalmente, para *Calmon de Passos*, dentre outros, tais requisitos constituem o mérito da ação cautelar.

Divergências a parte, é certa a imprescindibilidade da comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para que a procedência do pedido cautelar seja auferida.

1.3 O Poder Geral de Cautela e as Cautelares Inominadas

Segundo MESQUITA (2002, p. 225), por poder geral de cautela entende-se:

Ao *poder cautelar geral* se dá conotação própria, reconhecendo um poder discricionário ao juiz em proporções quase absolutas. Como afirma Galeno Lacerda: “Estamos em presença de autêntica norma

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

em branco, que confere ao magistrado, dentro do Estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do *imperium*, decretava os *interdicta*”.

Devido a incomensurável gama de danos que podem ensejar a propositura de uma medida cautelar, o Código de Processo Civil prevê em seu Artigo 798 o chamado poder geral de cautela, atribuído ao magistrado. Por meio dele, pode o Estado – Juiz determinar medidas que não estão previstas nas medidas cautelares específicas, citadas anteriormente. Nas palavras de GARCIA MEDINA, CALDAS DE ARAÚJO e FONSECA GAJARDONI (2009, p. 80):

Não podendo o legislador prever todas as situações de risco que justificassem a intervenção cautelar, criou uma fórmula genérica que permite ao magistrado ofertar tutela cautelar fora das situações expressamente previstas na lei. Trata-se do que se convencionou chamar *poder geral de cautela do juiz*. Cujas previsões legais se encontram no art. 798, do CPC. Trata-se de *poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional*, com lastro constitucional, decorrente da garantia de acesso à Justiça, que põe a salvo qualquer situação, mesmo não prevista em lei, que demande tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF).

De modo genérico, basta que o autor comprove os pressupostos específicos da tutela cautelar, a saber, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, para pleitear proteção a um provável direito, por meio de ação cautelar inominada. No entanto, existem divergências sobre os limites deste poder geral de cautela. Para WAMBIER, CORREIA DE ALMEIDA, e TALAMINI (2005, p. 43):

Há discordância, na doutrina e na jurisprudência, sobre as dimensões deste poder. Discute-se se o juiz pode tomar providências de natureza cautelar, sem ser provocado, só no bojo de processo cautelar já instaurado ou também no processo de conhecimento. Discute-se, também, se há fungibilidade entre medidas cautelares nominadas e inominadas. Pergunta-se, por exemplo, se pode o juiz receber como cautelar inominada um arresto baseado em situação fática que, rigorosamente, não poderia ter ensejado a propositura de arresto.

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

Ainda, segundo WAMBIER, CORREIA DE ALMEIDA, e TALAMINI (2005, p. 43) são “exemplos de cautelares inominadas bastante comuns a sustação de protesto de títulos e a suspensão de deliberações sociais”. Antes da introdução do instituto processual denominado antecipação de tutela no sistema normativo brasileiro, por meio da reforma processual de 1994, o poder geral de cautela era comumente utilizado por advogados de modo “travestido”, a fim de se obter liminares satisfativas.

Este uso distorcido das medidas cautelares é explicado por GARCIA MEDINA, CALDAS DE ARAÚJO E FONSECA GAJARDONI (2009, p. 28):

Previa o CPC de 1973, originalmente, apenas o processo cautelar como forma de realização das tutelas jurisdicionais de urgência. A possibilidade de concessão de liminares, no Código, era admitida apenas em relação a alguns procedimentos especiais (ações possessórias, por exemplo). Por isso, em muitos outros casos em que se fazia necessária uma tutela urgente, faziam as partes uso de procedimento cautelar, ainda que não se estivesse diante de pedido de tutela genuinamente cautelar.

Exemplo deste uso deturpado das cautelares era o uso de ações cautelares para substituir o mandado de segurança, que não poderia mais ser impetrado em razão da decadência. Explica MARINONI (2008, p. 33):

O que faltava em nosso Direito era a expressa possibilidade da concessão da tutela antecipatória de cognição exauriente. Note-se que a “ação cautelar” que substituíra o mandado de segurança que não mais podia ser impetrado em razão da decadência nada mais era do que uma ação de cognição exauriente onde se postulava uma tutela sumária. Tal ação, embora na prática rotulada de “cautelar”, afastava-se da cautelaridade na mesma proporção em que o “direito líquido e certo” se afasta da “fumaça do bom direito”. Nestes casos, o desconhecimento da técnica da cognição faz pensar que a ação era “cautelar satisfativa”, dispensando a propositura de uma “ação principal”, ou mesmo, que era necessária uma absolutamente inócua “ação principal”.

Este uso deturpado das medidas cautelares evidenciou a necessidade de uma reforma processual que só se tornou clara e indiscutível, no momento em que o processualista analisou a ciência processual por um “ângulo externo e eminentemente crítico”, conforme exposição de MARINONI, na 1ª página deste trabalho. Por meio desta análise, ficou comprovada a morosidade e

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

inefetividade do processo civil, que entre outras causas, se deu pela incapacidade do processo clássico em abarcar as controvérsias de uma nova conjuntura, que apresentava mais processos e novos problemas, antes não previstos pelo legislador. Explica MESQUITA (2002, p. 178):

O direito clássico, apegado às fórmulas imutáveis e previamente tarjadas, deve ser esgarçado para que, a partir dele, e não destruindo todas as conquistas alcançadas, se possa redimensioná-lo e adaptá-lo às atuais necessidades da comunhão social.

Este novo momento histórico, contextualizado em uma nova sociedade, movida por transformações sociais, culturais e econômicas passou a exigir novas técnicas processuais, que fossem capazes de amparar as necessidades causadas pela morosidade do Poder Judiciário. A primeira constatação, exposta na citação acima, foi a de que a separação estanque entre processo de conhecimento, de execução e cautelar se tornara insuficiente e obsoleta. Novamente, expõe MESQUITA (2002, p. 179):

Romper com aquela modelação fazia-se premente para atender às novas expectativas da sociedade, na qual o conhecimento, execução e cautelaridade não mais poderiam manter-se em ambientes impenetráveis e estagnados. Fazia-se mister a interação de uma função na outra, pois os anseios sociais não mais se compadeciam com uma estrutura cerebrina e desacreditada pela coletividade para satisfação de seus interesses, cada vez mais ávidos de uma prestação jurisdicional sumária e célere.

Assim, passou-se a compreender o fenômeno processual dentro de concatenados atos de cognição, execução e cautelar dentro do mesmo procedimento. A esse fenômeno, dá-se o nome de sincretismo processual. Neste sentido, posiciona-se ZAVASCKI (2009, p. 9):

Está longe de ser absoluta, entretanto, em nosso sistema, mesmo na versão original do Código de 1973, a segmentação da tutela jurisdicional, consideradas as espécies clássicas acima elencadas. Se é certo que o processo de conhecimento tem por finalidade a certificação do direito, nem por isso se deve concluir ser ele incompatível com a outorga de tutela de outra espécie, e o mesmo vale para o processo de execução e o cautelar. Assim, por exemplo, quando, na ação cautelar, o juiz acolhe alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor, sua decisão importa julgamento

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

definitivo sobre o próprio direito afirmado, típica atividade de cognição, com influência no destino da ação principal cognitiva. É o que dispõe o art. 810 do Código de Processo Civil. O contrário também é verdadeiro: há hipóteses de típica prestação de tutela cautelar na ação de conhecimento, e exemplo disso são as providências urgentes que o juiz pode determinar, durante a suspensão do processo, “a fim de evitar dano irreparável”.

Pontes de Miranda, já em 1939, em sua obra “Comentários ao Código Civil de 1939” afirmava a inexistência de um processo puro, o que pode ser considerado um prenúncio daquilo que veio a se chamar de sincretismo processual. Esta percepção de Pontes de Miranda comprova que a compreensão do sincretismo processual não se dava em razão das normas vigentes à época não oferecerem margem de interpretação para isso, mas sim devido a falta de análise crítica dos processualistas para compreenderem o fenômeno processual dentro de uma ótica de efetividade. Neste sentido, coloca-se a lição de MESQUITA (2002, p. 419):

Convém alertar, com espeque em Pontes de Miranda, para a inexistência de processo puro, vez que, em todos são encontráveis traços, em maior ou menor escala, de cognição, executoriedade e cautelaridade, bem como para a inexistência de sentença pura, pois há preponderância de eficácia declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva, e não pureza de uma dessas eficácias.

Seguindo o mesmo raciocínio, aventou-se a necessidade de atos de execução na fase cognitiva; inexistia técnica processual para alcançar os efeitos de uma sentença transitada em julgado e posta em fase de execução, mesmo quando era indiscutível o direito do autor, situações estas, em que se usava erroneamente a medida cautelar, como já foi explicado.

Este foi o cenário, em meio a que se deu a introdução da tutela antecipatória no sistema normativo brasileiro que, pode ser considerada uma evolução das tutelas de urgência, na busca por um processo civil mais célere e efetivo.

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

1.4 A tutela antecipatória

A introdução do instituto da antecipação de tutela, no processo civil brasileiro, se deu por meio da lei 8.952/94. O instituto está disposto no Código de Processo Civil ao teor dos artigos 273 e 461, § 3º, e no Código de Defesa do Consumidor, com previsão no artigo 84. Basicamente, a tutela antecipada consiste em antecipar, a pedido da parte e dentro dos requisitos elencados pelo artigo 273, do Código de Processo Civil, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.

DONIZETTI (2007, p. 239) apresenta o seguinte conceito ao instituto:

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

Para evitar o “dano subjetivo” citado pelo desembargador mineiro, além da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação, deve o juiz conceder a antecipação de tutela nas situações em que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Sem dúvida, a tutela antecipatória foi na visão da grande maioria dos processualistas brasileiros, a mais profunda e notável alteração realizada no Código de Processo Civil brasileiro, na última década. Para MARINONI (2008, p. 27):

A tutela antecipatória, 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 oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I), mas também porque permite a antecipação da realização dos direitos nos casos de abuso de direito de defesa (art. 273, II) e de parcela incontroversa da demanda (art. 273, § 6º). Desta forma concretiza-se o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

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.

Da mesma forma, posiciona-se ZAVASCKI (p. 3):

Especificamente quanto ao último, objeto do presente ensaio, convém frisar desde já que, mais que simples alteração tópica deste ou daquele dispositivo legal, a reforma se operou profundamente na própria estrutura do sistema. A universalização da tutela antecipada representou mudanças dos rumos ideológicos do processo, um rompimento definitivo da tradicional segmentação das atividades jurisdicionais, separadas, na estrutura original do Código, em ações e processos autônomos, de conhecimento, de execução e cautelar. Várias dessas atividades, desenvolvidas tradicionalmente em processos apartados de execução ou cautelar, foram transpostas de sua sede autônoma para dentro do processo de conhecimento, no qual passarão a ser cumpridas mediante ordens ou mandados expedidos ali mesmo pelo juiz. Em mais uma batalha de eterna luta entre segurança jurídica e efetividade do processo, ampliaram-se os domínios dessa última. Novos espaços foram abertos para as medidas de tutela provisória dos direitos, produzidas em regime de cognição sumária e à base de juízos de simples verossimilhança.

No entanto, tamanha evolução conferida ao processo civil brasileiro pela antecipação de tutela, apenas se concretiza ante uma sensível e atenta análise do magistrado ao caso concreto; uma decisão equivocada, no sentido de beneficiar o autor com a antecipação dos efeitos da tutela, pode por outro lado gerar efeitos irreversíveis em desfavor do réu.

Esta dificuldade encontrada na análise para concessão de tutela antecipatória é apontada por MESQUITA (2002, p. 421):

O Grande problema, já apontado, da tutela antecipada radica na necessidade de uma cognição sumária e, ao mesmo tempo, da certeza da decisão. Com efeito, imprescindível que se obedeçam aos princípios do devido processo legal e o do contraditório e ampla defesa, tornando difícil a busca da solução adequada e ponderada a partir do cotejo entre essas forças opostas.

Em relação ao perigo de danos irreversíveis em desfavor do réu, gerados por uma concessão de provimento antecipatório equivocada, GARCIA MEDINA, CALDAS DE ARAÚJO e FONSECA GAJARDONI (2009, p. 51) elegem um requisito complementar ao § 2º do artigo 273 do Código de

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

Processo Civil, o *periculum in mora* in verso:

Ao examinar o requisito, assim, deverá o juiz verificar se encontra presente o *periculum in mora* inverso, isto é, se, com a concessão da medida, causar-se-á dano irreparável ao réu. Decidiu-se, por exemplo, que não era o caso de se conceder antecipação dos efeitos da tutela que suspenderiam benefícios previdenciários outrora concedidos em favor da ré, pessoa de idade avançada.

No entanto, convém esclarecer que os requisitos a serem preenchidos para a concessão de tutela antecipatória e as questões afetas a irreversibilidade do provimento antecipatório (§ 2º, Código de Processo Civil), problemática da presente monografia, serão oportunamente abordados nos capítulos 2 e 3 do presente trabalho.

Por fim, resta comprovado que a principal característica da tutela antecipatória – e também a sua principal diferença em relação às medidas cautelares – é a satisfatividade de sua medida, concedida por meio de cognição sumária. Apesar dessas tutelas de urgência apresentarem características diferentes, a saber, cautelaridade e satisfatividade, há previsão legal de fungibilidade entre as tutelas de urgência.

1.5 A fungibilidade das tutelas de urgência

Como anteriormente foi explicado, o que define a espécie da tutela de urgência, isto é, se é cautelar ou antecipatória, é a função que essa medida desempenhará no processo. Caso a medida vise assegurar uma situação juridicamente tutelável, na qual o direito material possa ser aplicado, estaríamos diante de uma medida cautelar. Caso a medida vise a antecipação, parcial ou total dos efeitos pretendidos no pedido inicial, estaríamos diante de uma medida satisfativa. Nas palavras de MARINONI e CRUZ ARENHART (2008, p. 61):

Como visto, a tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material. Por esta razão, é caracterizada

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

pela instrumentalidade e pela referibilidade. A tutela cautelar é instrumento da tutela satisfativa, na medida em que objetiva garantir a sua frutuosidade. Além disto, a tutela cautelar sempre se refere a uma tutela satisfativa do direito, que desde logo pode ser exigida, ou que, dependendo do acontecimento de certas circunstâncias, poderá ser exigida. A tutela antecipatória, porém, é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização – e não a sua segurança – mediante cognição sumária ou verossimilhança. Na verdade, a tutela antecipatória, de lado hipóteses excepcionais, tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipatória é a tutela final antecipada com base em cognição sumária.

Acima dessas diferenças, tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipatória são espécies de um gênero, as tutelas de urgência. Em razão de apresentarem natureza jurídica semelhante, essas tutelas podem confundir - sem em vários pontos. Novamente, temos a explicação de MARINONI e CRUZ ARENHART (2008, p. 68):

A tutela de urgência é gênero, do qual são espécies a tutela antecipatória (baseada em *periculum in mora*) e a tutela cautelar. A tutela antecipatória pode configurar antecipação *stricto sensu*, da tutela perseguida no processo de conhecimento, ou somente antecipar tutela que suponha a declaração ou a constituição. Neste último caso, segundo o legislador, a tutela antecipatória pode ser confundida com a tutela cautelar.

É este motivo que a Lei 10.444 de 07/05/2002 acrescentou o § 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil. Tal artigo estabelece a fungibilidade entre as tutelas de urgência. Esta alteração legislativa se deu em razão, segundo GARCIA MEDINA, CALDAS DE ARAÚJO e FONSECA GAJARDONI (2009, p. 41), da dificuldade encontradas pelos operadores do direito para, no caso concreto, definirem com absoluta clareza se uma medida é cautelar ou satisfativa. Ainda segundo os referidos autores:

Para evitar este inconveniente, estabelece o § 7º do art. 273 do CPC 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”. Assim, nas zonas limítrofes ou cinzentas entre os dois institutos (e até mesmo nos casos de erros explícitos em que se vislumbra boa – fé da parte do requerente), autoriza a lei que o juiz aplique o princípio da fungibilidade,

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

recebendo o pedido antecipatório como sendo cautelar, deferindo a proteção correspondente, desde que presentes os requisitos legais.

Em complemento ao raciocínio dos autores acima citados, posicionam-se WAMBIER, CORREIA DE ALMEIDA e TALAMINI (2005, p. 39), afirmando que a “consciência dos pontos em comum entre a tutela cautelar e a tutela antecipada” e a “classificação dessas duas espécies dentro do gênero tutelas de urgência, possui duas decorrências muito importantes”:

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

A este dever mencionado pelos referidos autores (atualmente tipificado ao § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil), GARCIA MEDIA, CALDAS DE ARAÚJO e FONSECA GAJARDONI (2009, p. 42) dão o nome de “fungibilidade de mão dupla”:

Controverte-se sobre a possibilidade de se interpretar o § 7º do art. 273 como autorizador de fungibilidade de “mão dupla” (duplo sentido vetorial), isto é, sobre a possibilidade de o juiz conceder medidas antecipatórias quando requeridas a título de cautela. Nota-se haver tendência majoritária na doutrina e na jurisprudência no sentido de se admitir a interpretação mais favorável à tutela dos direitos, com desapego às condicionantes de ordem formal, admitindo a concessão de medidas antecipatórias a despeito do pedido de medida cautelar, desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC.

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

Porém, apesar de já pacificada na jurisprudência e doutrina e da expressa previsão legal, a fungibilidade das tutelas de urgência não pode significar o abandono da apurada técnica processual; assim, torna-se imprescindível a acertada diferenciação entre os requisitos necessários a concessão de cada espécie de tutela de urgência, visto ser este um grande elemento diferenciador entre as características, cautelaridade e satisfatividade. Neste sentido, fundamento minha colocação em MESQUITA (2002, p. 413):

De igual sentir é Teresa Arruda Alvim Wambier, quando aponta, com precisão, as diferenças entre a cautelar e a antecipação de tutela, em primeiro momento referindo-se à inconciliabilidade das expressões, *verossimilhança* e *prova inequívoca*, que servem para demonstra a robustez exigida para a concessão da antecipação de tutela. A seguir, traça os objetos da cautelar, enquanto meio de afastar o *periculum in mora*, ou risco de dano à eficácia da providência pleiteada, quando a tutela antecipada pressupõe o próprio direito, que, desde logo, deve mostrar-se evidente, merecendo tutela especial e diferenciada. E por último o critério da *satisfatividade*, que não deve encartar-se na medida cautelar, porquanto inadmite a coincidência com o provimento final.

No entanto, mesmo que a fungibilidade não seja motivo para o abandono da boa técnica processual, capaz de diferenciar fundamentadamente medidas cautelares de medidas satisfativas, é inolvidável a evolução conferida pelo reconhecimento da fungibilidade entre as tutelas de urgência. Este instituto, sem dúvida é a materialização normativa dos princípios da instrumentalidade das formas, da efetividade processual e do acesso à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como conclusão do presente trabalho, chega-se ao consenso de que a unificação da tutela cautelar e da tutela antecipada é possível, e traria indiscutivelmente, evolução ao processo civil brasileiro.

Esta afirmação se funda nas fundamentações apresentadas ao longo deste trabalho. Conforme o exposto, tutela cautelar e tutela de antecipada são espécies de uma categoria maior, denominada pela doutrina de tutela de

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

urgência. A tutela cautelar foi a primeira espécie de tutela de urgência tipificada no atual Código de Processo Civil, sendo a tutela antecipada a segunda.

Pode-se dizer, inclusive, que a tutela cautelar foi a origem jurídica, teórica e semântica ao que veio a se constituir e se formalizar em forma de norma jurídica, em tutela antecipada. A maior prova dessa constatação era o hábito de muitos advogados utilizarem as medidas cautelares de modo deturpado, a fim de se obter medidas satisfativas, o que causava uma desnaturalização do propósito técnico–processual da tutela cautelar (vide item 1.3).

A segunda prova da indubitável possibilidade de unificação das tutelas cautelar e antecipada sob uma única espécie intitulada tutela de urgência, é o advento do § 7º do artigo 273, do Código de Processo Civil. Este parágrafo, já devidamente abordado trata da fungibilidade das medidas de urgência, possibilitando ao estado-juiz que conceda uma cautelar quando for requisitada uma tutela antecipatória, e vice-versa, dependendo das peculiaridades do caso concreto e das especificidades da tutela pretendida pelo autor.

A unificação das tutelas de urgência daria maior celeridade e efetividade a *práxis* jurídica, permitindo aos operadores jurídicos uma interpretação mais precisa das normas afetas à tutela de urgência, e o fim de discussões já inócuas, no dia a dia profissional, sobre a natureza jurídica de determinada medida de urgência, se é cautelar ou antecipada e quais são suas diferenças, uma vez que tais dúvidas já estão pacificadas sob a égide da fungibilidade, insculpida ao teor do § 7º do artigo 273, do Código de Processo Civil.

Antes da alteração processual que introduziu ao diploma processual o referido parágrafo, os processualistas dedicavam horas diárias de desgastante estudo e atividade intelectual na tentativa de, academicamente/teoricamente, dar as devidas diferenciações entre tutela cautelar e tutela antecipada, pois certo era que um pedido mal fundamentado poderia gerar a improcedência deste mesmo pedido, lesando interesses legítimos do autor.

Ocorre que nem sempre é tão fácil e perceptível a diferença fática e prática entre tutela cautelar e tutela antecipada. Logo, muitos pedidos de tutela cautelar e/ou antecipada foram indeferidos, ante a ausência de fundamentação

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.

apta a realizar tal diferenciação entre as referidas tutelas de urgência. A Unificação das tutelas de urgência torna-se, então, o próximo passo de evolução dentro do Código de Processo Civil brasileiro.

REFERÊNCIAS

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Processo Cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia et al. **Procedimentos Cautelares e Especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. **Curso Avançado de Processo Civil Vol. 3**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. As tutelas de urgência em face do poder público. **Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo**, nº 42, janeiro/fevereiro 2002.

¹ Jonas Massaia dos Santos, Acadêmico de Direito. Email: jonas_massaia@yahoo.com.br.