

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO – UNICAP
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

**A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E
SUA EFETIVIDADE PROCESSUAL**

ELIEZER QUEIROZ DE SOUTO JÚNIOR

Recife
2010

ELIEZER QUEIROZ DE SOUTO JÚNIOR

**A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E
SUA EFETIVIDADE PROCESSUAL**

Dissertação apresentada como um dos requisitos para
obtenção do Grau de Mestre em Direito pela
Universidade Católica de Pernambuco.

Prof. Orientador : Walber de Moura Agra, Dr.

Recife
2010

S728f

Souto Júnior, Eliezer Queiroz de

A fungibilidade das tutelas de urgência e sua efetividade processual / Eliezer Queiroz de Souto Júnior ; orientador Walber de Moura Agra, 2010.
151 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado em Direito Processual, 2010.

1. Direito processual. 2. Tutela antecipada. 3. Processo civil. I. Título.

CDU 347.9

ELIEZER QUEIROZ DE SOUTO JÚNIOR

**A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E
SUA EFETIVIDADE PROCESSUAL**

BANCA EXAMINADORA:

Assinatura:

Prof. Walber de Moura Agra, Dr..

Orientador

Assinatura:

Prof. Lucio Grassi de Gouveia, Dr.

Examinador

Assinatura:

Prof. Sérgio Torres Teixeira, Dr.

Examinador

Assinatura:

Prof. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Dr.

Examinador

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia à minha família, em especial a meus pais, que durante anos me encaminharam para estudo, permitindo que eu enxergasse o caminho por onde deveria andar e alcançar os meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que se interpuseram no meu caminho e, de alguma maneira, contribuíram para que eu chegasse até aqui, aos meus pais pela compreensão de minha ausência em diversos momentos durante o tempo em que me debruçava sobre os livros para a elaboração deste trabalho. Também aos amigos de longas datas por havê-los abandonado um pouco enquanto produzia esta monografia e em especial, minha noiva, Diana Wei, pela demonstração de companheirismo evidente.

Agradeço ao Prof. Doutor **Walber de Moura Agra**, que me acolheu como seu orientando e me concedeu o privilégio de sua atenção para a finalização deste trabalho.

“Tudo vale a pena se a alma não é pequena.”
(Fernando Pessoa)

RESUMO

SOUTO JÚNIOR, Eliezer Queiroz de. 2010. A fungibilidade das tutelas de urgência e sua efetividade processual. Dissertação – Curso de Mestrado em Direito / Universidade Católica de Pernambuco – Recife – Pernambuco.

Nesta dissertação, buscou-se demonstrar que, a despeito de existirem novas técnicas processuais, procurando tornar mais efetiva a prestação da tutela jurisdicional haverá, então, uma necessidade social quanto a se dar celeridade às demandas que se colocam ao judiciário brasileiro. Nesse sentido, observou-se que os princípios se tornam arma potente nas mãos dos julgadores, podendo proporcionar-lhes uma saída processual mais ágil para os casos que são apresentados ao Poder Judiciário. E como os princípios são consagrações de valores de justiça, são fonte do direito e são aplicados pelos magistrados, podem ser perfeitamente usados na resolução da lide, quando da ocorrência das lacunas da lei. Estudou-se, pois, como se aplica a fungibilidade entre as tutelas de urgência e o que isso pode representar para o sistema judiciário pátrio. Trabalhou-se a explicação das tutelas de urgência, fazendo-se ver a necessidade da exposição do debate da questão da substituição da tutela antecipada pela medida cautelar e vice-versa, considerando-se que, apesar disso, este fato último não tem sido bem aceito pela doutrina. Mas se verificou que de acordo com o artigo 273, § 7º, do Código de Processo Civil, torna-se possível a realização da troca de um pedido de antecipação de tutela feito, de forma irregular, por uma medida cautelar, digamos, incidentalmente, no processo de conhecimento. E chegou-se à conclusão de que negar o efeito da fungibilidade seria, de alguma forma, afrontar o atual direito posto, bem como ao princípio da celeridade e duração razoável do processo.

Palavras-Chave: Direito Processual – Fungibilidade – Tutelas de Urgência – Efetividade Processual.

ABSTRACT

SOUTO JR, Eliezer Queiroz. 2010. The fungibility of emergency guardianships and its procedural effectiveness. Dissertation - Master in Law / Catholic University of Pernambuco - Recife - Pernambuco.

In this dissertation, we sought to demonstrate that, despite the new procedural techniques exist, trying to become more effective by courts there, then, as a social need to give speed to the demands faced by the Brazilian judiciary. In this sense, it was observed that the principles become a potent weapon in the hands of judges and may give them a quicker exit procedure for cases that are presented to the Judiciary. And as a consecration of the principles are the values of justice, are a source of law and are applied by judges, can be perfectly used in the resolution of the dispute, upon the occurrence of gaps in the law. Was studied because, as it applies to fungibility between the urgency protections and what it can mean for the judiciary patriotism. Worked up an explanation of the urgency protections, making the need to see the exhibition of the debate the question of replacement of the injunction restraining and vice versa, considering that despite that, this last fact has not been well accepted by the doctrine. But it appeared that in accordance with Article 273, § 7 of the Code of Civil Procedure, it becomes possible to perform the exchange of a request for early relief done irregularly, for a precautionary measure, say, incidentally, the process of knowledge. And he came to the conclusion that denying the effect of commingling would somehow defy the current law stand, and the principle of diligence and reasonable duration of proceedings.

Keywords: Procedural Law – Fungibility- Emergency Guardianship – Effective Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 - FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA: A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS.....	18
1.1 A ATUAÇÃO LEGIFERANTE DOS JUÍZES E O PRINCÍPIO DA INSEGURANÇA JURÍDICA.....	28
1.2 O MAGISTRADO E SUA LIBERDADE DE ATUAÇÃO.....	31
1.3 O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.....	40
1.4 PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE.....	45
CAPÍTULO 2 - AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	49
2.1 DEFINIÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	59
2.2 A TUTELA ANTECIPADA.....	62
2.2.1 Requisitos para sua Concessão.....	69
2.2.2 Natureza do Ato e seus Efeitos.....	72
2.2.3 Da Modificação ou Revogação da Tutela Antecipada.....	73
2.2.4 Breves Comentários sobre a Possibilidade de se Recorrer das Decisões Antecipatórias de Mérito.....	76
2.3 A TUTELA CAUTELAR.....	78
2.4 SOBRE A TEORIA DO PROCESSO CAUTELAR.....	82
2.5 MEDIDAS CAUTELARES SATISFATIVAS.....	91
2.6 TUTELA ANTECIPADA COM CONTORNOS CAUTELARES.....	91
2.7 TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.....	92
CAPÍTULO 3 - A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	99
3.1 TIPOLOGIA DOS TIPOS PROCESSUAIS.....	99
3.2 O § 7º DO ART. 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	102
3.3 FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA.....	117
CAPÍTULO 4 - A FUNGIBILIDADE DE MÃO DUPLA.....	121
CAPÍTULO 5 - AS TUTELAS DE URGÊNCIA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	128
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	138
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	148

INTRODUÇÃO

Apesar das inúmeras tentativas dos operadores do direito, quanto a se adotarem novas técnicas processuais, a fim de tornar mais efetiva a prestação da tutela jurisdicional, em virtude da necessidade social crescente em dar celeridade às demandas judiciais, é fato que sempre haverá a existência de casos concretos que não possuem soluções jurídicas previstas na legislação, que causam determinados entraves no trânsito processual.

Os princípios, dessa forma, se tornam armas potentes nas mãos dos julgadores, a ponto de proporcionar uma saída processual para os casos que são apresentados ao Poder Judiciário. Assim, vale dizer que os princípios, consagrações de valores de justiça, são fonte do direito e são aplicados pelos magistrados, na resolução da lide, quando da ocorrência das lacunas da lei.

Nesse sentido, pois, é que se apresenta neste trabalho, a importância dessas valorações concretizadas, resultado da convivência entre povos, em virtude de sua cultura, denotando o seu poder e influência nas regras de conduta a serem seguidas.

Não obstante o apanhado sobre a importância dos princípios e seu destaque no âmbito processual, faz-se necessário demonstrar o valor do princípio da instrumentalidade das formas, que contribui em muito à efetividade do direito processual civil moderno.

Tal princípio demonstra a pertinência, coerentemente adotada, no art. 244, do Código de Processo Civil, de que o ato processual deve ser aproveitado, mesmo tendo sido praticado de maneira diversa da que o legislador prevê, caso não haja prejuízo para as partes conflitantes e desde que se tenha atingido o resultado pretendido.

O princípio da fungibilidade, objeto desse estudo, encontra fundamento na instrumentalidade do processo, vez que é aceita a apresentação de uma espécie processual (recurso ou tutela de urgência) apresentada de maneira impertinente, como se tivesse sido utilizada a espécie jurídica adequada.

Ou seja, assumindo esse comportamento, o Judiciário está aproveitando um ato que não fora realizado pelos ditames da lei, mas que, de acordo com certa dose de razoabilidade – haja vista que não há prejuízo processual para as partes – é sanada a irregularidade e aproveitada a medida processual, como se o modo correto houvesse sido utilizado, por ter sido alcançado o resultado pretendido.

A importância dos princípios do direito será devidamente destacada, de modo que se possa demonstrar que toda a base legal advém de experiências práticas do ser humano, em face do seu relacionamento com o próximo, o que, eventualmente, gera o conflito de interesses, que precisa ser pacificado, com justiça e rapidez.

A necessidade social em prol da justiça e rapidez dos processos judiciais, fez surgir, durante o passar dos tempos, técnicas processuais que exprimem celeridade ao instrumento do exercício da jurisdição¹.

Assim, objetivou-se realizar a devida explanação sobre as chamadas tutelas de urgência, que socorrem o indivíduo, que possui, muito aparentemente, um bom direito e que necessita do amparo judicial adequado e rápido, face à pretensão que está sendo resistida, visto que não é possível fazer justiça com as próprias mãos, considerando a vedação da autotutela(salvo em casos específicos, previstos em lei, como a legítima defesa, por exemplo).

Pretendeu-se também demonstrar que a utilização das tutelas de urgência pode levar à antecipação do que se pretende, ao final da ação, em face do caráter emergencial do pleito pretendido(no caso do pedido de antecipação de tutela), ou mesmo, assegurar a solidez de um julgamento justo(no caso da tutela cautelar), de modo a evitar o perecimento do objeto da lide².

¹ No entendimento de Ferraz (2009, p. 1), “O descompasso entre o **tempo social** (surgimento do conflito), o **tempo legislativo** (produção da norma), o **tempo do mercado** (lógica do maior lucro no menor prazo) e o **tempo do direito** (aplicação da norma ao fato, com respeito às garantias constitucionais, sobretudo da ampla defesa), revela uma necessidade premente de se reestruturar o sistema judicial”.

² Para BASTOS (2010, p. 2) é “[por causa disso que se tem] prestigiado cada dia mais o princípio da instrumentalidade das formas, do qual decorre o princípio da fungibilidade, que, segundo Bruschi, pode ser entendido como a possibilidade de um recurso ser recebido por outro, sob certas condições”.

Tais tutelas urgenciais protegem a parte que está desamparada, por ter tido um direito violado, seja porque a pessoa está prestes a ter seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito injustamente (por exemplo), seja porque necessita de intervenção cirúrgica urgente, sob pena de perecimento, mas o plano de saúde não está autorizando a cobertura do serviço, quando se evidencia nos autos que os pagamentos estão em dia e que a apólice prevê o acolhimento da prestação da atividade (outro suposto exemplo).

Alguns exemplos serão expostos, de modo a se demonstrar a amplitude da eficácia das tutelas, ao serem utilizadas, para quem tem um direito razoável a ser defendido, devendo ser amplamente provado no processo, de modo a convencer o magistrado de que, se os argumentos não são exatamente a verdade, mas, pelo menos, estão muito próximos disso, ou seja, são os mais verossímeis possíveis.

Procurou-se, por outro lado, considerar que o manejo das tutelas de urgência deve ser muito bem explicado, para que restasse provada na presente pesquisa a enorme utilidade dos institutos, bem como a brilhante colocação da fungibilidade desses mecanismos, quando se utiliza uma medida ao invés da outra, não obstante, desde que isso seja feito de forma minimamente equivocada, para que se aproveite o ato processual.

Inclusive, esse aproveitamento, deve ser praticado de maneira muito sábia pelo julgador, de modo a ser imprimido ao ato processual, a celeridade, a justiça, visto que os requisitos da medida urgencial correta estão devidamente preenchidos, permitindo que o bem jurídico perseguido, pedido jurídico mediato, bem como, a providência jurisdicional solicitada, sejam preservados.

As tutelas de urgência são, assim, instrumentos processuais de grande valia no universo jurídico-processual e que neste trabalho merecem o devido realce, pois o que se pretende demonstrar na pesquisa é a eficácia que exprima sua utilização e o aproveitamento da medida (para que a finalidade seja atingida de forma efetiva) que o magistrado realiza, quando se utilizam equivocadamente os institutos.

No entanto, o equívoco, o erro cometido, ao se praticar o ato, não pode ser absurdo, como será demonstrado, a ponto de se desvirtuar o sentido da lei. O aproveitamento do ato, não é demais ressaltar, deve ser feito, desde que o fim seja atingido e não se traga o prejuízo para as partes litigantes.

Se procurou explicar como se aplica a fungibilidade entre as tutelas de urgência, quando a parte interessada, no processo, requer um pedido de antecipação de tutela, quando o correto seria a apresentação da tutela cautelar, sendo adotada a retificação pelo magistrado e aplicada a forma correta, vez que os requisitos estão devidamente preenchidos.

Dessa maneira, houve a necessidade de se esclarecer a tipicidade da antecipação dos efeitos da tutela antecipada e da tutela cautelar, suas características comuns e suas divergências, bem como, a dificuldade que se torna clara, ao tentar distinguir (tanto conceitualmente, quanto sua utilidade prática) os dois mecanismos judiciais.

Assim, observou-se que, por conta de divergências e da própria dificuldade que se teria quanto a distinguir, em circunstâncias concretas, diferentes espécies de tutela de urgência, a legislação, no atual § 7º do art. 273 do CPC, admite a fungibilidade procedimental, considerando o caráter incidental do processo ajuizado. Verifica-se, porém, que existem os que recusam a fungibilidade quando haja erro grosseiro na apresentação do pedido.

A ação cautelar foi um primeiro instituto criado, vindo regrado pelo Código de Processo Civil de 1973. Mais recentemente, surgiu este outro instituto, a antecipação de tutela, que se inseriu, em nosso ordenamento jurídico, por força da Lei 8.952/94.

Não haviam, assim, tutelas antecipadas genéricas, que só aconteceram com a reforma do art. 273 do Código de Processo Civil, permitindo ao juiz o poder de concedê-las nos processos de conhecimento, desde que sejam preenchidos os requisitos ali consignados.

Com essa perspectiva em vista, foi que se pôde pensar na produção dessa dissertação, considerando-se que o Código de Processo Civil já concebe a concessão de medidas de urgência, no caso de haver uma situação de risco ao provimento final decorrente da demora e, assim, pode-se perfeitamente discorrer sobre esse assunto, inclusive por ser um direito fundamental previsto nas Constituição em vigor, quando este documento trata do acesso à justiça (art. 5.º, XXXV), e também porque foi incluído um inciso, o XXVIII ao art. 5.º, que pressupõe seja essa tutela também, efetiva.

O tema proposto se insere no direito processual civil, todavia, em virtude da importância do objeto a ser investigado, abriu-se um espaço para se discutir sobre a utilidade das tutelas de urgência no direito processual do trabalho, haja vista que o processo trabalhista tem como fonte subsidiária o Código de Processo Civil, em virtude de que as suas normas processualísticas em muito se assemelham aos dispositivos processuais atinentes à Justiça do Trabalho.

Ademais, o direito processual do trabalho é mais informal, mais célere e por possuir uma nota de efetividade maior do que o direito processual civil, merece referência acerca do exercício das tutelas de urgência no seu âmbito, de modo a demonstrar o alcance efetivo do fator justiça, em detrimento do manejo dessas medidas em sua seara.

Ao se deparar com a fungibilidade das tutelas de urgência, faz-se necessária a exposição do debate da questão da substituição da tutela antecipada pela medida cautelar e vice-versa, levando-se em consideração que este fato último (a fungibilidade de mão dupla, que se explicará detalhadamente alhures) não é bem aceito pela doutrina.

Pela lei, mais precisamente o art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, é possível que se realize a troca, pelo juiz, de um pedido de antecipação de tutela feito, de forma irregular, por uma medida cautelar, por exemplo, incidentalmente, no processo de conhecimento. O problema é a discussão que se faz na doutrina acerca da aplicabilidade plena desse princípio e da sua forma inversa.

Foi o que se pretendeu investigar nesse trabalho. A antecipação de tutela apenas poderá ser trocada, segundo parte da doutrina, pela tutela cautelar, caso reste evidenciado, no caso concreto, a dúvida objetiva, não podendo estar configurado, o erro grosseiro, o que será devidamente explanado na presente pesquisa.

A dúvida objetiva parece existir, no caso concreto, quando há impropriedade no texto legislativo, bem como discussão judicial entre magistrados acerca da espécie processual a ser corretamente adotada.

Dando continuidade à solução da problemática já exposta, foi feita uma breve análise acerca da fungibilidade das tutelas de urgência no âmbito da justiça do trabalho, com o objetivo de se comprovar o quão efetivo é o mecanismo das trocas das espécies processuais pelo magistrado, para alcançar a solução o mais possível justa.

Assim, diante de alguns argumentos doutrinários da área trabalhista, de alguns processualistas, tais como Sérgio Pinto Martins, Amauri Mascaro e Renato Saraiva, buscou-se expor que as tutelas de urgência podem ser atingidas pelo princípio da fungibilidade.

No caso, houve a necessidade de citar exemplo atual, em sede de ação rescisória trabalhista, na qual não se admite pedido de antecipação de tutela, devendo ser recebida a medida de urgência como cautelar, pelo princípio objeto deste estudo.

Como o trabalho foi realizado sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, obviamente que este diploma legislativo é que foi utilizado como parâmetro legal para o desenvolvimento do presente contexto.

Contudo, como o Código de Processo Civil está na iminência de ser substituído, tendo uma comissão de juristas elaborado o anteprojeto de lei referente ao novo diploma processual, abriu-se um capítulo a respeito do tema, para que, sensivelmente, pudesse ser realizada uma breve análise acerca das inovações legais.

Assim é que se fez um estudo comparativo, acerca do que foi analisado, entre o Código de Processo Civil em vigor e o anteprojeto do novo instrumento legal,

visualizando a hipótese da permanência ou não das tutelas emergenciais bem como da utilidade do princípio da fungibilidade diante das medidas de urgência e seus escopos legais, como os princípios que possuem forte carga valorativa e que consistem na fundamentação necessária para que se atinja a efetividade processual tão buscada ao longo dos tempos.

Nesse sentido, foram expostas as idéias, evidenciando a opinião profissional do pesquisador quanto às novas normas postas que provocam influência sobre o objeto de estudo apresentado neste trabalho, bem como, instou-se consignar, de maneira objetiva e coerente, o que se pensa, ainda, timidamente (tanto a crítica quanto o autor desta dissertação), sobre a reforma do Digesto Processual Civil, quanto a esse assunto.

Parece, ainda, ser sensivelmente admitido pela jurisprudência a fungibilidade das tutelas de urgência, de maneira inversa da que prevê o art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, ou seja, a aceitação da troca da tutela cautelar solicitada, pela tutela antecipada, por ser esta a medida adequada ao fato concreto.

O problema é saber se os pressupostos da tutela cautelar podem ser equiparados aos requisitos da tutela antecipada haja vista que aqueles são mais frágeis, processualmente falando, que as exigências da tutela antecipada.

O fato é que, tal estudo foi realizado, nada mais, nada menos, procurando-se investigar se a adoção da aplicabilidade do princípio da fungibilidade, nas condições expostas, traz efetividade ao processo, bem como acesso à justiça, dando celeridade ao feito e segurança jurídica ao litígio e, ainda, ao resultado que se pretende alcançar.

De qualquer maneira, a utilização desses recursos sempre se faz com vistas ao melhoramento do direito processual civil moderno e à incessante busca da quebra de paradigmas excessivamente formais que impedem o trâmite célere e efetivo do processo.

O cerne dessa pesquisa foi alcançado, tomando-se por base a pesquisa bibliográfica e documental.

Tomou-se por base consultas jurisprudenciais realizadas no Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Tribunal local, como objeto de estudo, base de repertório jurisprudencial, com o intuito de que outros profissionais do Estado possam se utilizar do presente documento para difundir entre as academias do Estado de PE, bem como entre outros profissionais da região.

A justificativa para a realização de tal atividade é, certamente, simples. O pesquisador, no caso desta dissertação, é advogado militante da região, atuante na área processual cível, estudante da Universidade Católica do Estado de Pernambuco, local onde difunde, juntamente com outros parceiros profissionais, o pensamento do Tribunal Estadual.

Não obstante, além da pesquisa documental, foi também realizado pesquisa jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, bem como, de maneira mais tímida, de outros Tribunais do país.

A pesquisa eletrônica possibilitou que a coleta de dados fosse feita. O desenvolvimento tecnológico da era digital permite que o apanhado dos dados seja realizado de forma ampla, enriquecendo, assim, o objeto de estudo.

Como a possibilidade tornou-se realidade, ressaltou-se a importância da jurisprudência observada nessas breves laudas, haja vista que toda pesquisa deve ter um foco, uma delimitação, seja com relação à matéria, seja com relação ao local em que foi feita a pesquisa, seja ela empírica ou documental, mas não se deve deixar de abrir, expandir o trabalho, trazendo horizontes outros, que são, igualmente, importantíssimos.

A pesquisa documental que foi trazida para a presente dissertação também diz respeito ao breve estudo realizado no anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

Quanto à pesquisa bibliográfica, fez-se algo bastante parecido. Buscou-se pesquisar o entendimento de alguns autores de obras pernambucanas, já que a área territorial pesquisada é, justamente, o Estado de Pernambuco, sem deixar de lado o que outros processualistas do país pensam a respeito do assunto.

A doutrina exprime bem a problemática sobre assuntos polêmicos que são gerados em virtude de eventuais defeitos presentes, muitas vezes, no texto legal posto, de maneira precipitada, o que vem, inclusive, ocorrendo muito, nos últimos anos, no nosso Código de Processo Civil, alvo constante de mudanças legislativas, o que, de fato, traz vários engessamentos procedimentais, causando impacto à efetividade processual buscada.

Tal pesquisa se fez necessária, para demonstrar a benesse da presença do princípio da fungibilidade para que ocorra a satisfação do direito perseguido de maneira célere, através da implementação das tutelas de urgência, de muita importância para o atual pensamento processual civil, cujo exagero formal, que traz obstáculos sérios à boa marcha processual, busca-se abandonar.

E o método de abordagem que se utilizou foi o método dialético como forma de apresentar as contradições que permeiam a realidade jurídica do país no que diz respeito ao assunto aqui tratado, sendo que o método de procedimento utilizado foi o método comparativo, porquanto se fez um estudo de comparação entre jurisprudências, doutrinas bem como entre o Código de Processo Civil em vigor (de 1973) com o Código de Processo Civil que está sendo proposto e cujo anteprojeto já fora elaborado.

CAPÍTULO 1

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA: A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

Ab initio, urge que sejam feitas breves considerações sobre os princípios jurídicos, haja vista que o tema propõe um debate acerca de forte carga valorativa, fato este que enseja breve discussão sobre a normatividade principiológica.

É pertinente pôr em destaque os dizeres da professora de direito constitucional Marinho, acerca de uma possível conceituação sobre o termo princípio: “Na verdade, os princípios são proposições animadoras de um ordenamento jurídico específico, a ele se subordinam todas as normas vigentes...(2003, p. 407).”

Não obstante, o que teria querido a professora retromencionada afirmar com o termo “proposições animadoras”?

Os princípios possuem conteúdo ideológico, acerca do que pode ser certo ou errado, justo ou injusto, num determinado momento, numa determinada sociedade, por assim dizer.

Assim, tais “proposições animadoras” surgem a partir do relacionamento social entre as pessoas de certa comunidade, de modo que as propostas apresentadas deverão ser seguidas por força de um entendimento comum, das condutas que os indivíduos entendem serem as adequadas e que devem ser respeitadas por todos os membros participantes.

O comportamento proposto passa a ser adotado, para evitar as possíveis angústias e incômodos na sociedade formada, mas, a partir do momento que surgem as afrontas às consagrações valorativas, vem a necessidade de se formalizar, num documento escrito e se estabelecerem certas punições, em caso de descumprimento dos preceitos.

É por isso que Dworkin, ao iniciar seus comentários sobre princípios, em sua obra, afirma com veemência, que as pessoas, ao tomarem suas atitudes, devem ter a

consciência de que o princípio que ampara sua ação está devidamente claro no plano de suas idéias:

“(…) Podemos sentir que o que estamos fazendo é correto, mas, enquanto não identificarmos os princípios que estamos seguindo, não podemos estar certos que eles são suficientes, ou se os estamos aplicando consistentemente. Em casos menos claros, quando saber se uma obrigação foi infringida é por alguma razão um tema controvertido, a intensidade dessas questões prementes aumenta e nossa responsabilidade de encontrar respostas se aprofunda.” (2007, p.25)

Para dar reforço às considerações iniciais acerca dos princípios, a bacharela em direito, Correia, afirma que são proposições valorativas, devendo se considerar sua textura aberta, como se pode observar:

“Ora, o direito vive a era dos princípios, os quais concentram proposições valorativas do sistema jurídico, condicionando a aplicação do direito, cabendo ao intérprete-aplicador considerar a textura aberta dos princípios, pois eles permitem reduzir necessidades de reformas da Constituição, principalmente nas Constituições rígidas, porque influenciarão na concretização das normas constitucionais, fixando pautas de condutas do Poder Público.”(2003, p. 557)

Essa formalização dos valores consagrados pela comunidade é realizada por um grupo, nomeado ou não, pelos membros participantes, de modo que se possa impor determinadas condutas, a ponto de assegurar a ordem, haja vista a existência de uma supremacia que garanta àquele grupo a efetividade das sanções, acaso ocorra o descumprimento dos preceitos.

As normas postas, portanto, se originam dos princípios, que são “proposições animadoras”, ou “valorativas”, anteriormente visualizadas pela prática e pelo senso comum de uma certa sociedade, numa época específica, consoante a cultura estabelecida pela convivência das pessoas, que estabeleceram experiências próprias e comportamentos específicos, tomando como pressuposto o comportamento dos membros partícipes.

Nesse sentido é que se enxerga a natureza normozenética dos princípios, qual seja, que as normas surgem a partir destes, não se admitindo qualquer outra hipótese em contrário.

Não se concebe que exista uma norma, que se originou, sem qualquer carga valorativa, pelo contrário, aquela surge através de experiências fáticas, produto da convivência do homem em sociedade.

E por que não dizer que o costume possui carga valorativa, se se baseia em princípios?

Sendo o costume a prática reiterada de um determinado comportamento, ao longo do tempo, sua utilização se deve à observância de certos valores, que posteriormente são consagrados pela sociedade.

O costume é aplicado, com segurança, portanto, por uma comunidade, nos dias que se passam, haja vista que determinado grupo social entende que certa valoração é justa, é correta e que, também, não deve ser afrontada, sob pena de punição social.

O costume é aplicado face a sua valoração, pelo seu conteúdo de justiça, mas a sua aplicabilidade diária gera a consagração de sua utilidade. Já se disse alhures, que o costume está implícito nos princípios gerais do direito (SANTOS, 1958, p. 105-106).

A bem da verdade, segundo Nunes, os costumes estão assentados em princípios (2005, p.180).

Faz sentido, portanto, consignar o que discorre Vasconcelos, a respeito do assunto:

“Efetivamente, não há como negar o caráter normativo dos princípios, que não apenas servem de critérios para a elaboração de outras normas, como consistem, eles próprios, em normas dotadas de vigência e obrigatoriedade. Mas, nem sempre os princípios foram entendidos como normas, especialmente como o centro de todo o sistema normativo.”(2007, p. 21)

Dworkin, no entanto, faz menção aos princípios como regras particulares ilustrativas, ao serem utilizados na resolução de conflitos e, ao falar sobre alguns casos concretos, se convence de que, por vezes, os tribunais utilizam os princípios para justificar a adoção e aplicabilidade da regra:

“(…) Em casos como esses os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares. Depois que o caso é decidido, podemos dizer que ele ilustra uma regra particular (por exemplo, a regra de que um assassino não pode beneficiar-se do testamento de sua vítima). Mas a regra não existe antes do caso ser decidido; o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra.”(2007, p. 47)

Muito se discute acerca da normatividade dos princípios se tornarem uma arma para que alguns juízes possam se valer, para criar o direito, ao exercerem a jurisdição. No entanto, não parece que tal normatividade ocasione tal fato e sim, que essa característica atribua limites, para que eventuais arbitrariedades não venham a ocorrer.

É pertinente consignar os dizeres de Oliveira, acerca da importância dos princípios, ao considerar que tais valorações seriam o sopro vital que salvaguarda o cidadão:

“Cuida-se de uma espécie de estatuto básico processual, cujo sopro vital habita na salvaguarda do cidadão contra o arbítrio e a força, primeiramente em relação aos demais membros da comunidade e em momento posterior no que concerne a possíveis desmandos do poder estatal, decorrentes do ramo legislativo, executivo ou judicial. Com essa visão não se pretende, contudo, estabelecer dogmas prestantes à unitária solução de todos os problemas processuais, senão assentar, no contexto aqui em exame, uma determinada linha de evolução da estrutura processual, com reflexo direto na organização e eficiência do processo e, por conseguinte, no formalismo”(2003, p. 77).

São os princípios que apresentam solução para a problemática das lacunas da lei atualmente. Basta considerar, tomando como exemplo processual, a questão da ausência do princípio da fungibilidade recursal, que não mais está posto como preceito no atual Código de Processo Civil Brasileiro.

Ora, o princípio da fungibilidade recursal não precisa estar formalmente posto na letra da lei, considerando que sua valoração é, por demais necessária, para a efetividade, para a instrumentalidade do processo, de modo que, ainda que não esteja expresso no Código de Processo Civil, havendo um caso de eventual dúvida objetiva, aplica-se o princípio, sanando a lacuna.

Ademais, entende-se que todo trabalho interpretativo, toda legislação, será alvo de falibilidade judicial, quando do momento do exercício jurisdicional.

A partir do momento no qual o Judiciário se depara com uma demanda que não possui solução regulada pela lei, o magistrado continua tendo a obrigação de descobrir qual seria o direito a ser aplicado à lide, de modo a resolver, pacificar a demanda.

Vale discorrer sobre o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que preconiza a atuação decisiva do Poder Judiciário, sempre que for provocado pelas partes.

Insta-se ressaltar, ainda, a vinculação do julgador, ao art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que reza acerca da necessidade de o Magistrado recorrer à analogia, aos costumes, aos princípios gerais do direito e à equidade, quando não houver solução específica na legislação pátria para determinado caso que se encontra sob sua análise.

Deve ser considerado também o que prescreve o art. 126, do Código de Processo Civil, ao permitir, da mesma forma que a Lei de introdução ao Código Civil informa, que o Magistrado julgue o litígio de acordo com a analogia, os costumes e os princípios, diante da lacuna da lei.

Há alguns julgados que utilizaram o princípio da fungibilidade recursal, criando inúmeras jurisprudências e casos que podem ser tomados como exemplo em outras situações semelhantes.

Vale muito a pena citar alguns casos concretos:

“EMENTA: AGRAVO DITO REGIMENTAL RECEBIDO COMO AGRAVO LEGAL(ART. 557, CPC). PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PROVIMENTO IMEDIATO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO DECISUM QUE NÃO PROSPERA. REAL INTUITO DE DEFERIR MAIOR ALCANCE AO QUE FOI EFETIVAMENTE CONCEDIDO. MATÉRIA DE MÉRITO RELATIVA À EXIBIÇÃO DE

DOCUMENTOS ADSTRITA AO JUÍZO DE 1º GRAU. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.”

(TJPE - 4ª Câmara Cível, Sessão de 30.01.2008, recurso de agravo nº 163213-9/01, Rel. Des. Jones Figueiredo Alves)

É pertinente extrair do preclaro Superior Tribunal de Justiça, julgado a respeito do princípio posto em destaque, corroborando com o que já restou dito:

“PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL E JUSTIÇA DO TRABALHO. SOCIEDADE CONSIDERADA COMO PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO DAS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONSTRIÇÃO DE BENS PELO JUÍZO TRABALHISTA NÃO ABRANGIDOS PELO PLANO DE REORGANIZAÇÃO DAS RECUPERANDAS. CONFLITO NÃO-CONHECIDO. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade.

2. O redirecionamento da execução trabalhista para atingir sociedade, considerada como pertencente ao mesmo grupo econômico das empresas em recuperação judicial, não dá ensejo à configuração de conflito positivo de competência, com vista a declarar competente o Juízo estadual, se os bens objeto de constrição pelo Juízo trabalhista não estão abrangidos pelo plano de reorganização das recuperandas.

3. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.”

(Embargos de declaração no conflito de competência 2008/0279165-5, Rel. Min. João Otávio de Noronha, órgão julgador S2 – segunda seção, data do julgamento 09.06.2010)

O princípio pode e deve ser utilizado, mesmo que não esteja mais inserto no diploma processual cível, em virtude de sua carga valorativa, sua aceitação social e jurídica, demonstrada que está a experiência empírica de sua utilização ao longo dos embates judiciais nos últimos anos.

Outrossim, ao considerar que determinado ato processual atinja sua finalidade, ainda que por outra forma que não aquela pela lei, sem prejuízo para as partes litigantes, isso deve ser considerado como válido, consoante consta no art. 244, do digesto processual civil, que expressa a carga valorativa da instrumentalidade das formas.

Logo, diante do caso concreto, se a parte intentou recurso diverso do que a lei determinava, no entanto, diante das peculiaridades do caso, surge uma dúvida capaz de

gerar discussão acerca de sua aplicabilidade, mas foram respeitados os requisitos da espécie recursal exigida e que, *a priori*, seria cabível pelo princípio da fungibilidade, com escopo na razoabilidade e da instrumentalidade das formas, deverá, então, a espécie recursal ser conhecida pela que, teoricamente seria cabível, mesmo tendo sido apresentada medida diversa.

Compreende-se, pois, que, ao ter a obrigação de desvendar o direito das partes, o julgador trabalha de forma árdua, utilizando os princípios.

As melhores discussões, conclusões, argumentações, parecem ser aquelas que encerram alta carga de interpretação moral das práticas, dos reiterados atos em sociedade.

Conforme narra Alexy, os princípios são mandamentos a serem otimizados, por exigirem mais do que é possível no caso concreto:

“(…) Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever-*prima-facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Pode expressar –se isso abreviadamente, embora um pouco inexatamente, pelo fato de designar princípios como mandamentos de otimização. Como mandamentos ideais, princípios exigem mais do que é possível realmente. Eles colidem com outros princípios. A forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo.” (2007, p. 37)

A solução de casos em que há lacunas na lei, está praticamente baseada na construção de critérios interpretativos, com o objetivo de preencher uma norma aberta.

O Juiz exerce implicitamente, exercício criativo do direito (como se observa a seguir) ao realizar o trabalho de exegese ao caso concreto, ou seja, ao encontrar, dentro dos princípios de ordem moral e social, a mais justa e adequada solução para o conflito apresentado.

Convém ilustrar a importância dos princípios, no momento das decisões judiciais, na hora em que se reconhece a existência de um direito, fazendo surgir,

portanto, uma norma de conduta, criando precedentes, que podem ser utilizados em situações análogas futuras.

Os princípios, portanto, constituem mecanismo de influente participação na evolução do direito, pois, a partir do momento que a mentalidade de um certo povo muda, o direito evolui, como ciência, se adaptando às transformações sociais, considerando que os valores mudaram e assim, acarretando o surgimento de novos princípios, que irão dar ensejo a novas normas.

Todavia, parece estar presente, no trabalho interpretativo jurisdicional do Magistrado, certa dose de discricionariedade, por restar, ao Juiz a possibilidade de escolher fundamentadamente, a melhor solução para o caso concreto.

Existindo discricionariedade na atividade judicante, ou interpretativa, buscando sempre um sistema que atenda da melhor maneira a atividade de subsunção do fato à norma, buscando uma saída nos costumes, nos casos análogos, nos princípios, sempre estará posto em evidência o tratamento razoável e igualitário proporcionado às partes litigantes e de forma mais ampla, à sociedade.

Outrossim, Agra entende que, em face da existência de crise no Poder Legislativo, ou seja, a partir do momento em que o legislador não satisfaz os anseios da sociedade, quanto à regulação das condutas sociais, mais se evidencia a atuação do Poder Judiciário:

Como a legitimação da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário, de um modo geral, sempre foi amparada em precisos parâmetros legais, baseando-se no primado de lei formal elaborada pelo Poder Legislativo e da completude do ordenamento jurídico, o debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional não apresentava relevância. Quando a primazia da lei formal, oriunda do Legislativo, entra em declínio, propiciando as condições para o desenvolvimento de uma maior atuação judiciária, as contestações com relação a essa expansão se avolumam, porque a atividade jurisdicional não estaria mais restrita ao padrão clássico da subsunção da norma geral ao caso particular, aumentando a discricionariedade de suas decisões.”(2004, p. 598, 599)

Vale a pena inserir nesta parte do trabalho, as considerações de Didier Jr., acerca do comportamento do juiz, quanto à sua atividade interpretativa, quando da aplicação do direito ao caso concreto, ao considerar que os princípios garantem a efetividade dos direitos fundamentais:

“Encarados os princípios constitucionais processuais como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais, e tendo em vista a dimensão objetiva já mencionada, tiram-se as seguintes conseqüências: a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo o direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração ‘na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais’”(2006, p. 33).

Agra narra o temor social que existe, em face dessa suposta discricionariedade dos juízes, ao declarar que, praticamente, as normas só terão, efetivamente, validade, após a palavra do Poder Judiciário, ainda que a norma esteja devidamente posta no ordenamento jurídico:

“O que se vislumbra de toda essa discussão, acerca da crise de legitimidade da jurisdição constitucional configura-se no medo da transformação de um “governo da lei” em um “governo da magistratura”, porque o Poder Legislativo cria as normas, mas é o Poder Judiciário que decide acerca de sua constitucionalidade, dando a palavra final.”(2006, p. 610)

Se discute muito se essa atividade criativa dos juízes tem sustentação legítima ou se, ao contrário, não constitui uma ilegitimidade dessa criação, o que contrasta com a separação das funções do poder do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário, provocando uma insegurança não só quanto à aplicação da lei como também de sua compreensão por leigos e iniciados ao Direito.

DWORKIN, analisa essa teoria, apresentando a necessidade da fundamentação das decisões judiciais. Diz ele:

“Nos casos fáceis (por exemplo, quando um homem é acusado de violar uma lei que proíbe dirigir a mais de noventa quilômetros por hora), parece correto que o juiz está aplicando uma regra preexistente

a um novo caso. Mas podemos dizer isso quando a Suprema Corte derruba um precedente e ordena e ordena que as escolas sejam dessegregadas ou declara ilegais procedimentos que, com a tolerância dos tribunais, a polícia vinha adotando a décadas? Nesses casos dramáticos a Suprema Corte apresenta razões — ela não cita leis escritas, mas apela para princípios de justiça pública. Isso significa que, em última instância, a Corte está seguindo regras, embora de natureza mais geral e abstrata? Se for assim, de onde provêm essas regras abstratas e o que as torna válidas?”(2008, p. 08)

A idéia de que os juízes possam estar criando a lei ou as leis não parece ser algo que ocorra de forma natural no universo jurídico, devendo haver limitações que certamente podem esclarecer, salvo melhor juízo, o percurso que o Judiciário deve efetivamente seguir, a fim de se evitar possíveis injustiças, prejuízos para as partes conflitantes, como eventuais cerceamentos de defesa, bem como nulidades de outros tipos.

Urge, portanto, que seja realizada uma breve exposição de debates sobre esse assunto, que tanto chama a atenção da doutrina e que dá, de certa forma, embasamento à instrumentalidade do processo, instituto que serve de escopo para resolução do objeto que se estuda no presente texto.

1.1 A ATUAÇÃO LEGIFERANTE DOS JUÍZES E O PRINCÍPIO DA INSEGURANÇA JURÍDICA.

Na prática forense, tem-se observado, via de regra, que os juízes se vêem de tal forma “protegidos” pelo grau de discricionariedade que parece aumentar, de modo que eles normalmente decidem a lide para somente depois fazerem a sua fundamentação ou até mesmo decidirem com fundamentação apenas política, deixando de recorrer às premissas que estão no ordenamento jurídico, o que dá margem à insegurança jurídica.

Lord Radcliffe, renomado juiz inglês do século XX, citado por Cappelletti, a propósito da interpretação e da criação da lei que os juízes fazem, afirma que

“(...)o juiz bem pode se empenhar na mais estrita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir toda tarde sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que os seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas ainda assim,

quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom e inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade se tornam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem. Nesse sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumentos de inovação.”(1999, p. 23)

Mas com isso, ele não está dizendo que o Juiz simplesmente cria a lei, mas por necessidade de interpretação e para ajustar-se ao contexto do seu julgamento, ao considerar o que é justo e que deve ser aplicado ao caso que lhe é apresentado, pois, caso contrário, seria de todo espantoso que houvesse uma casa legislativa dobrada pela pena de um juiz numa sentença judicial, por vontade de decisão própria, o que não é concebível.

Cabe registrar aqui, a propósito, o pensamento do mestre Cappelletti, num momento de sua obra, em que desenvolveu mais o debate, enriquecendo o tema, o fato de se admitir que a atividade interpretativa do juiz, que lhe confere certa dose de discricionariedade, é salutar para o direito e para a pacificação social dos conflitos submetidos à corte judicial:

“Quando se afirma, como fizemos, que não existe clara posição entre interpretação e criação do direito, torna-se contudo necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evitar sérios equívocos. De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de discricionariedade e assim de escolha — ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha —, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial...”(1999, p. 23)

Nesse sentido, prevalece a idéia de que o juiz cria o direito, interpretando-o, dando-lhe novas tintas, até para se evitar o mito de uma justiça previsível e totalmente amparada no fato contestável até hoje(sem se alongar muito acerca dessa discussão) de que todos são iguais perante a lei, o que constitui um equívoco, certamente, posto que ela, a igualdade de todos perante a lei, se deve apenas do ponto de vista formal, uma vez que, materialmente, observa-se a hegemonia da desigualdade em todos os aspectos da

realidade societária, onde pontificam os encontros e desencontros, porquanto se vive em uma sociedade de enormes contradições socioeconômicas.

Discute Cappelletti que não haveria diferenciação substancial entre os dois processos, o legislativo e o jurisdicional, como processos constitutivos de criação do direito. Segundo entende, “a questão se põe, pelo contrário, em termos totalmente diversos se examinada do ponto de vista processual...(1999, p. 27).”

Todavia, deve ser sim, prestigiada a iniciativa do Judiciário quanto a fazer a criação do direito pela interpretação que os juízes podem oferecer — e o têm feito — nos casos práticos que lhe são apresentados.

A criatividade do juiz é fator que não se pode evitar, sendo mesmo constitutivo da função jurisdicional nas ditas sociedades modernas, havendo razões para que isso aconteça, isto é, para o desenvolvimento dessa tal criatividade.

Seria, assim, o juiz um legislador, considerando que há, a bem da verdade, por parte dele, uma verdadeira elaboração de raciocínio de que, quando se afirma que o interpreta as leis, isso não é uma equivalência a fazer as leis, a despeito do grau de criatividade que o juiz possa demonstrar?

Como diferencial entre processo legislativo e processo jurisdicional, Cappelletti, fala de *procedimento* ou *estrutura* de tais processos de formação do direito: o processo judicial, diferentemente dos processos legislativo e administrativo, impõe uma atitude passiva, ou seja, não pode ser iniciado pelo próprio tribunal, mas necessita de um *autor*, “*condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional* (2005, p. 3).”

Não se pode, em razão do que foi dito até aqui, afirmar a posição totalmente contrária de Cappelletti a que os juízes exerçam o papel de criadores do direito pela sua nova interpretação da lei existente, mas se pode concluir que ele tem uma postura bastante firme no que concerne ao entendimento do perigo que isso pode implicar, tanto que ele diz o seguinte, já no final de sua obra *Juízes legisladores?*:

“O verdadeiro perigo a prevenir não está, portanto, em que os juízes sejam criadores do direito e como tais se apresentem, mas que seja pervertida a característica formal essencial, isto é, o “modo” do processo jurisdicional. Decerto esse modo, embora presente, como se viu, a única força e a grande ‘virtude’ da função jurisdicional, pode ao mesmo tempo ser considerado também a causa, ou a oportunidade de “limitações” ou ‘debilidades’ de tal função.” (1999, p. 132-133)

Nesse sentido, concebe-se que, onde as debilidades sejam mais acentuadas, mais convenientes será que os juízes se reservem, preservando o Judiciário, sendo prudente na sua forma de atuar.

Cumprе assinalar, também, que o Poder Legislativo e o Judiciário têm naturezas análogas e ambos constituem processos de criação do direito. Por outro lado, do ponto de vista processual, há distinção entre o modo de criação judiciária e legislativa, senão observe-se na discussão que segue.

O Direito Legislativo deu causa específica para a expansão do Direito Judiciário, pois, quanto maior a quantidade de leis, maior a aplicação do direito no caso concreto e criatividade para empregar por parte dos juízes, intérpretes e julgadores.

Na interpretação judiciária do direito, está implícita a necessidade de certo grau de criatividade, cujas lacunas e ambigüidades precisam ser preenchidas e dirimidas pelo juiz, que deverá aplicar a lei ao caso concreto.

O problema reside no grau de criatividade e dos modos da criação do direito de autoria do judiciário e defende-se que a argumentação do magistrado deve ser vinculada a precedentes ou à lei, e não apenas à equidade ou critérios valorativos.

É importante preservar aquilo que estatui o art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil, segundo o qual “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”.

Porque, nesse caso, o juiz, apercebido do que é a ciência do Direito, quando assume uma atividade interpretativa, deve relacioná-la à hipótese de conflito e à de

decisão. Desse modo, interpreta normas, sim, mas buscando o sentido e o alcance destas, como forma de criar as condições para uma decisão possível, com um mínimo de perturbação social, para não parecer (ou ser) que esteja criando uma lei específica para o caso, podendo, em situação semelhante, usar apenas o que já está estatuído.

1.2 O MAGISTRADO E SUA LIBERDADE DE ATUAÇÃO

A discricionariedade é objeto constante de críticas, haja vista que a criação do direito, de forma deliberada, por parte dos magistrados, parece resultar de alguns poderes que os juízes possuem, tais como a quase ausência do fator responsabilidade por parte dos julgadores e da forma de controle (realizado pelo Estado) que deve ser utilizada em face dessa eventual responsabilidade.

A liberdade do magistrado não é arbitrária e existem limites substanciais com os quais o juiz se depara constantemente, como, por exemplo, *precedentes judiciais*, *opiniões de juristas*, *ordenanças de monarcas*, *decisões de assembleias*, *leis de parlamentos e códigos*.

Tradicionalmente, entendia-se que o juiz apenas tinha o condão de declarar o direito, através dos instrumentos de lógica dedutiva, sem utilizar a sua valoração pessoal.

Como medida preliminar, o Estado interveio através da criação de preceitos legislativos, com a elaboração de leis para aplicação ao caso concreto de forma mecânica e declaratória.

Diante do crescente desenvolvimento urbano e social, deixou o Estado de atuar como um mero observador e dirimir questões unicamente individuais, desobstruindo barreiras e entraves, gerando certos subsídios para executar programas de ação social, tais como os relativos à saúde, higiene e segurança do trabalho.

Em razão da criação de novas áreas sociais, quantitativamente, a atividade do juiz se disseminou, abrindo espaço para aplicação do direito de forma mais discricionária e criativa, ao se deparar com as lacunas e ambigüidades da lei.

Observou-se, então, nesta pesquisa, que o fenômeno do crescimento do Direito Judiciário, em face do aumento da criatividade dos juízes, parece ser conclusivo no sentido de que acarreta em uma legitimação democrática da atividade jurisdicional.

Os juízes acabam atuando como legisladores no sentido de definir regras com as quais, no dia-a-dia, devem se deparar na rotina de seus trabalhos. Assim entende o professor Cappelletti:

“A resposta dada neste ensaio à indagação de se a tarefa do juiz é interpretar ou criar o direito, posiciona-se no sentido de que o juiz, inevitavelmente, reúne em si uma e outra função, mesmo no caso – que constitui, quando muito, regra não sem muitas exceções – em que seja obrigado a aplicar lei uma preexistente. Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos.”(1999, p. 128)

Pode-se, pelo visto, considerar que é necessária uma reflexão bem como uma identificação do fundamento de validade do sistema normativo, de maneira que, se estiver na vontade do legislador, o juiz pode perfeitamente assumir o papel de intérprete e aplicador da lei; se estiver, porém, na vontade da lei, abre-se um espaço para uma atuação jurisdicional de dizer qual a vontade da lei e, no caso, pode o juiz agir como legislador.

Assim, na visão de Silva:

“Como todos podem compreender, a outorga de autonomia a uma tutela que prescinde da coisa julgada, portanto sem que o julgador haja descoberto e proclamado a ‘vontade da lei’, encerra o insuportável perigo de atribuir aos juízes poderes discricionários – que o sistema ainda teima em negar-lhes -, a ponto de legitimar a concessão de uma determinada tutela processual a quem, depois, o próprio juiz, na ação ‘principal’, ou

algum tribunal, na própria ação cautelar, venha a reconhecer que não dispunha daquele direito, assegurado como simples plausibilidade. Em última análise, estar-se-ia, aqui, a fazer ‘justiça do juiz’, prestando tutela a alguém, cujo alegado direito não lhe fora atribuído pela lei.”(2006, p. 222)

Mas é razoável que não se perca de vista o entendimento de que o juiz não deve se arvorar de legislador e atuar como tal, quando tem a lei bem próxima a lhe apontar o caminho a ser tomado. A questão é saber quando se deve agir para satisfazer plenamente a lei, porque se interpretou corretamente o que ela queria expressar ou agir, sabendo que a vontade é tão somente do legislador, que isso causa a insegurança jurídica, por não se poder encontrar a razão de ser da decisão, tendo-se que assumir os efeitos dela decorrentes.

Com efeito, a lei deve ser interpretada, portanto, independentemente da vontade do legislador, possibilitando ao intérprete a aplicação de novos ou mesmo antigos princípios, em virtude da atual projeção dos valores no seio social.

Para o intérprete, muitas vezes, a letra da lei está cercada de ambigüidades e vagezas e, sendo assim, a luta incessante pelo encontro do correto significado do que o legislador quis dizer, nem sempre resultará em sucesso.

O sujeito (juiz) que irá realizar a interpretação do conteúdo vago do texto legal, deve buscar os juízos sobre o tema, alicerçados num determinado contexto cultural e histórico, que lhe permitam chegar a uma conclusão justa, acerca da vontade da lei, para que a devida aplicação do comando não resulte numa injusta monstruosidade.

O julgador não pode interpretar a lei, em virtude de palavras isoladas e sim considerando o seu conjunto, para que o conteúdo normativo comece a ganhar sentido. Assim, os interesses sociais devem ser levados em consideração, porquanto os indivíduos que a compõem é que dizem, ao longo do tempo, se determinada conduta é ou não correta, gerando novos costumes, fazendo renascer antigos, com base em determinadas valorações, devidamente consagrados.

Outrossim, o ativismo judicial, denominado “governo de juízes”, é objeto constante de críticas, haja vista que a criação do dir eito, de forma deliberada, por parte dos magistrados, conforme já expresso na página 30, parece resultar de alguns poderes que os juízes possuem, o que, embora seja algo mais próximo ao cidadão, e algo que se faz para realizar a melhor forma de Justiça, precisa-se considerar que, se há quem veja isso com bons olhos, há quem entenda que esse procedimento constitui um desvio ideológico, como o diz Garcia Filho:

O que parece difícil ou impossível fazer compreender é que o País precisa avançar também no âmbito da aplicação da Justiça. O “ativismo” judicial que se tem verificado — particularmente em algumas Varas Federais especializadas no julgamento (combate) de (a) crimes contra o sistema financeiro — é um movimento reacionário, preocupado antes com resultados do que com a validade e a legitimidade das decisões.³

É nesse paradigma de evolução que os juízes, quando provocados, devem interpretar e criar a lei, atuando no sentido de compelir o Estado a cumprir sua função jurisdicional, sem exagerar para que não se resvale na vala comum do fazer por fazer e para justificar a presença de quem faz o direito sem poder legiferante, contrariando, assim, o princípio da legitimidade quanto ao direito de poder efetivamente legislar.

Um dos motivos engrenadores para a modificação da aplicação do direito foi a sociedade industrial, com a distribuição em massa de exigências sociais e, conseqüentemente, conflitos entre as partes.

Esta mudança exigiu a quebra do sistema tradicional do processo judiciário, visto que, com o tempo, as leis tornam-se obsoletas.

Nesta cadeia de idéias, urge apresentar um comparativo que faz o professor Cappelletti, quanto à responsabilidade e independência dos juízes, a exigência do equilíbrio entre o valor democrático do dever do estado de prestar contas.

³ Cf. GARCIA FILHO, José Carlos Cal, in “Juiz combatente é parte de movimento reacionário”, Consultor Jurídico, 18 jan. 2010, no site <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-18/deciso-es-juizes-imparciais-sao-dificeis-revogadas>> para quem o “...Estado que se autoproclama de Direito e democrático, a legitimidade das decisões é o valor fundamental a ser perseguido.”

“Bem se pode dizer, em conclusão, que as responsabilidades (no sentido de poderes) processuais e substanciais dos juízes expandiram-se extremamente nas sociedades modernas. Por isso, é de todo natural que também o correlativo problema de responsabilidade (no sentido de accountability, ou seja, do dever de prestar contas), tenha se tornado particularmente agudo, e sentido como tal bem além do número limitado dos “especialistas”. A peculiaridade do problema humano da responsabilidade judicial, em nosso mundo contemporâneo, outra coisa não é, portanto, em substância, senão uma questão de acentuada agudeza e alargada sensibilidade ao problema mesmo, acentuação e alargamento derivados, exatamente, da expansão da função jurisdicional.”(1999, p.23).

Com a abrangência da independência dos juízes foi necessária a criação do princípio da imunidade ou irresponsabilidade judicial, com finalidade de assumir liberdade para decidir sem influência de pressões externas do poder político bem como as internas, referentes ao próprio ordenamento judiciário.

Há diversos tipos de responsabilidade judicial, de forma descritiva e informativa, indicadas como tendências evolutivas em alguns sistemas jurídicos. Dentre os tipos de responsabilidades serão analisadas as seguintes: política, social, jurídica do estado e jurídica do juiz.

A responsabilidade política e constitucional do juiz é baseada na dependência do órgão judiciário perante os órgãos do poder legislativo e executivo, devendo aquele prestar contas a estes, mediante procedimentos de caráter não jurisdicional, a que se denomina *modelo repressivo*.

Em se tratando de responsabilidade social, denominado *autônomo-corporativo*, rege a absolutização da independência, a ponto de tornar o Judiciário um poder isolado do resto da organização estatal e da sociedade, imune de controle externo e interno.

E esse tipo *autônomo-corporativo* distingue-se da responsabilidade política pelo fato de que a prestação de contas deverá ser realizada, além dos órgãos públicos, ao público em geral. Para isso, torna-se necessária a publicidade do procedimento judicial e das decisões.

Uma das características mais relevantes são as violações ao direito, em um sistema pelo qual o Estado se responsabiliza exclusiva e de forma concorrente, pelos

prejuízos injustos sofridos pelo cidadão, por atos realizados por juízes no exercício de suas funções.

No tocante à responsabilidade jurídica do juiz, emerge tendência de adotar um sistema que evite excessos, combinando responsabilidade política e social.

Não são raros os casos em que os magistrados atuam de forma culposa, no entanto, tais atitudes não geram qualquer tipo de responsabilidade, por não permitirem os ordenamentos jurídicos de alguns Estados que tal conduta seja merecedora de sanção.

É importante fazer uma ressalva, nesse exato momento, acerca da responsabilidade civil do juiz, no ordenamento jurídico brasileiro, consignando o que consta no caput do comando normativo inserto no art. 133 do Código de Processo Civil: “Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;”

Insta-se consignar fato relevante posto em debate, pela professora Di Pietro, que afirma existir corrente doutrinária que justifica a ausência de responsabilidade do Poder Judiciário, devido à sua soberania, pelo fato de os juízes agirem com independência, no exercício de suas funções, sem o temor de que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado, em virtude de o magistrado não ser considerado como funcionário público e ainda, em face de a possibilidade da indenização por dano decorrente de decisão judicial dar ensejo à afronta da regra da imutabilidade da coisa julgada, por implicar o reconhecimento de que a decisão tenha sido proferida com violação da lei (2005).

Segundo Mendes, o ato jurisdicional deve acarretar a responsabilidade civil, nos casos de prisão preventiva decretada contra quem não praticou crime, causando danos morais, a não concessão de liminar nos casos em que seria cabível, em mandado de segurança, fazendo perecer o direito; retardamento injustificado de decisão ou despacho interlocutório, causando prejuízo à parte. A concessão de liminar ou de medida cautelar em casos que não seriam cabíveis (1986).

O professor Cappelletti, afirma de forma esclarecedora, que o conceito da responsabilidade judicial repousa em implicações valorativas e que os valores sociais não são os mesmos em todas as sociedades, mudando de lugar para lugar(1989).

Mas isso não quer dizer que o problema da responsabilidade dos magistrados não seja universal. Tal fenômeno, bem como a busca da melhor forma de se exercer o controle sobre o poder, é geral, objeto de preocupação de inúmeros países.

Ademais, o aumento de poder gera o crescimento dos controles necessários sobre o exercício desse poder, segundo Cappelletti, numa alusão à correlação ao que se costuma chamar de freios e contrapesos(1989).

A independência dos juízes aparece, portanto, para a maior parte dos observadores, como a finalidade primária da imunidade – ou, mais precisamente, de certo grau de imunidade – dos juízes à responsabilidade (especialmente, mas não apenas, à responsabilidade civil). Um ponto interrogativo, todavia, se impõe, ou seja, se um pouco mais de imunidade suporta, necessariamente, um pouco mais independência.

É, inclusive, o aumento de poder que gera o crescimento das responsabilidades de quem exerce o poder, ou seja, há a necessidade crescente de se prestar contas à sociedade, em face das decisões que são tomadas e em virtude das conseqüências sociais que tais julgamentos podem causar.

Deve se considerar, portanto, a responsabilidade judicial como o dever-poder em prestar contas, como também, realizar o julgamento, em face dos conflitos de interesses que são apresentados perante o Estado-juiz.

Destaca-se o fato de que a independência e a imunidade dos juízes nem sempre são correlatos, sendo esta última prerrogativa concedida com a finalidade de assegurar ao juiz liberdade de decisão.

A violação, pois, dos princípios e regras atinentes à responsabilidade dos magistrados, daqueles que entregam a lei ao caso concreto, deve acarretar, inevitavelmente, numa sanção, vez que o exercício irregular do poder deve gerar

conseqüências (de acordo com os valores de cada sociedade), de modo a se evitar a reiteração do erro cometido no tempo, em respeito à sociedade, consumidora do serviço.

Para o poder não degenerar, não pode haver, portanto, uma isenção de controle e quem tem o poder deve assumi-lo de forma responsável, fenômeno que ocorre com a finalidade de encontrar um ponto de equilíbrio entre a independência e responsabilidade do magistrado, impondo prudência entre o judiciário e os órgãos estatal e social, refletindo a idéia central do sistema democrático de governo.

Quanto à responsabilidade penal, há regras especiais de procedimentos e, se o juiz violar o dever público no tocante à função jurisdicional, agindo com malícia e má-fé, o cidadão pode requerer imputação de responsabilidade penal contra o magistrado.

No que tange à responsabilidade civil, os juízes respondem por erros quando aplicada a jurisdição em desconformidade ao direito substancial, tendência evolutiva com vistas a produzir equilíbrio entre dois valores em conflito, qual seja, a independência do juiz e o princípio democrático da responsabilidade de prestar conta por parte de todos os funcionários do estado.

No que se refere à responsabilidade disciplinar, verifica-se de uma área privativa e esta tem como finalidade ressarcir o dano causado aos cidadãos, pelo comportamento lesivo do juiz. Primordialmente, assegura que os juízes, como servidores públicos, observem o seu ofício, limitando sua atuação sob pena de aplicar sanções disciplinares, com intuito de assegurar e promover a atividade eficiente da jurisdição.

É nesse diapasão de idéias, que a atuação interpretativa dos juízes terá um papel de fundamental importância, já que a instrumentalidade do processo permite, justamente, que o magistrado se utilize de sua discricionariedade para, pautado sempre de certa dose de razoabilidade, aplicar a lei processual em determinada fase do processo, de forma diversa da que a lei determina, verificando que não há prejuízo para as partes e que a finalidade do ato restou alcançada.

Theodoro Júnior (2002) não parece concordar que há atividade discricionária do Magistrado, ao se conceder medida cautelar quando, equivocadamente se postula antecipação de tutela, por entender ser um dever do juiz conceder o instituto de urgência satisfativo, opinião esta que não é seguida na presente dissertação.

É que se entende que a fungibilidade está prevista na lei e assim, deve o julgador seguir os parâmetros prescritos na legislação, não havendo espaço para a conveniência e oportunidade do julgador, o que terminaria por gerar uma decisão irreversível, no entanto, repita-se, não é a linha de entendimento deste trabalho.

Não é que o instituto da fungibilidade dependa de mera atividade discricionária do julgador e sim que tal atividade criadora permite a devida aplicação do princípio, no caso concreto, ao visualizar o julgador, a hipótese, permitindo uma maior flexibilidade à marcha processual, sem esquecer que a mesma atividade criadora do magistrado permitiu a inclusão dessa espécie legislativa no ordenamento jurídico, fruto de um trabalho cuja tendência restou evidenciada pela própria jurisprudência, que sempre acompanha as tendências e necessidades sociais.

Assim, a finalidade alcançada, graças ao trabalho discricionário do julgador, ao verificar, de acordo com sua operacionalidade oriunda de técnica interpretativa, será sempre muito útil e bem vinda ao processo, o que irá permitir que se demonstre, no presente estudo, que a fungibilidade das tutelas de urgência, poderá ser utilmente manejada, considerando caso a caso, ainda que tal instituto não esteja previsto em lei, mas que se evidencia sua praticidade, em face da atividade criadora do juiz.

1.3 O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Inicialmente, vale colocar em destaque as palavras de Didier Jr., que põe em destaque a função do princípio da instrumentalidade processual, que é conferir efetividade às regras, vez que força o julgador a interpretar as normas, visando atingir a finalidade do ato:

“Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é

absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função, que é a de co-protagonista. Forçar o operador jurídico a perceber que as regras processuais não devem ser interpretadas e aplicadas de acordo com sua função, que é a de emprestar efetividade às regras de direito material.”(2006, p. 70-71).

A bem da verdade, preconiza o princípio da instrumentalidade a efetividade processual, de modo que o processo se livre de determinados entraves procedimentais, causados por excessos formais desnecessários, que devem ser devidamente combatidos.

Costa enriquece o debate ao afirmar que o processo não pode visar, única e exclusivamente, a composição da lide e sim, à resolução da demanda, de maneira rápida e eficiente:

“O processo hoje não pode mais se prestar, exclusivamente, a compor litígios e reparar os danos que o titular do direito lesado tenha sofrido. Seu maior desafio agora é proporcionar uma melhor, mais rápida e objetiva concretização do direito alegado em juízo, visando o cumprimento da efetividade, com a estreita finalidade de evitar o dano ou o agravamento do dano ao direito da parte.”(2003, p. 156)

Ainda aprofunda o estudo, Vasconcelos, ao explicar que o princípio está diretamente ligado ao fato da verificação da ausência de prejuízo, aduzindo ainda que a instrumentalidade das formas compõe a instrumentalidade do processo, ao lado do não-prejuízo e da finalidade:

“A instrumentalidade das formas guarda estreita relação, também, com o princípio do não-prejuízo, segundo o qual não há nulidade sem prejuízo, ou, nos termos do art. 249, §1º, do estatuto processual, ‘o ato não se repetirá, nem se lhe suprirá a falta quando prejudicar a parte’. Todos esses princípios – instrumentalidade das formas, finalidade e não-prejuízo – evidenciam, em verdade, a instrumentalidade do próprio processo, ou seja, contribuem para que, na prática, o processo efetivamente sirva ao direito material.”(2007, p. 119).

Assim, em conformidade com o art. 244 do Código de Processo Civil: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

Vários são os exemplos em que se evidencia a aplicabilidade do princípio da instrumentalidade do processo, quando, através da atuação do magistrado e dos

advogados, se atinge a finalidade buscada na lide, de forma efetiva, mais célere, se evitando a delonga, a mora procedimental.

Pode ser citada, como exemplo, a interposição do recurso pela parte interessada, antes mesmo da intimação da parte sucumbente, acerca da decisão que será guerreada.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal inadmitia, de forma pacífica, o recurso, por ser extemporâneo, ou seja, apresentado fora do prazo previsto em lei para sua interposição.

Atente-se para alguns exemplos acerca da aplicabilidade da extemporaneidade:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INTERPOSIÇÃO ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO – INTEMPESTIVIDADE. Os presentes embargos de declaração são intempestivos, porquanto interpostos antes da publicação do acórdão recorrido no órgão oficial. O entendimento desta Corte é no sentido de que o prazo para interposição do recurso se inicia com a publicação, no órgão oficial, da decisão impugnada. (...) Embargos de declaração não conhecidos.” (STF – AI-AgR-AgR-ED-ED 544118-MG – 2ª Turma – Rel. Min. Joaquim Barbosa – Publ. Em 14-12-2007)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE JULGOU OS EMBARGOS – JUNTADA DE DOCUMENTO – IMPOSSIBILIDADE. Segundo a reiterada jurisprudência do Supremo, é extemporâneo o recurso extraordinário protocolado antes da publicação do acórdão que julgou os embargos de declaração, sem posterior ratificação.” (STF – AI-AgR 546903-RJ – 2ª TURMA – Rel. Min. Eros Grau – Julg. 27-11-2007)

Contudo o fato de o recorrente apresentar sua espécie recursal, antes mesmo da ciência da decisão que o prejudicou, não impede que o julgador admita o recurso, já que não há nenhum prejuízo para a parte contrária, acelerando o rito procedimental.

Esse é o atual entendimento do preclaro Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto, em face das recentes mudanças sociais:

“RECURSO – TEMPESTIVIDADE – MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. A jurisprudência

desta Corte firmou-se no sentido de considerar intempestivo o recurso interposto antes da publicação da decisão no veículo oficial. Entendimento que é revisto nesta oportunidade, diante da atual sistemática de publicidade das decisões, monocráticas ou colegiadas, divulgadas por meio eletrônico. Alteração jurisprudencial que se amolda à modernização da sistemática da publicação via INTERNET. Agravo regimental provido.” (STJ - AgRg nos EREsp 492461-MG – Corte Especial – Rel. Min. Gilson Dipp – Publ. em 23-10-2006)

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - RECURSO INTERPOSTO ANTES DE PUBLICADA A DECISÃO RECORRIDA - INTEMPESTIVIDADE. PUBLICAÇÃO, ATO INDISPENSÁVEL – EXTEMPORANEIDADE – PRECEDENTES - ENTENDIMENTO DO RELATOR - NOVA POSIÇÃO DA CORTE ESPECIAL DO STJ - TEMPESTIVIDADE DO RECURSO. A extemporaneidade de um recurso não se caracteriza apenas por sua interposição após o término do prazo recursal, mas, também, pela apresentação em data anterior à efetiva intimação das partes interessadas a respeito do teor da decisão a ser combatida. A publicação da decisão que se pretende recorrer é ato indispensável para ensejar e justificar a interposição de novo recurso, sendo intempestivo o recurso manejado antes da publicação das conclusões do aresto no Diário da Justiça (STF, AG nº 187448-1/SP e AGAED nº 242842/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa). Precedentes de todas as Turmas e da Corte Especial deste Tribunal Superior. Entendimento deste Relator com base em precedentes desta Casa Julgadora. No entanto, embora tenha o posicionamento acima assinalado, rendo-me, ressaltando meu ponto de vista, à posição assumida pela maioria da Corte Especial deste Sodalício, pelo seu caráter uniformizador no trato das questões jurídicas no país que, com base em recente decisão (EResp 492461/MG), datada de 17/11/2004, consignou que a interposição de recursos contra decisões monocráticas ou colegiadas proferidas pelo STJ pode, a partir de agora, ser realizada antes da publicação dessas decisões na imprensa oficial. Embargos de divergência acolhidos”. (STJ - EAg 522249-RS – Corte Especial – Rel. Min. José Delgado – Publ. em 4-4-2005)

Logo, a tendência é que, em face do princípio da instrumentalidade, o recurso não seja mais considerado como extemporâneo, caso a parte resolva se antecipar ao ato intimatório, apresentando a medida, antes mesmo do início do decurso do prazo.

Outra questão bastante pertinente diz respeito à atual desnecessidade da juntada da certidão de intimação, da decisão agravada, no Juízo *Ad Quem*, se, por outra forma, restar provada a tempestividade do recurso de agravo de instrumento.

Para ilustrar a situação, pode-se afirmar que a juntada da certidão de intimação da decisão agravada, quando da interposição do recurso de agravo de instrumento, é peça considerada obrigatória, conforme reza o art. 525, inciso I, do diploma processual civil.

Não obstante, acaso fique provado que o Recorrente, tempestivamente, manejou o recurso, não há porque seguir o formalismo legislativo ditado pelo Código. Basta, por exemplo, o carimbo do chefe de secretaria, nos autos, informando a data de juntada do mandado de intimação, referente à decisão agravada.

Ora, pelo princípio da instrumentalidade das formas, dando efetividade ao processo, aceita-se o recurso, vez que está demonstrada a sua tempestividade e já que não há qualquer prejuízo para as partes.

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, corroborando com o atual entendimento jurisprudencial, homenageando a aplicabilidade do princípio da instrumentalidade das formas, editou a súmula nº 3, que orienta a desnecessidade de obrigação da juntada da certidão de intimação, como se pode observar: “É dispensável a certidão de intimação da decisão recorrida, quando evidente a tempestividade do agravo de instrumento.”

Acontece que a certidão de intimação já vinha sendo combatida pela doutrina há um bom tempo, se restasse evidenciada a tempestividade da interposição da espécie, de outra forma, nos autos. Veja-se a jurisprudência nesse sentido, do Preclaro Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO. ART. 525, I, CPC. CERTIDÃO. INTIMAÇÃO

O art. 525, I, do CPC determina que a certidão de intimação da decisão agravada é peça obrigatória para a formação do instrumento do agravo. Contudo sua ausência pode ser relevada se, por outro meio, ficar evidenciado que o agravo é tempestivo. No caso, a decisão agravada foi proferida em 23/5/2003 (sexta-feira) e, na pior das hipóteses, para o agravante, se neste dia tiver ocorrido sua ciência, o prazo, contado em dobro, começa a fluir a partir de 26/4/2003 (segunda-feira). Assim, o último dia do prazo para interposição do agravo de instrumento é 14/6/2003 (sábado) ficando, assim, prorrogado para o dia 16/6/2003 (segunda-feira), data em que o agravo foi apresentado ao Tribunal. Logo a Turma não conheceu do recurso. Precedentes citados: REsp 660.671-SP, 28/9/2006; REsp 573.065-RS, DJ 26/4/2004, e REsp 466.349-PR, DJ 10/3/2003. REsp 705.832-SP, Rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, julgado em 27/3/2007.” Grifo nosso..

O princípio da instrumentalidade das formas fundamenta o objeto do presente trabalho, haja vista que possibilita a aceitação da apresentação de uma tutela de urgência

por outra mais correta, o que denota o aproveitamento dos atos processuais, estando os requisitos todos preenchidos, permitindo, assim, a aplicabilidade do princípio da fungibilidade, sem maiores problemas.

O fato é que, sendo aplicado o princípio da fungibilidade, ou seja, sendo aproveitada a medida processual utilizada como se a correta fosse, a parte autora não precisará desentranhar os seus documentos, pagar custas novamente, nem distribuir uma nova ação, vez que o Judiciário sanou o ato processual irregular.

1.4 PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

O princípio da fungibilidade encontra fundamento no princípio da instrumentalidade das formas, vez que sua aplicação denota a prescrição do art. 244, do digesto processual civil.

Em outras palavras, um ato processual que deveria ter sido realizado, conforme os ditames legislativos, perfaz-se de outra forma, que é aproveitada, por ter atingido a finalidade buscada, sem prejuízo para as partes.

Tal princípio tem sua aplicabilidade consagrada no âmbito recursal do processo. Durante muito tempo, teve sua previsão expressa em lei, mas, mesmo não estando presente no texto legal, hoje, sua incidência continua em vigor, pela valoração que possui no universo jurídico procedimental cível.

Didier Jr. e Cunha definem o princípio da fungibilidade recursal:

“É aquele pelo qual se permite a conversão de um recurso em outro, no caso do equívoco da parte, desde que não houvesse erro grosseiro ou não tenha precluído o prazo para interposição. Trata-se de aplicação específica do princípio da instrumentalidade das formas.”(2009, p. 45)

Todavia, dando mais ênfase ao princípio, não é necessário que o recurso que foi interposto, de forma equivocada, obedeça ao prazo do recurso tido como correto, para que o princípio da fungibilidade seja aplicado.

É que a fungibilidade tem incidência muito mais ampla do que sua própria definição aparenta demonstrar. Assim, o Recorrente poderá interpor recurso de apelação (equivocadamente), no 15º dia, ao invés de no 10º, considerando que a espécie recursal correta seria o agravo de instrumento.

Tal circunstância se deve à dificuldade que se tem, no caso concreto, em se visualizar a medida tida como correta, em virtude da dúvida objetiva. Ocorrendo tal circunstância, o erro grosseiro não estará caracterizado.

Didier e Jr. e Cunha corroboram com tal entendimento:

(...) não se reputa correta a exigência deste pressuposto, pois as situações de dúvida podem envolver recursos com prazos diferentes (agravo de instrumento e apelação, por exemplo), quando, então o respeito ao prazo seria imposição que esvaziaria a utilidade do princípio (2009, p. 46).”

Não obstante, urge que se faça a devida menção, o Superior Tribunal de Justiça não entende dessa maneira. Para a egrégia corte superior, deve sim, ser obedecido o prazo do recurso correto, para que o princípio seja aplicado.

A dúvida objetiva diz respeito à deficiência do texto legislativo, quanto à espécie recursal cabível, no caso concreto, mas não é só isso. Pode restar configurada, ainda, a partir de várias decisões a respeito de qual recurso seria o pertinente para combater a decisão que lesou a parte interessada.

Com precisão, afirma Vasconcelos, procurando elucidar, de forma simples, o que seria a dúvida objetiva:

“(...) deve-se fazer menção às circunstâncias que caracterizam o requisito da dúvida objetiva, quais sejam: as impropriedades terminológicas da legislação, as divergências existentes na doutrina e

na jurisprudência sobre qual recurso cabível, e a circunstância de o juiz proferir um pronunciamento em vez de outro.” (VASCONCELOS, 2007, p. 87).

O princípio da fungibilidade não está adstrito à fase de recursos, pois, como aborda a professora Vasconcelos, as tutelas de urgência fazem parte do subsistema que mais reclama sua aplicação, em razão da ausência de sistematização satisfatória de suas espécies (2007, p. 290).

A exemplo do que prescreve o art. 273, §7º, se o autor da ação, em título de antecipação de tutela, requerer providência cautelar, poderá o juiz, verificando o preenchimento dos requisitos cabíveis, conceder a solicitação, de forma incidental.

O magistrado que concede a medida cautelar, de maneira incidental, no processo ordinário de conhecimento, convertendo o pedido de antecipação de tutela em medida cautelar, está aplicando o princípio da fungibilidade, dando efetividade e celeridade ao processo.

De forma brilhante, discorre Carvalho Filho acerca da aplicação do princípio, que tem como base legislativa, o art. 273, §7º, do Código de Processo Civil:

“O objetivo do dispositivo legal é mitigar as dificuldades de aplicação dos dois institutos, dando maior efetividade à tutela jurisdicional e a sua tempestividade. Prioriza-se a decisão em favor dos valores fundamentais, pois razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha em seu favor provimento cujo sentido e função sejam gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional concedida a final, seja em processo de conhecimento, seja em processo de execução.” (2009, p. 17).

Pela aplicabilidade do princípio da fungibilidade, sensivelmente se entende que o ato processual praticado só pode ser anulado, caso não possa ser aproveitado. A fungibilidade permite que o ato seja sanado e devidamente utilizado, sem prejuízo para as partes.

Não há nulidade, se não houver prejuízo, em consonância com o art. 244, do Código de Processo Civil, bem como em conformidade com o aproveitamento dos atos processuais defeituosos, permitindo a aplicação do princípio da fungibilidade, quanto à utilização das tutelas de urgência.

Didier Jr. demonstra ser um dos autores que melhor elucida a questão da fungibilidade das tutelas de urgência:

O princípio da fungibilidade dos meios processuais é a manifestação doutrinária e jurisprudencial mais clara de aplicação do princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. De acordo com tal princípio, é possível aproveitar um ato processual, indevidamente praticado, como outro ato (p. ex.: aproveitamento de um recurso pelo outro). Na verdade, o princípio da fungibilidade é a versão processual da regra da conversão do ato nulo, já consagrada no direito brasileiro (art. 170 do CC-2002). O princípio da fungibilidade diz respeito, inclusive, a qualquer juízo de admissibilidade (juízo e validade do procedimento/ ato postulatório), seja relativo ao recurso, seja relativo ao procedimento principal, como vem pugnando a mais prestigiada doutrina. O inciso V do art. 295 do CPC prescreve que o magistrado somente indeferirá a petição inicial por erro na escolha do procedimento se não for possível adaptá-lo. Em recente alteração legislativa, consagrou-se por exemplo, a fungibilidade das medidas urgentes (art. 273, §7º, CPC). Entende-se que o direito processual brasileiro consagra o princípio no enunciado do art. 244 do CPC, já transcrito.” (2006, p. 237)

Assim o princípio da fungibilidade põe em destaque a efetividade processual, ao se admitir uma tutela de urgência apresentada em lugar da outra, erroneamente distribuída, evitando, com isso, que a delonga de uma nova solicitação faça perecer a eficácia da medida emergencial.

Obviamente que os requisitos da medida cautelar emergencial apresentada de forma equivocada devem, pelo menos, corresponder aos da tutela de urgência correta, de forma que não se deve permitir o prejuízo processual, pois o correto preenchimento de tais pressupostos irão viabilizar o exercício do contraditório da parte adversa, bem como a ampla defesa.

CAPÍTULO 2

AS TUTELAS DE URGÊNCIA

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, determina que o Judiciário deve apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito que lhe for submetida pelas partes litigantes, denotando, assim, o efetivo acesso à justiça, devendo haver a correta prestação da atividade jurisdicional que é suplicada pelas partes do processo.

Evidente que a solicitação da parte interessada ao Judiciário, nem sempre pode esperar o tempo que a justiça precisa para apresentar a solução final, ou seja, declarar o direito ao caso concreto. Por isso existem alguns tipos de medidas judiciais que têm caráter urgencial, necessitando, portanto, de uma resposta célere e eficaz.

O professor Agra esclarece que há, apenas, um órgão estatal, capaz de dirimir conflitos, considerando o óbice que há, quanto à vontade privada, do lesado, de se realizar a justiça com as próprias mãos, ao discorrer sobre o princípio da inafastabilidade da jurisdição:

“Significa que os casos de ameaça de lesão, ou lesão a direitos, apenas podem ser julgados por um único ente estatal: O Poder Judiciário(art. 5º, XXXV, da CF). Desde a supressão da vingança privada, outorgou-se a um órgão imparcial a solução dos litígios sociais para que a perturbação gerada possa ser suprimida e, assim, garantida a segurança jurídica e a justiça nas relações sociais.”(2006, p. 146)

Após estabelecer que a jurisdição é exercida pelo Poder Judiciário, Agra menciona que tal esfera estatal pode conferir efetividade preventiva ao titular do direito urgencial, ao passo que ensina, também, que não haverá amparo judicial para pretensões desprovidas de fundamento:

“Atualmente, o Poder Judiciário tem competência para decidir as questões preventivas, desde que haja uma probabilidade real de ocorrer uma agressão. Descabe amparo judicial às condicionantes hipotéticas, que constituem meras alegações infundadas e inconsistentes, como buscar a proteção judicial porque algum dia o Estado causará um dano ao cidadão. Assim, como consequência,

inexiste a necessidade de exaurimento de processos administrativos antes das entradas nas vias judiciais.”(2006, p.146)

O princípio da inafastabilidade da jurisdição traz como conseqüência, para o processo, a efetividade, que consiste, dentre outros aspectos, no acesso à justiça que a parte prejudicada deve obter, ou seja, ter condições de submeter o seu problema ao órgão jurisdicional, como também no resultado momentâneo, de maneira que seu direito não perca seu objeto, justamente pelo caráter temporário da medida.

A efetividade, nem sempre poderá ser considerada, no entanto, como preventiva.

Nesse sentido, a medida cautelar, em termos gerais, é dotada do condão da preventividade, haja vista que se busca assegurar um direito antes do tempo, antes do julgamento final acerca da matéria.

Há medidas cautelares desprovidas de prevenção, como acontece com a notificação, com o protesto e assim, a efetividade buscada nesses tipos de ação, não pode ser preventiva.

A tutela antecipada também poderá estar revestida da característica preventividade. Basta que a pretensão do autor esteja baseada no inciso I do art. 273, do Código de processo Civil, qual seja, acerca do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Todavia, existem casos de concessão de tutela antecipada que não se lastreiam no aspecto urgência e que, por isso, não podem esses casos possuírem o condão da prevenção, tal qual é o deferimento da tutela antecipada com escopo no aspecto punitivo, ou sancionador, em face do inciso II, do art. 273, do mesmo diploma legal, ou seja, acaso o réu esteja, deliberadamente, protelando o feito. Inexiste a urgência, inexiste a prevenção.

A doutrinadora Vasconcelos tece os comentários acerca do assunto, ao explicar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição confere efetividade processual e acesso à justiça:

“A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XXXV, dispõe que nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito. Esse princípio constitucional, muito mais do que o acesso à justiça, garante o direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. Nenhum, ou pouquíssimo valor terá, para o jurisdicionado, o acesso a uma justiça cujos procedimentos existentes para sua efetivação e para atuação dos aplicadores da lei inviabilizam a resposta dentro de um prazo razoável, resultando, portanto, numa tutela intempestiva.” (2007, p.291)

Ademais, Agra explica que o princípio da duração razoável do processo já era entendido como um desdobramento do princípio do acesso à justiça, como se pode observar:

“Pode-se dizer que esse princípio estava implícito na redação original da Constituição Brasileira de 1988, através do desdobramento do princípio do amplo acesso à justiça(art. 5º, XXXV) e eficiência(art. 37, *caput*). O desiderato de se explicitar a garantia da duração razoável do processo foi densificar e acabar com qualquer tipo de dúvida a respeito de sua existência jurídica.”(2008, p. 161)

Aliás, sobre acesso à justiça, pertinente é a lição do professor Cappelletti, que expõe, com muita propriedade, que o acesso à justiça não se limita, apenas, a uma necessidade social:

“O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.”(1988, p.13)

Dantas é claro no sentido de que o princípio insculpido no *caput* do comando normativo do art. 5º, XXXV, da Carta Magna é sinônimo de livre acesso ao Poder Judiciário(2009, p. 29).

Explica ainda, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição objetiva assegura o direito a uma prestação jurisdicional a todos que dela necessitem, evidenciando o acesso à justiça, garantindo às pessoas naturais e jurídicas o acesso à jurisdição(2009, p.29).

Nesse diapasão de idéias, Oliveira coloca, de forma convincente, que existe, no âmbito processual, uma amplitude de incidência da tutela cautelar, considerando que a tutela preventiva, ao lado de remédios processuais com caráter antecipatório e satisfativo, conferem efetividade ao processo, além de proporcionarem o pretendido impedimento do nascimento da lesão:

“Razões semelhantes justificam o inaudito elastecimento da tutela cautelar em nossa época, assim como a concepção de remédios jurisdicionais de índole provisória, autônomos ou não, com caráter antecipatório e satisfativo do pretendido direito. Sob igual inspiração ganha corpo a tutela *in natura* das obrigações de fazer e não fazer, só conversível em perdas e danos se impossível a obtenção do resultado prático correspondente ou não interessar ao autor. Mesmo entre os remédios de natureza definitiva preferem-se cada vez mais aqueles tendentes a prevenir o aparecimento do dano, e não apenas a reconduzir a situação litigiosa ao status quo ante. E isso porque nem sempre se apresenta satisfatória ou adequada a modalidade tradicional de tutela sancionatória ou repressiva, seja sob a forma primária de restituição ao estado anterior. Daí a primazia adquirida pela tutela preventiva, permitindo-se o emprego de providências judiciais capazes de impedir o próprio nascimento da lesão, antes mesmo de consumada esta, *ab initio* ou pelo menos nos seus pródomos.”(2003, p. 71)

Outrossim, atualmente, os operadores do direito buscam soluções que tornem o processo mais célere, seja através do afastamento de determinados rigores formais, do aproveitamento de determinados atos processuais que possam ser sanados, seja através da utilização de mecanismos emergenciais que permitam a efetiva resposta judicial, evitando a perda do direito que se busca alcançar.

É nesse sentido que a advogada Costa afirma, com segurança, que a processualística atual sempre busca medidas capazes de assegurar a devida prestação judicial pleiteada:

“O direito processual moderno vem promovendo o desenvolvimento de fórmulas capazes de não só garantir com o tempo a efetiva prestação jurisdicional, como também a tutela dos direitos, acrescentando ao Código de Processo Civil várias reformas, tais como a criação de ritos sumários, ações monitórias, julgamento antecipado da lide, e, dentre outros, as tutelas de urgência, necessárias atualmente ao alcance do papel efetivo que o processo se presta a realizar.”(2003, p. 157)

Na mesma linha de raciocínio, conclui seu pensamento:

“O Estado moderno não poderá, simplesmente, tutelar o direito material, mediante apenas ações puramente técnicas ou formais, pois, diante da nova realidade nacional, almeja-se um sistema processual apto, capaz de proporcionar à sociedade uma tutela jurisdicional efetiva, lutando-se, assim, contra os efeitos deletérios do tempo.”(COSTA, 2003, p. 171)

Ou seja, a bem da verdade, atualmente, há uma verdadeira necessidade social, cada vez mais crescente, em se realizar a prestação jurisdicional de forma mais rápida, livre de entraves e burocracias, capazes de satisfazer aquele que solicita a atuação do Poder Judiciário.

Corroborando com esse entendimento, o professor Marinoni para quem

“As pressões sociais por tutela jurisdicional adequada e o conseqüente uso da ação cautelar inominada como técnica de sumarização do processo de conhecimento levaram à introdução da técnica antecipatória, no final de 1994, nos arts. 273 e 461 do CPC.”(2004, p. 108)

A discussão sobre os problemas da efetividade jurisdicional que, normalmente, relaciona-se com o lapso temporal de duração do processo, tem sido algo que vem de longínquas datas. Certamente, por isso, é que se entendeu que, diante desta dificuldade, da possibilidade potencial de ineficiência dos processos judiciais naqueles casos ditos extremados ou especiais, a evolução doutrinária e jurisprudencial terminaram por estabelecer alguns institutos cuja principal característica tem sido a satisfação imediata do requerimento da parte, visando ao não perecimento do próprio objeto litigioso. E a isso é que se denominou de "Tutelas de Urgência".

Assim é que, não podendo esperar pelo andamento normal e necessário de um processo comum, algumas dessas situações ditas especiais merecem providências imediatas. Tanto é verdade que, nestes casos, o legislador autorizou ao judiciário, e que fique anotado, somente ao poder judicante, observadas as condições mínimas, a concessão de medidas de satisfação imediata, dando-se privilégio muito mais à efetividade do processo e à eficiência que deve ter o poder judiciário.

Ademais, a resposta positiva à questão emergencial requerida, não pode comprometer a segurança jurídica, que deve estar em perfeito equilíbrio com o fator tempestividade.

Foi justamente para equilibrar a valoração segurança e tempestividade, que surgiram as tutelas de urgência no processo civil brasileiro, considerando que o instrumento de que se utiliza a justiça para aplicar o direito ao caso concreto era carente de ritos mais breves, mais rápidos.

Didier Jr. e Cunha falam das tutelas evidentes, ou seja, quando se demonstra, no caso concreto, a evidência do direito e este não pode esperar pela decisão definitiva, haja vista que está posto e comprovado nos autos a necessidade do provimento urgencial:

“Quando a diferenciação do procedimento ocorre pela apresentação processual do direito, temos proteção daquilo que foi muito bem denominado de tutela da evidência ou tutela do direito evidente: tutela-se energeticamente o direito em razão da evidência(aparência) com que se mostra nos autos. Não revela, a princípio, a natureza do direito material posto em litígio. Privilegia-se, sem dúvida, a comprovação do direito alegado: direito líquido e certo(provado documentalmente, conforme conceituação atual) e prova escrita, em se tratando de ação monitória. A antecipação genérica da tutela, fundada em prova inequívoca – que não precisa ser, necessariamente, documental –, agora permite a tutela de qualquer direito evidente. Estamos diante do mais alto grau de abstração na previsão normativa de um provimento de urgência. Alterou-se o procedimento comum para torná-lo adequado aos direitos evidentes.”(2009, p.)

Batista, numa brilhante lição de conhecimento processual, põe em debate que a tutela de urgência pode constituir um juízo do que, provavelmente, possa ocorrer, de modo que tal fato pode corresponder a uma concessão de amplitude de poderes conferidos ao magistrado:

“O que ocorre é mais um bloqueio mental, culturalmente construído através de uma doutrina que, formando-se a partir dos bancos acadêmicos, obriga-nos a eliminar de nosso horizonte conceitual todas as formas de tutela processuais que, burlando o juízo de certeza que se exige dos magistrados, lhes pudesse prover de poderes para tutelar alguma situação hipotética, posto que futura, ainda que verossímil. Como se sabe, a tutela preventiva sustenta-se, em maior ou menor grau, num juízo de probabilidade. Tutela-se o que ‘provavelmente’

possa ocorrer. E isto corresponderia a conceder ao juiz poderes que o sistema não está disposto a transferir-lhe.”(2006, p. 217)

Todavia, é sabido que as tutelas de urgência são uma realidade sócio-cultural, de extrema necessidade de utilização e que vêm sendo, de fato, bem utilizadas, trazendo vários aspectos positivos para aqueles que pretendem buscar o amparo judicial, de modo a que possam preservar os seus direitos.

A tutela cautelar e a tutela antecipada não são instrumentos de fácil distinção. Carvalho Filho procura distinguir os institutos:

“Enquanto a tutela conservativa tem em vista a cautelaridade, que consiste em assegurar a viabilidade da realização de um direito (provisoriamente instrumental), e não o realizar, a tutela antecipada tem em vista a satisfatividade, que efetivamente realiza ou satisfaz o direito: os fins da medida se esgotam nela mesma (o que se concede ao autor liminarmente coincide, em termos práticos e no plano dos fatos, com o que está sendo pleiteado *principaliter*)” (2009, p. 13).

Araújo Jr. Faz uma breve distinção entre o instituto da antecipação de tutela e as medidas cautelares. Como colocação inicial dos debates acerca dessa diferença, urge transcrevê-la:

“Note-se que a antecipação de tutela não se confunde com as medidas cautelares. Embora ambas sejam tutelas de urgência, estas envolvem medidas que, diante do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, buscam principalmente resguardar a efetividade do processo de conhecimento, enquanto a antecipação da tutela tem o efeito de possibilitar a imediata satisfação do direito material buscado na ação, embora constitua uma medida provisória e revogável(art. 273, §4º, CPC). Outras diferenças existem entre esses dois tipos de tutelas de urgência, mormente quanto aos requisitos legais para a concessão, conforme se verá a seguir.”(2009, p.28)

Theodoro Jr. contribuindo para o debate, assim se expressa:

“Não raro, porém, são os casos em que, a ter-se de aguardar a composição definitiva da lide por sentença, o provimento final da justiça se tornará vão e inútil, porque o bem disputado terá desaparecido ou a pessoa a que era destinado já não mais terá condições de ser beneficiada pelo ato judicial. Outras vezes, é o direito material mesmo que reclama usufruição imediata sob pena de não poder fazê-lo, o respectivo titular, se tiver de aguardar o estágio

final, ulterior à coisa julgada. Para estas duas situações, o direito processual moderno concebeu uma tutela jurisdicional diferenciada, que recebe o nome de tutela de urgência, desdobrada, no direito brasileiro em duas espécies distintas: a) a tutela cautelar, que apenas preserva a utilidade e eficiência do futuro e eventual provimento; e b) a antecipação de tutela, que por meio de liminares ou de medidas incidentais, permite à parte, antes o julgamento definitivo de mérito, usufruir, provisoriamente, do direito subjetivo resistido pelo adversário.”(2004, p. 46)

A tutela antecipada e a cautelar são os tipos de tutelas de urgência que constituem o objeto de pesquisa do presente estudo.

Ambas as medidas têm em comum a característica da urgência, muito embora sejam tecnicamente distintas. Enquanto na tutela antecipada se busca antecipar o resultado que, ao final, se pretende, na cautelar, o requerente pretende viabilizar a segurança, a possibilidade de um julgamento futuro, permite que uma decisão de mérito possa ser proferida, quando, sem a efetividade da tutela, não seria possível. Dá condições, também, para que seja satisfeito o direito reconhecido, certo e exigível.

Esse elemento comum permite fundamentar o manejo da fungibilidade nas tutelas emergenciais, considerando que nem sempre resta nítida a distinção entre os dois institutos, pelo acervo jurisprudencial existente, que ora se posiciona, adotando a tutela antecipada para determinado caso, ora adotando a medida cautelar para a mesma situação.

Fala sobre os pontos comuns o professor Carvalho Filho, afirmando que tais medidas possuem, em comum, a característica da provisoriedade, as regras relativas à responsabilidade objetiva e a questão da reversibilidade da medida, tanto que as tutelas podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo; o requerente da providência pode ser penalizado pelos prejuízos que eventualmente causar, em face da execução da medida e, ainda, os efeitos concretos da tutela concedida podem ser revertidos, retornando a situação processual ao estado anterior (2009, p. 15).

Não obstante, a provisoriedade não parece ser nota constante em todas as medidas cautelares. Existem algumas que, em regra, efetivamente, são provisórias (por dependerem da existência de um processo principal e por existir a possibilidade de

reversão da medida concedida, a qualquer momento), mas outras não, como é o caso dos protestos e notificações, que não dependem de nenhum outro processo, por serem definitivas.

Por outro lado, a tutela antecipada, essa sim, é um procedimento provisório, considerando que fica a critério do magistrado concedê-la, mas, caso seja deferida, poderá ser revista e modificada, a qualquer momento.

Observe-se que, no caso da antecipação de tutela, esta jamais deve ser confundida com as medidas cautelares, mesmo que elas sejam consideradas tutelas de urgências e também por assentarem-se em pressupostos iguais, a saber, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, procurando resguardar a efetividade do processo de conhecimento, “enquanto que a antecipação de tutela tem o efeito de possibilitar a imediata satisfação do direito material buscado na ação, embora constitua uma medida provisória e revogável...” (LEITE, 2007, p. 5).

Vaz enfatiza que a medida cautelar e a antecipatória desempenham função constitucional parecida, qual seja, dar condição para realização dos direitos fundamentais bem como da segurança jurídica e efetividade da jurisdição e que ambos os remédios processuais possuem embasamento no princípio da inafastabilidade do exercício da jurisdição:

Qualquer cotejo entre tutela cautelar e tutela antecipatória deve levar em conta que, embora sejam institutos de espécies diferentes, uma e outra se legitimam pela função de prevenção do dano – ainda que diversas as naturezas do receio de lesão –, compondo ambas o gênero tutelas de urgência, técnica que integra a preocupação com a efetividade do processo, tendo como elemento comum a inaptidão para produzir a coisa julgada material. Não poderia deixar de referir, contrastando os institutos, a irretorquível observação de Teori Zavascki no sentido de que as medidas cautelares e as antecipatórias identificam-se por desempenhar função constitucional semelhante, qual seja, a de propiciar condições para sobrevivência harmônica dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição, mas sujeitam-se a regimes processual e procedimentos diversos. Complementaria dizendo que ambos os institutos têm assento constitucional no princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV), de cujo enunciado brota o direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional, e revelam conformação de relevante interesse público, na medida em que o

Estado – detentor do monopólio da jurisdição – envidar todo o esforço para proporcionar aos jurisdicionados a concretude desse direito, concebendo os instrumentos processuais necessários (2007, p. 24-25).

Fica evidenciado o sentimento de preocupação que a doutrina exprime na tentativa de diferenciar os institutos, ao informar que as medidas possuem rigor científico e dão ensejo a diversos debates acadêmicos, acerca da existência de uma “zona de intersecção” entre as duas tutelas, o que permite ao operador do direito expor as semelhanças e obter êxito, alcançando a finalidade do ato com justiça e segurança:

“Explica-se o denodo e o zelo com que a doutrina busca elementos para distinguir as tutelas cautelar e antecipatória. Não fosse o indispensável rigor científico que o trato da matéria exige, impor-se-ia a necessidade de exata delimitação de seus campos de atuação, cobrando do operador do direito definição de rumos a serem seguidos em cada caso concreto. Não obstante, poder-se-ia objetar acerca da utilidade prática de buscar-se a exata definição jurídica de uma e de outra. Mas se ao proceder à comparação for possível ao jurista destilar semelhanças, êxito pode-se considerar obtido, porquanto se estará, com base na resultante ‘zona de intersecção’, caracterizada por traços comuns, viabilizando a comunicação dos regimes no manejo pragmático dos institutos, quando dúvida houver sobre qual deva ser o adequado. Isso é basilar, não se podem comunicar regimes de institutos que não guardam semelhanças, seja no que diz respeito ao objeto, seja no que diz respeito ao fundamento. A circunstância de estarem, a tutela cautelar e a tutela antecipada, inseridas no gênero tutelas provisórias de urgência e de terem função constitucional idêntica autoriza que se comuniquem seus regimes jurídicos, sempre que não haja incompatibilidade. Não se trata, ademais, de desprezar a autonomia dos institutos, olvidando o tratamento científico que cada uma merece, nem de tornar meramente acadêmica a árdua tarefa de diferenciá-las, porquanto cada uma continua com seu campo de incidência bem definido e intangível(VAZ, 2007, p. 26).”

Nascimento, por sua vez, procura distinguir os dois instrumentos de emergência processual, ao destacar que, na antecipação de tutela, o juiz traz, desde logo, a decisão de mérito, enquanto que, na cautelar, o Magistrado dá condições para que a sentença de mérito, ao ser proferida no futuro, tenha aplicabilidade, não afetando o mérito e nem mesmo o exaurindo (2009).

Costa assevera que as distinções entre os dois institutos não impede o resultado que se alcança com sua utilização, evidenciando bem o benefício processual atingido com sua inclusão no digesto processual civil.

A distinção não é tarefa simples. A doutrina mergulha fundo na tentativa de delimitar bem o conteúdo das duas tutelas de urgência e busca diferenciá-las, no afã de justificar a prática pelas noções conceituais.

2.1 DEFINIÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Fica, entendida, desde já, a intenção do legislador, que procura assegurar menor formalidade processual, provocando, assim, uma atuação mais exitosa do judiciário no que tange às medidas urgentes.

Quando o magistrado se depara com um pedido de antecipação de tutela de natureza marcadamente cautelar, certamente que poderá recebê-lo como medida cautelar, de ofício, analisando-o dessa forma, de modo a, se atendidas suas especificações, concedê-lo, de imediato, à parte interessada.

Não são raros os casos em que a pessoa, seja física ou jurídica, precisa de atendimento jurídico emergencial, considerando a natureza do caso concreto, devendo ocorrer a intervenção do Poder Judiciário, para que este solucione o problema que está enfrentando.

Acontece que, o trâmite processual ordinário, em muito dificulta o atendimento da prestação jurisdicional solicitada, o que denuncia a necessidade da utilização de mecanismos processuais que tenham resolução célere, em face da natureza do pedido.

As tutelas de urgência são esses institutos referidos, que devem ser utilizados, para combater a ineficiência da complexidade procedimental, que, eventualmente, causa o engessamento das fases processuais.

As tutelas de urgência conferem uma maior celeridade judicial, no tocante à apreciação e atendimento do pleito pretendido.

Pode-se definir, portanto, tutela de urgência, como o meio processual utilizado pela parte interessada, no processo, para que seu direito reste preservado ou

temporariamente realizado, o mais rápido possível, considerando que há uma grande possibilidade daquele(o direito da parte) se deteriorar num breve decurso de tempo.

Theodoro Jr. leciona a respeito:

“Não raro, porém, são os casos em que, a ter-se de aguardar a composição definitiva da lide por sentença, o provimento final da justiça se tornará vão e inútil, porque o bem disputado terá desaparecido ou a pessoa a que era destinado já não mais terá condições de ser beneficiada pelo ato judicial. Outras vezes, é o direito material mesmo que reclama usufruição imediata, sob pena de não poder fazê-lo, o respectivo titular, se tiver de aguardar o estágio final, ulterior à coisa julgada. Para estas duas situações, o direito processual moderno concebeu uma tutela jurisdicional diferenciada, que recebo o nome de tutela de urgência, desdobrada, no direito brasileiro em duas espécies distintas: a) a tutela cautelar, que apenas preserva a utilidade e eficiência do futuro e eventual provimento; e b) a antecipação de tutela, que por meio de liminares ou de medidas incidentais, permite à parte, antes o julgamento definitivo de mérito, usufruir, provisoriamente, do direito subjetivo resistido pelo adversário.”(2004, p. 46)

Ademais, Vasconcelos, em dizeres pertinentes, afirma quais seriam as tutelas de urgência previstas no direito processual civil brasileiro, com propriedade, senão, vejamos:

“Destinada a prevenir os danos ao direito da parte – decorrentes da preocupação excessiva com a cognição completa, exauriente – a tutela de urgência engloba, no sistema processual brasileiro, a tutela cautelar em sentido restrito(CPC, arts. 798 a 887), a tutela antecipada(CPC, art. 273 e parágrafos) e as medidas denominadas provisionais(CPC, arts. 888 e 889). Note-se que o legislador trata indistintamente de medidas cautelares, medidas antecipatórias e até medidas satisfativas – como são as provisionais – tendo em vista que, quando da redação originária do Código de Processo Civil, o instituto de antecipação de tutela não havia sido autonomamente delineado. De todo modo, pode-se dizer, seguramente, que a tutela de urgência constitui o gênero do qual as tutelas antecipada e cautelar são espécies.”(2007, p. 293-294).

As tutelas de urgência dão embasamento, justificam o preceito constitucional insculpido no caput do comando normativo inserto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que prescreve que, nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito excluirá a apreciação do Poder Judiciário, de modo que se evidencia o acesso à justiça, o direito à tutela jurisdicional adequada.

Assim entende a advogada Costa, que, de forma brilhante, citando Wambier (2003), ao final, contribui para o tema, da seguinte maneira:

“Plasmado no art, 5º, XXXV, da Constituição Federal, temos o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição Judicial, segundo o qual ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Contudo, para que o Estado-Juiz possa produzir resultados satisfatórios, mediante a instrumentalização do processo, garantindo não só o acesso à justiça, como também um processo efetivo, ‘é necessário que ao seu resultado formal se acrescente à aptidão para produzirem-se efeitos práticos, em tempo hábil’.”(2003, p. 156-157)

Nessa linha de raciocínio, o devido acesso à justiça denota, não apenas o direito à adequação do emprego da medida judicial, como também deixa clara a efetividade do processo, haja vista que o decurso prolongado de uma resposta do Poder Judiciário, quando acionado, poderá prejudicar a satisfação do direito invocado.

Cabe perfeitamente observar os dizeres de Vasconcelos sobre segurança e tempestividade das tutelas de urgência:

“Evidentemente, desde que razoável, o prazo de tramitação do processo é imprescindível ao fiel desempenho de sua missão instrumental, na medida em que garante a necessária segurança jurídica. Mas a tutela jurisdicional só será efetiva se houver equilíbrio entre segurança e tempestividade.”(2007, p. 293).

Um dos grandes desafios, então, do direito processual moderno é o fato de que o Estado deve conferir resposta breve ao particular, sem que, com isso, atrole a segurança jurídica que o Poder Judiciário deve propiciar ao declarar o direito ao caso concreto.

Deve haver um trabalho de cooperação, portanto, entre o legislador, que exerce a função política, de estabelecer normas e diretrizes processuais, regras sobre procedimento, sobre o instrumento de que se utiliza a justiça para julgar o caso concreto, e o operador do direito, haja vista que essa personagem jurídica é quem irá, de fato, dar aplicabilidade àquelas normas postas, de modo a, razoavelmente, tornar o processo instrumental, vale dizer, célere, seguro e justo, assegurando às partes litigantes, a utilização de todas as prerrogativas procedimentais.

2.2 A TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada é um instituto do processo civil, que apresenta importância na prática jurídica. Recebe grande atenção e dá campo a controvérsias e divergências no plano doutrinário e jurisprudencial quanto à interpretação do artigo 273 do CPC, com as modificações da Lei 8.952/94 (WAMBIER, 1997, p.46).

A legislação autoriza o Juiz conceder ao interessado provimento imediato, de forma provisória, assegurando o bem jurídico objetivado no litígio. Não se trata de faculdade ou poder discricionário do Juiz, mas de direito subjetivo processual da parte.

Um dos conflitantes necessita da prestação jurisdicional imediata, pelo que requer providências urgentes, para evitar que o direito perca o seu objeto em si próprio, o que, para o autor (para a sociedade, também é importante que seja preservado o direito, haja vista que, cotidianamente, poderão ocorrer situações parecidas e assim, novos interessados podem ser beneficiados), é inadmissível.

Antecipar os efeitos da tutela significa entregar à parte requerente, embora provisoriamente, a própria prestação de direito material objeto da relação jurídica litigiosa. Sabe-se que, em regra, o bem jurídico tutelado apenas é entregue a uma das partes por ocasião da prolação da sentença definitiva, ao final do processo.

Ao tratar do instituto da tutela antecipada, necessária é a referência aos princípios que regem a sua manutenção no nosso sistema processual.

Guisado por preceitos, nosso legislador inseriu no ordenamento jurídico pátrio o instituto da tutela antecipada, permitindo aos magistrados, diante das situações expressamente previstas no art. 273 do Código de Processo Civil, privilegiar o princípio da celeridade processual em detrimento da segurança jurídica.

O princípio da efetividade processual, desta forma, ganha importância ainda maior no trato desta matéria por ser o principal responsável pela sua convivência harmônica, visto que uma decisão verdadeiramente eficaz deve ser aquela o mais célere e segura possível. Para haver a efetiva atividade judicial que traga credibilidade aos jurisdicionados, necessita do elemento segurança e ao mesmo tempo do fator celeridade.

Já o princípio da inafastabilidade, garante a todos os cidadãos o efetivo acesso aos órgãos do Poder Judiciário, a fim de que este aprecie qualquer lesão ou ameaça ao direito, já que, proibindo o exercício da justiça privada, tem o Estado o dever de prestar a tutela jurisdicional de forma satisfatória.

Este princípio “não assegura o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim ao acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação de justiça e também o acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 1996, P. 20).”

Pode-se inferir que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está diretamente ligado ao princípio da efetividade do processo judicial, pois a demora na entrega da tutela pretendida pode acabar por significar verdadeira denegação de justiça.

Obedecidos os requisitos previstos em lei para a sua concessão, o interessado tem a capacidade de requerê-la. Nesse diapasão, o Juiz, verificando o preenchimento de tais pressupostos, antecipa a decisão de mérito que pode ser concedida no todo ou em parte, antes de aberta a fase instrutória.

Desta feita, o pedido de antecipação de tutela é parte de uma pretensão do interessado que deseja ver o seu pedido conferido antecipadamente, a qual deveria apenas ser concedida depois de prolatada a sentença, momento em que toda a matéria é apreciada.

A lei 8.952/94 deu nova redação ao art. 273, do Código de Processo Civil, que prescreve:

“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”

Assim, por meio de provas não exaurientes, pode a parte interessada, convencer o magistrado de que o seu direito é muito próximo da verdade, considerando que verossimilhanças são suas alegações, devendo (caso fique realmente demonstrada a pretensão do requerente, através de provas carreadas aos autos) o julgador, em decisão fundamentada, conceder, total ou parcialmente, a tutela pretendida ao final, no processo.

Mais uma vez, deve ser ressaltada a questão da efetividade, pois é o que se busca com a presente medida, em virtude do receio de que o direito venha a se destruir, perder o seu objeto com o decurso do tempo.

Vasconcelos afirma, todavia, que o legislador estabelece restrições ao exercício do contraditório, ao se deferir a liminar referente ao pleito antecipatório, apresentando, portanto, crítica ao instituto:

“No caso da tutela antecipada, o legislador ordinário está estabelecendo restrições ao contraditório e à ampla defesa, a fim de preservar outro direito fundamental, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, quando este estiver em vias de ser violado. E esta opção do legislador se deve a outros princípios que devem nortear a formulação da lei ordinária, como o da proporcionalidade.”(2007, 303)

A mesma coisa diz Oliveira, acerca do processo cautelar (merece nota nesse ponto, acerca do contraditório diferido), que comporta concessão de liminar sem a ouvida de outra parte, ao aduzir que o momento do contraditório resta diferido para um outro momento do processo:

“No concernente ao processo cautelar, assim como em todos os demais procedimentos em que haja a possibilidade de concessão de liminares inaudita altera parte, verifica-se igualmente um abrandamento do princípio do contraditório, diferindo-se a ouvida da contraparte para momento posterior à decisão jurisdicional, quase sempre com garantia de sua eventual e posterior modificação ou revogação. A exigência prática de tutela afina-se aqui, com a estrutura do procedimento, fazendo prevalecer o acesso imediato à jurisdição, garantia que poderia ser prejudicada se ouvido previamente o interessado”(2003, p.122).

Dessas afirmativas, pode ser extraída a idéia de que os princípios constitucionais (na verdade, os princípios gerais do direito) não possuem hierarquia e o

que resta posto de forma muito clara é que um princípio(do contraditório) é afastado em detrimento de outro (da inafastabilidade da jurisdição).

Um princípio não revoga o outro, em virtude do afastamento de um para que outro se aplique, num dado momento do processo. Pode ser que, num momento ulterior, a situação se reverta e a valoração que terminou sendo afastada, seja aproveitada, em detrimento daquela que tenha sido aplicada anteriormente. Tudo irá depender da situação pela qual atravessa a lide.

Não obstante, *data maxima venia*, é necessário expor, acerca da questão acima exposta, que o contraditório será exercido, em sede de contestação e ainda, em virtude de interposição de recurso de agravo de instrumento.

O contraditório estará sendo, *in casu* de deferimento liminar da tutela de urgência, diferido para um momento ulterior, mas será exercido, sem restrições, havendo, contudo, a antecipação dos efeitos da sentença que, ao final, pretende a parte interessada obter.

Num momento diverso de sua obra, Vasconcelos parece explicar melhor a questão do contraditório, que poderia estar sofrendo restrições, ao ser concedida, senão observe-se:

“Ao contrário do que se poderia pensar, não se trata aqui, de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa(CF, art. 5º, LV), assegurados pela garantia do devido processo legal(CF, art. 5º, LIV), pois a tutela antecipada se procede perante o juiz natural(CF, art. 5º, XXXVII e LIII), à luz das provas documentais até então produzidas e havidas como suficientes por esse juiz e, além disso, é caracterizada pela reversibilidade. Assim, se o julgador verificar, a pedido do autor, que na hipótese de ouvir a parte contrária, poderá haver prejuízo, certo é que deverá antecipar a tutela sem audiência prévia da outra parte, para só então instaurar o contraditório e oportunizar a ampla defesa.”
(2007, p. 301)

Assim, para se preservar a segurança das relações jurídicas, é que o magistrado, observando o fator tempo e a possibilidade de perda de um direito que, muito provavelmente, está bem próximo da verdade, considerando a prova inequívoca carreada aos autos, é que o juiz defere a medida, a ponto de não ouvir, inicialmente, a parte adversa,para que se concretize o pleito urgente.

É o caso de se preservar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, permitindo o acesso à justiça e de se homenagear o princípio da proporcionalidade, já que a razoabilidade é levada em conta, para que se defira a medida solicitada, mas que se assegure o direito de defesa para a parte, porém, para outro momento, já que, emergencialmente, é necessário conferir o que se pleiteia no momento.

Um exemplo pertinente diz respeito ao pedido de antecipação de tutela para os que precisam da medida, sob pena de perder a vida, considerado o bem maior protegido pela Carta Magna. Ora, um cidadão que paga seu plano de saúde e que acredita, pelo contrato, ter toda a cobertura contratada, se vê num beco sem saída, quando a seguradora nega prestar a assistência pretendida.

A vida, portanto, não pode ser perdida, principalmente, quando o Autor da ação, prejudicado pela atitude do plano de saúde, demonstra a verossimilhança de suas alegações, aliadas à prova robusta carreada nos autos e dessa feita, a liminar (tutela antecipada), deve ser concedida *inaudita altera pars*, considerando que, quanto mais se prolonga no tempo a não concessão do direito, mais perto se aproxima a perda do direito da pessoa física à vida.

Observe-se, por exemplo, a decisão que deferiu a liminar pleiteada em sede de antecipação de tutela, ao cidadão que necessitava da cobertura de custeios médicos, pelo plano de saúde, para que pudesse realizar o transplante de medula, por ser portador de leucemia:

“A concessão da antecipação da tutela, diferentemente da liminar concedida em medida cautelar, requer, além dos requisitos para concessão desta, que haja a verossimilhança, ou seja, a existência de comprovação do pedido, apoiando-se em prova pré-existente, não podendo ser requerida à base de simples alegações ou suspeitas. A prova deve ser capaz de autorizar até uma sentença de mérito favorável a quem pretende antecipar a tutela.

...omissis...

Há de se ressaltar que, no caso em apreço, o êxito no tratamento do autor, somente será possível com o internamento do seu irmão doador, que não está obrigado a custear as despesas hospitalares, em vista de ser o demandante beneficiário do Plano de Saúde demandado e que,

nas circunstâncias exigidas para o tratamento dele autor tem a obrigação de custear todas as despesas necessárias ao tratamento até o seu restabelecimento, conforme prescrições médicas, uma vez que o doador é parte integrante do tratamento.”(Proc. nº 001.2009.002389-8, 24ª vara cível, comarca de Recife/PE)

No caso em apreço, constata-se ser inadmissível conferir a ouvida da outra parte, em sede de contestação, sem que, antes, seja conferida a medida emergencial, em virtude da própria natureza da tutela de urgência, que é preservar o direito emergencial, que, na situação demonstrada, é a vida.

É exatamente nesse sentido que se baseia a doutrina e a jurisprudência para conferir força de aceitação à legislação posta (o que é muito importante), haja vista que, o magistrado, ao verificar que poderá ocorrer um dano grave à parte requerente da medida, irá deferi-la, postergando o contraditório e a ampla defesa para um outro momento, lembrando sempre, que a possibilidade de reversão do instituto concedido estará sempre presente, consoante imposição legislativa.

O contraditório, portanto, é efetivamente (por assim dizer) preservado, sendo, no entanto, deslocado para momento ulterior, considerada a necessidade emergencial da medida solicitada.

Evidencia-se, portanto, ausência de exceção ao princípio do contraditório, pois a defesa será apresentada e as provas serão produzidas, não será tirado o direito de a parte usar do seu direito de resposta e, assim, conseqüentemente, se demonstra apenas, uma ruptura de aparência, sendo o réu citado, para apresentar sua contestação, em momento oportuno.

Torna-se, pois, evidente a necessidade da utilização do presente mecanismo, vez que o direito da parte poderá esvaziar-se, caso não seja socorrida pelo benefício do remédio processual, após a devida demonstração das alegações verossímeis, aliadas à prova suficientemente próximas da verdade, além do fundado receio de que o dano possa vir a se tornar uma lesão irreparável, ou seja, que o direito possa vir a perecer, caso seja procrastinando, no tempo, o procedimento.

Desta feita, o pedido de antecipação de tutela é parte de uma pretensão do interessado que deseja ver o seu pedido conferido antecipadamente, a qual deveria apenas ser concedida depois de prolatada a sentença, momento em que toda a matéria é apreciada, por estar a ação devidamente instruída para tanto, conforme já se acentuou nesta dissertação, em outro momento, forma de resgatar a idéia de que essa antecipação não assegura o resultado útil do processo, que acontece no instante mesmo em que se dá essa prestação (MARINONI, 1994).

Não obstante, nem sempre a concessão da antecipação dos efeitos da tutela final pretendida exigirá o aspecto da urgência. A concessão da tutela antecipada poderá basear-se no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório do réu, em consonância com o inciso II, do art. 273, do Código de Processo Civil.

Em casos de deferimento de pleito antecipatório liminar, que não comporta urgência, verifica-se que o fundamento que ampara a postura do julgador se encontra na efetividade do processo.

Acaso o réu, por exemplo, suscite incidentes processuais completamente infundados, ou interpõe recurso meramente protelatório, poderá dar ensejo à concessão da tutela antecipada, caso estejam evidenciadas a verossimilhança das alegações e a prova inequívoca.

Assim, poderá o réu, no decorrer do processo, comportar-se forma temerária, na tentativa de travar o procedimento, atrasando o avanço dos atos da demanda judicial, seja evitando receber as devidas intimações, seja dando vista nos autos por prazo absurdo, o que dará ensejo à aplicação do instituto da tutela antecipada.

Assim, a tutela prevista nesse ponto, referente à antecipação dos efeitos da sentença, será concedida caso os requisitos processuais esteja demonstrados nos autos, quais sejam, a verossimilhança das alegações e a prova inequívoca, aliados, ou à urgência que o caso requer, como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda, ao fato absurdo da procrastinação processual da parte Demandada.

2.2.1 Requisitos para sua Concessão

Conforme já exposto, ao privilegiar o princípio da celeridade da prestação jurisdicional, o nosso legislador precisou sacrificar um outro princípio processual fundamental: o da segurança jurídica. Sabe-se que há casos em que é impossível a convivência simultânea e plena de todos os direitos fundamentais. E quando há colisão entre eles, deve-se afastar a aplicabilidade de uma delas à salvaguarda de outro que venha a ser considerado prevalente.

Assim, a tutela antecipada passa a ser um direito subjetivo da parte requerente a partir do momento em que esta comprove a existência dos pressupostos previstos no artigo 273 do CPC, que estabelece os requisitos à sua concessão compreendendo os pressupostos genéricos e alternativos.

Os pressupostos genéricos são: a) requerimento da parte; b) a existência de prova inequívoca; c) a verossimilhança da alegação. Além disso, é indispensável que não se configure perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Para a concessão da tutela requerida, a prova inequívoca está qualificada como prova persuasiva, com a capacidade de convencer o órgão judicial. A antecipação não será concedida com base em alegações infrutíferas. Para a sua concessão, o magistrado basear-se-á nas provas preexistentes, que deverão ser evidentes e, a seu respeito, não se admitem dúvidas.

Outro pressuposto é a convicção de que o fato alegado deve ser verossímil, não se exigindo a sua certeza. Refere-se ao convencimento do juiz em torno do quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, a existência de seu direito subjetivo material e no perigo de dano e sua irreparabilidade.

Outrossim, o artigo 273, § 2º do Código de Processo Civil garante o direito do contraditório e ampla defesa, mesmo diante da medida antecipatória. Com efeito, mesmo figurados os pressupostos para a sua concessão, descaberá a medida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

O perigo de irreversibilidade consistirá na presumível impossibilidade de retorno à situação anterior. Deve haver a possibilidade de reversão da antecipação concedida, pois caso o réu venha a ser vitorioso ao final do processo, a situação em que se encontrava antes de ser concedida a antecipação deverá ser restaurada.

Todavia, há casos em que tal circunstância se torna impraticável de ser obedecida. Nesse sentir, deve o juiz se pautar, ao analisar o pedido, de certa dose de razoabilidade, ao considerar o caso concreto.

Há situações que não podem esperar pelo julgamento final do processo, principalmente quando o que se discute é um bem maior, como por exemplo, a vida.

Assim, como no exemplo supracitado, o plano de saúde deve acobertar o tratamento médico do segurado, considerando a provável hipótese de falecimento deste, caso não sejam custeadas as despesas médico-hospitalares e assim, possa ser que, efetivamente, a situação não retroceda ao *status quo ante*, mas, mesmo assim, caso a seguradora (na mais remota hipótese), vença a ação, poderá se utilizar dos meios cabíveis em execução, para reaver os valores gastos.

Desta feita, no final das contas, sempre haverá uma possibilidade de reparação ao vencedor (ainda que seja mínima), pois a obrigação sempre poderá se converter em perdas e danos, caso não possa ser cumprida. Não obstante, não se pode ignorar o bem da vida, que aquele de maior amplitude, o que possui a mais alta defesa em sede constitucional.

Além dos pressupostos genéricos de natureza probatória enunciados anteriormente, o artigo 273 do CPC condiciona o deferimento da tutela antecipada diante dois outros requisitos, os quais devem ser observados de forma alternativa, quais sejam: a) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; b) abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; c) incontrovérsia de um ou mais dos pedidos cumulados.

O fundado receio advém dos danos concretos, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, como também, de probabilidade em torno de risco

de prejuízo grave. É necessária a existência de risco anormal cuja consumação possa vir a comprometer o direito da parte.

O próprio art. 273 do CPC não poderia vedar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, pois nenhuma norma tem o condão de controlar situações de perigo. O princípio da inafastabilidade garante o direito à adequada tutela jurisdicional e, portanto, o direito à tutela urgente. A necessidade de ouvida do réu poderá, em alguns casos, comprometer a efetividade da tutela urgente (MARINONI, 1998).

O abuso de direito de defesa ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor de forma infundada ou quando se utilizam meios inidôneos para forjar sua defesa. Esta previsão foi legislada para inibir as defesas interpostas abusivamente por parte do réu, para que ele exerça de forma razoável a sua defesa, sem retardar a realização do direito do autor.

A hipótese da incontrovérsia de um ou mais pedidos cumulados foi introduzida na legislação processual civil através da Lei nº 10.444/2002. Ocorre nos casos em que a parte fica impossibilitada de utilizar-se de meio de defesa, quando uma das partes reconhecer parcialmente o pedido da outra.

Diante do exposto, diante da faculdade conferida ao magistrado, será concedida de forma motivada a tutela antecipada, presentes os requisitos previstos no art. 273 do CPC.

2.2.2 Natureza do Ato e seus Efeitos

Verificando o magistrado o pleito formulado pela parte interessada em relação à antecipação de tutela, deverá manifestar-se acerca da tutela requerida, de acordo com o princípio da inafastabilidade prevista no art. 5º da Constituição Federal de 1988, inciso XXXV.

O objetivo da tutela antecipada é eliminar a situação de perigo ou de injustiça que a manutenção do estado em que se encontra o objeto do pedido tutelado representa

para o direito subjetivo material do autor. Trata-se de antecipar os efeitos da tutela de mérito postulada na inicial.

Tal decisão deve processar-se nos mesmos autos em que será definida a tutela definitiva. A medida antecipatória tem o caráter temporário e provisório, conforme disciplinado no artigo 273, §4º do CPC. O processo irá prosseguir normalmente até que seja proferida a sentença, momento em que será analisada a efetividade dos efeitos da liminar concedida.

Portanto, a decisão antecipatória transforma o fato em direito, que é a função e a finalidade do processo de conhecimento, possibilitando, desde logo, à parte favorecida, promover a transformação em fato, do direito reconhecido, através de cumprimento imediato.

Ocorre que, o instituto da tutela antecipada é baseado em juízo de cognição sumária e não tem caráter imutável. Ou seja, a qualquer momento poderá haver mudança relativa ao direito material contido na decisão, atingindo, assim, a execução.

Em virtude de a execução não ser definitiva, na antecipação de tutela esta tem efeitos peculiares, para dar maior segurança à parte adversa. Assim o legislador procurou diminuir os eventuais riscos através de mecanismos que fez constar em lei, através do art. 588 do CPC, quais sejam: a) responsabilidade do executado quanto aos prejuízos da execução; b) prestação de caução; c) modificação da decisão; d) obrigação de colocar as coisas no estado em que se encontrava.

Esses mecanismos apenas servem como meio de prevenir o dano à parte adversa e, ao mesmo tempo, executar de forma eficiente a tutela concedida, visto que, a qualquer momento, poderá haver mudança relativa ao direito material contido na decisão.

2.2.3 Da Modificação ou Revogação da Tutela Antecipada

A finalidade da antecipação de tutela é prevenir o dano eminente e grave. Com a concessão da tutela, promove-se uma execução provisória e condicional daquilo que se espera vir a ser o efeito de uma sentença ainda por proferir.

Neste entendimento:

“Faz-se parte, portanto, a decisão antecipatória transforma o fato em direito, o que é a função e a finalidade do processo de conhecimento, possibilitando, desde logo, e como consequência, à parte favorecida, promover a transformação em fato, do direito reconhecido, através do processo de execução.” (FADEL, 1998, p. 14)

Sob o outro ângulo da matéria:

“A efetivação das medidas antecipatórias não depende de uma verdadeira execução forçada. Tudo se passa sumariamente dentro do desenrolar do próprio processo de conhecimento. O provimento é mandamental, realizando-se como imperativo incontinenti do decisório, sem necessidade de instauração de execução específica.” (FUX, 1996, P. 370)

Nesta cadeia de idéias, segundo o art. 273, §4 do CPC, a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada em qualquer fase do processo, através de decisão fundamentada. Todavia, a revogação e a modificação demandam provocação da parte, não podendo o juiz, sem ser instado a tanto, alterar ou revogar a medida anteriormente concedida.

A modificação ou a revogação das medidas provisórias pode ocorrer em duas situações: a) com a mudança do estado de fato; b) com o aprofundamento da cognição sobre o direito firmado em função das mudanças do estado das provas.

A respeito dessas novas circunstâncias, a provocação pode se dar através do recurso de agravo de instrumento, quando os argumentos para se pleitear a revogação ou modificação forem relativos à visualização por parte do juiz dos fatos existentes no momento de sua concessão. Neste caso, a decisão concessiva ou negatória também poderá ser alterada pelo juiz monocrático, por ocasião do juízo de retratação (MARINONI, 1998, p. 218).

Por outro lado, quando restar modificado o quadro fático que deu ensejo à concessão da tutela, a revogação ou modificação poderá ser pleiteada independentemente de agravo de instrumento, isso também na hipótese de ser negada a concessão da tutela (MARINONI, 1998, p. 219).

Nessa mesma linha de raciocínio, encontra-se Wambier assegurando que

“A decisão não terá sido efetivamente alterada, mas ocorrerá a prolação de uma outra decisão mais adequada às circunstâncias no presente momento. Desta forma, em caso do iminente perigo de dano não mais existir, não haverá motivo para perdurar a tutela concedida, visto inexistir os requisitos para a autorização da concessão de tutela antecipada.” (1997, p. 336).

Para tanto, a revogação da tutela tem cabimento apenas quando o direito ainda não foi declarado por cognição exauriente, visto que a antecipação de tutela é fundada em conhecimento sumário. Neste entendimento:

“A revogação da tutela, assim, somente tem cabimento quando o direito ainda não foi declarado. No caso de tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado de parcela de pedido ou de um dos pedidos cumulados há juízo de cognição exauriente; a ela não se aplica, portanto, o parágrafo quarto do artigo 274. Na verdade, a referida norma dever ser lida da seguinte forma: a tutela antecipada, quando fundada em cognição sumária, poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.” (MARINONI, 1998, p. 160)

Diante de tais circunstâncias, poderá o juiz revogar ou modificar a decisão de tutela antecipada, enquanto não exaurida a sua jurisdição, devendo fazê-lo por meio de decisão fundamentada, voltando a balancear os interesses da lide, ponderar os valores constitucionais suscitados e repensar o caso concreto ao nível de razoabilidade e proporcionalidade, indicando, enfim, os motivos que lhe formaram o convencimento (MARINONI, 1998, p. 161).

Para tanto, a parte contrária deverá demonstrar ao juízo argumentos consistentes o bastante a demonstrar inexistir requisitos para a concessão da antecipação de tutela, resultando sacrifício desnecessário que poderá comprometer a esfera do direito juridicamente protegido.

Correlacionando ao princípio do devido processo legal, em termos de efetividade, permite a possibilidade de o réu pleitear a reversão da situação em face da qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da decisão judicial à situação de direito material subjacente.

2.2.4 Breves Comentários sobre a Possibilidade de se Recorrer das Decisões Antecipatórias de Mérito

De acordo com o nosso ordenamento jurídico pátrio, em atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Carta Magna, as partes litigantes têm o poder de provocar o reexame da decisão pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando obter a sua reforma, modificação ou apenas a sua invalidação (SANTOS, 1997, p. 103).

Em conformidade com o nosso Código de Processo Civil, em seu art. 162, os atos judiciais se classificam em despachos de mero expediente, sentença e decisões interlocutórias.

Das decisões do juiz que, antes de prolatada a sentença apreciou os pedidos de antecipação de tutela, o recurso cabível será o de agravo de instrumento, eis que trata de decisão interlocutória, por ser ato do juiz que resolve questão incidente.

O recurso será interposto diretamente ao tribunal, em consonância com o artigo 524 concomitantemente com o artigo 558 do CPC. Nos casos em que o descumprimento resultar em lesão grave ou de difícil reparação o relator poderá suspender o cumprimento da decisão agravada a requerimento da parte agravante.

Hipótese distinta é quando houver o manifesto do magistrado em relação à antecipação de tutela na sentença. Em tal caso, o recurso cabível será o de apelação, em razão do nosso sistema recursal vedar a interposição de mais de um recurso para cada decisão, diante do princípio da unirrecorribilidade (NERY JÚNIOR, 2001, p. 1033) .

Neste entendimento:

“Tendo em vista o já mencionado princípio da singularidade, não se pode interpor mais de um tipo de recurso contra a mesma decisão. Não se pode, e.g., agravar e apelar da única decisão, ainda quando contenha matérias que, em princípio, poderiam ensejar ambos os recursos. É que, para efeitos de recorribilidade, a decisão judicial é incindível. Havendo o juiz, por exemplo, no mesmo ato judicial, rejeitado preliminar de incompetência absoluta e, decidindo o mérito, colocar fim ao processo, este ato será sentença. Isto porque o fato de haver-se colocado termo ao processo é circunstância mais abrangente no seu sentido finalístico, prevalecendo sobre as demais decisões abrangidas. Recebe, por conseguinte, uma única qualificação. Resumindo, se houve apenas um pronunciamento do juiz, ainda que nele sejam decididas questões incidentes e a de mérito, cabível será um recurso apenas.” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 281)

O relator também terá poderes para suspender o cumprimento da decisão apelada, conforme art. 520 do CPC, todavia, diferentemente do processamento do agravo, a apelação se dará perante o juízo de primeiro grau, ou seja, pelas vias ordinárias e haverá razoável demanda de tempo entre a prolação da sentença e a distribuição do recurso a um relator que possa apreciar eventual pedido de antecipação (ZAVASCKI, 1997, p. 112).

O relator do tribunal *ad quem*, poderá conceder os efeitos da antecipação de mérito, em conformidade com o inciso III, do art. 527, do Código de Processo Civil. Basta que o juiz *a quo* indefira pedido de antecipação de tutela, que irá propiciar interposição de recurso de agravo de instrumento. O requerente não irá buscar o efeito suspensivo, considerando que sua necessidade é a antecipação do que se pretende, ao final da lide. O que se busca é a reversão do indeferimento.

Nada obsta que o relator, antes mesmo de submeter o julgamento à câmara colegiada, antecipe os efeitos da tutela de mérito pretendida, por entender que os requisitos estão devidamente preenchidos.

De tal decisão, a parte lesada poderá se utilizar de recurso de agravo regimental, em conformidade com os regimentos dos tribunais, muito embora o

parágrafo único do art. 527, do diploma processual civil prescreva que a decisão somente é passível no momento do julgamento do agravo.

Todavia, o comando normativo informa que o relator poderá reconsiderar a decisão e como os regimentos dos tribunais geralmente permitem que se interponha agravo em face de decisões monocráticas dos desembargadores, nada obsta que a decisão seja combatida pela espécie recursal prevista.

A decisão que antecipa os efeitos de mérito poderá ser, portanto:

- uma decisão interlocutória, que resolve questão incidente, antes da prolação da sentença, fato este que poderá dar ensejo à interposição de recurso de agravo de instrumento, diretamente no tribunal *ad quem*;
- confirmada ou mesmo concedida em sede de sentença, que desafia recurso de apelação, a ser apresentado no próprio juízo *a quo*, devendo o tribunal ad quem julgar a impugnação recursal;
- decisão monocrática do relator, no tribunal, que comporta recurso de agravo, dirigido e julgado pelo próprio juízo *a quo*.

Do exposto, a parte que pressupõe que a decisão proferida nos autos é prejudicial ao seu direito, tem a faculdade de se manifestar acerca da deliberação tomada pelo magistrado. De acordo com os determinados tipos de decisão prolatada, haverá um recurso específico para almejar a sua modificação, conforme acima demonstrado, devendo o mesmo utilizar-se dos meios recursais cabíveis e de forma adequada para conseguir o direito material que se intitula merecedor.

2.3 A TUTELA CAUTELAR

Carvalho Filho fornece conceito importantíssimo para a breve exposição acerca da tutela cautelar: “As medidas buscarão conservar o estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio final da prestação jurisdicional.”(2009, p. 2)

A palavra da vez, então, é a “conservação”. A tutela cautelar procura sempre conservar o direito que está prestes a se deteriorar, a perder o seu objeto.

A tutela cautelar garante o julgamento do processo de conhecimento, preserva o estado do bem que está sendo juridicamente disputado, viabiliza o trâmite do processo.

Por vezes, o processo de conhecimento não pode ser processado, sem a sustentabilidade que lhe dará o processo cautelar, como por exemplo, no processo cautelar de exibição de documentos.

O processo de conhecimento precisa ser instruído com as provas necessárias para que possa ser analisada a lide, havendo, para tanto, a necessidade da atuação da tutela cautelar, que irá dar condições de processamento do feito principal.

Outrossim, a fase processual de execução nem sempre terá efetividade, através do seu trâmite exclusivo, necessitando da eficácia do processo cautelar. Ora a tutela acautelatória poderá conferir possibilidade prática para que o direito futuro, reconhecido em sede de sentença de conhecimento, seja efetivamente realizado.

Tome-se como exemplo o processo cautelar de seqüestro e arresto, que ocorre, a partir do momento em que o vencido, num processo de conhecimento, começa a dilapidar os bens que possui em seu nome, a fim de fraudar o crédito do vencedor. A tutela emergencial, nesse caso concreto, servirá para preservar os bens passíveis de execução, através de sua apreensão judicial.

Com brilhantismo, conclui Carvalho Filho que a tutela cautelar busca garantir o resultado do processo, no qual será resolvida definitivamente a lide:

“Por ter o processo cautelar como finalidade precípua garantir o resultado útil do processo em que será solucionada definitivamente a lide principal, ele tem caráter instrumental, não se justificando sua existência por si mesmo, mas pela relação necessária que guarda com o outro processo principal, isto é, o de cognição ou de execução, ao qual serve como instrumento de segurança de eficaz atuação. O processo cautelar serve ao processo principal, que, por sua vez, serve ao direito material.”(2009, p. 3)

Muitas das medidas cautelares se justificam como meio para assegurar o futuro desfecho final da lide segundo entende Nascimento (2009, p. 280). E a cautelar é a medida processual que tem por objetivo assegurar meios processuais para execução do direito, ou ainda, visa à conservação do direito, à garantia de seu exercício futuro, de acordo com o entendimento de Martins (2009, p. 582).

A tutela de emergência cautelar, para ser concedida, necessita do preenchimento de dois requisitos, quais sejam, a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

Vasconcelos explica os dois requisitos, momento em que explicita a plausibilidade do direito invocado e, ainda, possível irreparabilidade do direito perseguido:

“O *fumus boni iuris* ou fumaça do bom direito é definido como a plausibilidade do direito da parte(direito ao processo e não ao direito subjetivo material), e o *periculum in mora*, como a irreparabilidade ou difícil reparação, pela alteração da situação inicial das partes, resultante da duração normal do processo.”(2007, p. 296)

Parece ser a plausibilidade do direito alegado, uma demonstração, fundamentação boa o suficiente a ponto de ser deferida a tutela, por ser provável a veracidade das alegações, a ponto de ser concedida a medida cautelar.

Essa plausibilidade do direito invocado não necessita ser tão próxima da verdade como ocorre na antecipação dos efeitos da tutela, haja vista que, nesse instituto, a verossimilhança aduzida deve ser, se não correspondente, muito próxima à verdade, considerando-se que há, nos autos, prova inequívoca, comprovadora dos argumentos, já que a sentença será antecipada.

Os argumentos precisam ser suficientes, a ponto de ser justa a conservação, a preservação do direito, do bem juridicamente pretendido, do “ter” direito ao julgamento que então se solicita.

Já o perigo da demora denota o que foi dito acerca da possível perda do direito ou em restar evidenciado o enfraquecimento do direito, cada vez que se prolonga no tempo o não atendimento, do Poder Judiciário referente à medida cautelar requerida.

Batista expõe tema interessante, ao se referir à tutela cautelar, que não foi bem aceito no início de sua inclusão no universo processual, quando considera que a tradição racionalista invoca que o sistema apenas poderia proteger o direito violado:

“Claro, todos sabemos que a tutela preventiva, assim concebida por Pontes de Miranda, bloqueava, em ponto sensível, o percurso da tradição racionalista, segundo a qual o sistema só poderá proteger o direito (com a desejada segurança) depois de violado. A simples ameaça de violação atribuiria ao julgador, como vimos, um poder que ele não desfruta, qual seja, prover para o que provavelmente possa ocorrer.” (2006, p. 224).

Acontece que, ao se desenvolver as idéias de efetividade processual e satisfação dos direitos perseguidos, ao longo dos anos, desde a edição do Código de Processo Civil de 1973, até os dias de hoje, chegou-se, sensivelmente, à conclusão de que o devedor — desde que o direito não esteja prescrito — não se libera do dever de satisfazer sua obrigação e, por isso, por diversas vezes, para se evitar o perecimento do direito (reconhecido ou não), devem ser adotadas técnicas de preservação desse direito aqui referido.

O que se verifica, portanto, no instituto da cautelar, é a possibilidade de conferir segurança às relações jurídicas processuais, já que, sem ele, o processo de conhecimento ou a fase processual de execução, não fariam sentido em si, por conta da peculiaridade processual que surge, havendo a necessidade da imposição da medida, de modo a viabilizar o procedimento futuro.

2.4 SOBRE A TEORIA DO PROCESSO CAUTELAR

Conceitualmente tem-se entendido não ser possível falar de processo cautelar sem a devida colocação do que seja a atividade jurisdicional que se desenvolve nos processos de conhecimento e na fase de execução, pois, mediante o processo de

conhecimento, “o autor visa a obter o reconhecimento do seu direito” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 1), devendo-se, inclusive, aqui, compreender-se que há distinção entre

“...tutela cautelar com processo cautelar. A tutela representa o provimento jurisdicional que se busca obter – ou que se obtém – por meio do instrumento denominado processo. Perceba-se, a esse respeito, que o §7º do art. 273 é bastante expressivo ao se valer das unidades gramaticais providência de natureza cautelar e medida cautelar. Ora alguma (sic) se refere ao processo cautelar. Logo, o autor requer providência cautelar; o juiz, convencido da presença dos pressupostos exigidos, defere medida cautelar – ou tutela cautelar. Com efeito, é perfeitamente lícito o entendimento de que, hodiernamente, pode-se postular tutela cautelar no bojo do processo de conhecimento ou de execução.” (DELFINO, 2009, p. 10-11).

Na verdade, pode o jurisdicionado ir em busca de tutela cautelar, e isso funcionaria, mesmo independentemente de ação ou processo cautelares, no sistema processual pátrio como algo pouco de acordo com a regra geral, embora se admita que tais ações cautelares incidentais, possivelmente, tendem a determinado uso, algo abreviado, tão grande tem sido a facilidade mediante a qual vem sendo concedida pelos novos mecanismos legislativos a que se chamou de fungibilidade de tutelas de urgência.

O processo cautelar objetiva a proteção e resguardo de um bem envolvido em processo. Segundo entende Carvalho Filho “a lei confere providências assecuratórias eficazes para diminuir e afastar os perigos decorrentes da demora no processo”, ficando, assim, as pessoas, resguardadas quanto ao seu estado, “coisas e provas, enquanto não atingido o estágio final da prestação jurisdicional (2009, p.2).

As pessoas têm garantias que, às vezes, não percebem. Elas precisam de preservação que desconhecem, mas a lei está aí para assegurar que essas medidas cautelares são providências jurisdicionais que servem para proteger bens e delas pode qualquer um lançar mão, no processo cautelar, instrumento natural para a produção e deferimento delas, embora não seja o único, já que medidas cautelares podem ser concedidas em outros processos como no de conhecimento, no de execução e no monitorio.

Do ponto de vista de suas características, pode-se dizer que o processo cautelar é autônomo, que tem sua própria individualidade, uma demanda, uma relação

processual, um provimento final e, conseqüentemente, um objeto próprio – a "ação acautelatória".

Esse processo tem por suposto sempre a existência de um processo principal, porquanto sua finalidade é resguardar uma pretensão, a qual está ou será posta em juízo. Sua finalidade e o seu procedimento, então, são autônomos e as finalidades do "processo cautelar" e do processo principal são distintas.

Noutro sentido, segundo Carvalho Filho, a liminar concedida no processo cautelar terá natureza cautelar, pois antecipa o que se pretende ao final do processo acautelatório (2009, p. 37).

Entende-se, portanto, que a liminar cautelar concedida também é uma tutela antecipada, considerando que a parte Requerente alcança o que pretende ao final do processo.

Ainda, entende-se que é possível a sentença favorável na ação cautelar e desfavorável na principal, e vice-versa; existe essa autonomia; tal autonomia é relativa, porque sua extinção implicará extinção da ação cautelar, que dele é dependente.

Por outro lado, a extinção da ação cautelar não repercutirá na ação principal, que poderá ter seguimento regular. E a fungibilidade tem a ver com a possibilidade de o juiz conceder a medida cautelar que lhe pareça mais adequada para proteger o direito da parte, mesmo que esse procedimento não corresponda àquela medida que foi postulada inicialmente.

Ao que se pode observar na pesquisa que resultou nesta presente dissertação, existe uma controvérsia na doutrina quanto ao mérito no processo cautelar, porque este sempre, por assim dizer, aponta os requisitos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e indaga se não seriam a condição da ação ou mesmo parte de seu mérito, tentando, dessa forma, solucionar esse impasse, importante só mesmo caminhando-se em direção às teorias da ação, para se chegar ao mérito no processo cautelar.⁴

⁴ Cf. CRUZ, André Luiz Vinhas, in "O direito de ação e suas teorias explicativas", 16 nov. 2005, no site: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=720>, para quem "Existem inúmeras teorias explicativas sobre o conceito de "ação", estando entre as mais importantes, seja por seu valor

Parece ser que o perigo da demora e a aparência do bom direito seriam pressupostos sim, das medidas liminares, mas seriam considerados como mérito da cautelar.

Tanto é assim que, nas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça encontramos certos julgados que se referem aos institutos como requisitos para concessão das medidas liminares desejadas, mas que se confundem com o próprio mérito da ação, por assim dizer, como se pode observar:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENADE. EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES. NÃO COMPARECIMENTO POR FALTA DE CIÊNCIA DA SELEÇÃO DO ESTUDANTE PARA REALIZAÇÃO DO EXAME. INDEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR.

1. Consoante preconiza o artigo 7º, inciso II, da Lei 1.533/51, para o deferimento de medidas liminares, impõe-se a presença concomitante de dois requisitos : *fumus boni iuris e periculum in mora*.
2. No caso dos autos, em juízo de cognição sumária, não está configurada a plausibilidade do direito invocado, porquanto a documentação juntada com a impetração não permite juízo seguro

histórico, seja por sua aplicabilidade prática atual, a teoria civilista (imanentista) da ação e a teoria concreta da ação (ou teoria do direito concreto de agir). A teoria civilista da ação, hoje já superada, exerceu grande influência sobre o direito processual até meados do século XIX. Por esta teoria, a ação se congeminava no próprio direito material depois de violado. A ação era o mesmo direito em atitude de defesa. Tal teoria refletiu determinada época em que o processo civil era tomado como mero “apêndice” do Direito Civil, tendo por grandes difusores, no Brasil, Clóvis Beviláqua e João Monteiro, e na Alemanha, Friedrich Karl Von Savigny, propulsor da Escola Histórica do Direito. Tal teoria experimentou o começo de seu declínio, nos anos de 1856 e 1857, a partir da polêmica instalada na Alemanha entre Bernard Windscheid, da Universidade de Greifswald, e Theodor Müther, da Universidade de Königsberg. Windscheid defendeu a idéia, rebatida por Müther, de que o conceito de ação, no antigo Direito Romano, equivalia ao de pretensão (“anspruch”), não correspondendo ao moderno conceito de ação ('klage'). Entre réplicas e tréplicas, acabou-se por assentar na doutrina a existência de uma distinção entre direito material e o direito de ação, passando este a dizer respeito à noção de direito à prestação jurisdicional. Surgiu a teoria da ação como emanção dos direitos da personalidade, do jurista alemão Köhler, pela qual a ação não é uma emanção da pretensão precedente, pois, se esta é ou não fundada, há de resolver-se na sentença. A teoria concreta da ação teve o mérito de ter sido a primeira a advogar a tese da autonomia do direito de ação, como elemento dissociado do direito material. Enquanto que, num direito material de crédito, o sujeito passivo de tal relação jurídica é o devedor, o Estado o será, de relação à ação, já que este é quem tem o dever de prestar a tutela jurisdicional. Neste mesmo exemplo, quanto ao direito material, a prestação devida é outra e se consubstancia numa obrigação de dar, fazer ou não fazer. Contudo, tal teoria pecou por condicionar a existência do direito de ação à existência do direito material, pelo qual a ação apenas existiria caso o resultado final do processo fosse favorável ao autor, algo que enfraqueceu tal concepção, que restou por ser abandonada. Em 1903, numa conferência ministrada na Universidade de Bolonha, Giuseppe Chiovenda, dissidente da teoria concretista, criou a teoria do direito potestativo de agir, segundo a qual a ação seria o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. Segundo Chiovenda, a ação é um direito potestativo, que não é subjetivo, dado não lhe corresponder a obrigação do Estado, nem deter natureza exclusivamente pública. A ação se dirige ao adversário, correspondendo-lhe a sujeição. A ação se exaure com seu exercício, tendente à produção de um efeito jurídico em favor de um sujeito e com ônus para o réu, o qual nada deve ou pode fazer a fim de evitar tal efeito.

sobre a relevância do alegado direito líquido e certo, que dependerá das informações a serem prestadas pela autoridade coatora.

3. Por outro lado, a liminar vindicada confunde-se com o próprio mérito da impetração, caracterizando o caráter satisfativo do pedido, vez que, após a colação de grau e expedição do diploma do curso superior, estaria esgotado o objeto da impetração.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(Processo AgRg no MS 14350/DF, relator Ministro Mauro Campbell Marques, órgão julgador s1 – primeira seção, data de julgamento 24/06/2009, data da publicação/fonte 03/08/2009/).

“MEDIDA CAUTELAR - INDEFERIMENTO DE LIMINAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO - PERSISTÊNCIA DAS RAZÕES DA DECISÃO AGRAVADA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR - AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - Persistem as razões da decisão agravada, que indeferiu liminar visando a conferir efeito suspensivo a recurso, tendo em vista que não restou evidenciada, primo oculi, a presença dos pressupostos necessários para a concessão do pleito.

II - Mesmo que possa caracterizar a ocorrência de eventual *periculum in mora*, não há como se antever a ocorrência do *fumus boni iuris*, tendo em vista que o pleito lançado nesta ação, confunde-se com o mérito do recurso ordinário interposto, sendo certo que a análise da *quaestio*, como um todo, só poderá ser realizada, no processo principal.

III - Para o deferimento do provimento urgente, seria imprescindível a constatação primo oculi das ilegalidades apontadas pelos requerentes, sem que fosse necessário, neste juízo de cognição sumária, a análise detalhada do conjunto probatório.

IV - Agravo interno desprovido.”

(Processo AgRG na pet 4904/RS, relator Ministro Gilson Dipp, órgão julgador T5 – quinta turma, data do julgamento 03/10/2006, data da publicação/fonte 30/10/2006, p. 330/DJ)

Desta feita, os pressupostos para que a medida cautelar seja aceita são os mesmos que são necessários para o acolhimento do próprio pedido cautelar, muito embora a liminar possa exigir urgência bem maior do que o julgamento da ação cautelar.

Theodoro Júnior se expressa no sentido de que esses dois institutos devem ser demonstrados para que a segurança seja concedida:

“Um dano potencial, um risco que corre o processo de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável; e a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni júris*.” (apud CARVALHO FILHO, 2009, p. 6)

Quer dizer que essa boa aparência do direito é que pode constituir, de fato, um direito a ser tutelado, invocado pelo autor, no processo principal.

Ao menos fica evidenciado que, somente por haver demora no ajuizamento ou processamento e julgamento da ação principal é que se concebe a proteção cautelar, justamente para se evitar dano incapaz de ser reparado ou que prejudique qualquer das partes.

Não se pode esquecer, entretanto, de acordo com o art. 796 do Código de Processo Civil, que trata do procedimento cautelar, que não são todas as medidas cautelares previstas no Livro III que configuram processo ou ação cautelar. E estas se classificam em três modalidades: (a) inominadas ou atípicas que decorrem do poder geral de cautela do juiz (art. 798); (b) nominadas ou típicas presentes nos artigos 813 a 887; e, finalmente, (c) outras medidas provisionais, previstas no artigo 888, como se observa no exemplo a seguir:

“AÇÃO DE INTERDIÇÃO – Prédio – Medida provisional – A ação específica de interdição de prédio é medida provisional que não se confunde com a cautelar, embora tenha o mesmo rito procedimental – Tratando-se de medida específica e nominada, presentes o interesse e a legitimidade da Municipalidade no aforamento de tal demanda – Recurso provido, para afastar o indeferimento da petição inicial, prosseguindo o processo em seus ulteriores termos.” (TJSP – AC 269.079-1 – 7ª C. "Janeiro/97" DPúbl. – Rel. Des. Lineu Peinado – J. 17.02.1997).

Por outro lado, há aquelas medidas cautelares ex-officio autorizadas pelo artigo 797 do Código de Processo Civil, que são casos excepcionais que permitem ao juiz agir dessa maneira.

Encontra-se no Livro III do Código de Processo Civil a regulação de todos os procedimentos cautelares com que os operadores de direito podem contar para o exercício de suas atividades junto à sociedade; além disso, também nesse livro, encontra-se o poder geral de cautela.

O artigo 798 do Código de Processo Civil assegura que “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito de outra, lesão de grave e de difícil reparação”. Todavia, com a chegada do século XX, chegaram tanto o ideário da plena satisfação relativa ao direito processual civil, e, também, como consequência, a inovação das tutelas de urgência diferenciadas.

A legislação processual cível fala, portanto, da possibilidade do magistrado, ao analisar o caso concreto, se utilizar do seu poder, aplicando à lide, a implantação de medidas provisórias.

A interpretação da lei demonstra que, não havendo cognição exauriente, o ato processual em benefício de uma das partes a ser aplicado, será considerado como temporário ou mesmo provisório, já que não há ainda, apreciação definitiva do litígio.

A ação cautelar constitui um direito da pessoa lesada à concessão da tutela provisória, que é diversa da tutela de mérito. Previne-se com tal ação o risco de dano imediato que poderá prejudicar o interesse litigioso da parte.

A medida cautelar deve ser temporária, haja vista que sua aplicação serve para mitigar qualquer efeito danoso que sua não utilização poderia causar. Deve ter os efeitos em vigor até que cesse sua necessidade, seja porque o perigo sumiu, seja porque o direito definitivo foi alcançado pelo requerente.

O aspecto da temporariedade restará caracterizado quando a medida liminar concedida for cautelar, haja vista que não haverá, no momento, satisfação do que foi solicitado.

A temporariedade parece ser um aspecto intrínseco, portanto, às cautelares. Nesse sentido, o provimento cautelar deve ser temporário, no sentido de que faz evitar os efeitos da coisa julgada, em determinado momento, diante de sua concessão, pelo magistrado, bem como se evita a hipótese do dano irreparável.

Quando a doutrina se debruça sobre a pertinência do aspecto provisório previsto na cautelar, é no sentido de que a medida pode ser revogada a qualquer momento.

Portanto, enquanto a medida cautelar assegura, durante um certo período de tempo, a possibilidade de julgamento futuro da lide de conhecimento, ou mesmo, dá condições de satisfazer um crédito reconhecido, possui caráter provisório, tendo em vista a possibilidade de sua revogação, face à mudança das circunstâncias, que poderão perdurar até a decisão final, que poderá confirmar, definitivamente, o benefício.

Ao lado das chamadas tutelas cautelares consideradas típicas, surgiu o poder geral de cautela, sendo este exercido a qualquer momento. Entende-se que é do conhecimento dos que atuam no ramo do direito, notadamente no Direito Processual Civil que tal poder genérico da tutela cautelar já estava contemplado e disciplinado no Código de 1939, por inspiração, acredita-se, no art. 324, do Projeto de Carnelutti com a seguinte redação:

Quando do estado de fato da lide surgir razoável receio de que os litigantes cometam violências ou pratiquem antes da decisão atos capazes de lesar, de modo grave e dificilmente reparável, um direito controverso, ou, quando no processo uma das partes se encontre em situação de grave inferioridade em face da outra, o juiz pode tomar as providências provisórias que julgar adequadas para evitar que o dano se verifique (SILVA, 2001. p.109.).

Piero Calamandrei⁵, defende essa idéia, mas no sentido do que ele chamaria de “polícia judiciária”, ou, ainda, como o conjunto de poderes que o juiz exerce, buscando a disciplina do processo, que seria, na sua forma de pensar, o meio de preservação de

⁵ Jurista italiano, Piero Calamandrei indicou as modalidades cautelares e sua classificação aqui é lembrada porque ainda intangível às críticas: As *instrutórias*, em que se antecipa a produção de provas, como no procedimento da vistoria *ad perpetuam rei memoriam* ou a oitiva de pessoa que, provavelmente, não poderá aguardar a audiência de instrução; as *tendentes a garantir a efetividade do próprio processo*, como o arresto e o seqüestro, pois são inerentes ao poder de decidir os meios de garantir a própria decisão; as *cauções*, como aquela do art. 835 do Código de Processo Civil, aliás incompatível com o direito de acesso à jurisdição nesta época globalizada, ou como as que servem de *contra-cautela*, a neutralizar o risco que a efetivação de outra cautelar possa trazer ao requerido, v. g., o depósito prévio na ação rescisória; e, finalmente; as *medidas provisionais*, ou *antecipatórias da tutela definitiva* em que se adianta o provimento judicial que se espera ao final da causa, como, por exemplo, a liminar *initio litis* na ação possessória e no mandado de segurança, as antecipações referidas nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, e a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, prevista no art. 312 da lei processual penal (SLAIBI FILHO, 2002).

quaisquer empecilhos capazes de prejudicar-lhe a função e utilidade final do resultado (apud PALEGARI, 2008).

E assim, da leitura do Código atual (Livro III), observa-se incontinentemente a existência de três espécies de provimentos cautelares a que o operador do Direito pode recorrer, fazendo funcionar a sua contribuição para a sociedade, no interesse daqueles que necessitam de tais “remédios”: “a) medidas cautelares de ofício (art. 797, do Código de Processo Civil), b) medidas cautelares a pedido das partes, art. 798, do Código de Processo Civil (poder geral de cautela) e c) verdadeiras ações cautelares, nominadas ou inominadas (SILVA, 2001, p. 111).”

Observa-se, assim, que o *codex dá o disciplinamento das* tutelas cautelares típicas de forma a não prejudicar as outras atípicas ou inominadas, porquanto o artigo referido anteriormente permite ao juiz deferi-las ou não mediante aplicação do que se entende por poder geral de cautela.

O regramento das tutelas cautelares nominadas ou típicas encontra-se nos dispositivos legais, art. 813 e seguintes, do Código de Processo Civil.⁶ Nesse sentido, desponta a questão sobre quando interpor provimento cautelar distinto desses outros expressamente apontados em lei, ou quando invocar essas medidas quando os casos forem diversos daqueles para os quais essas medidas se colocaram pelo elaborador infraconstitucional no melhor sentido da doutrina. Quanto a isso, Shimura (1997, p. 63) tem a seguinte posição:

[...] havendo uma medida cautelar típica (ou nominada) com requisitos de admissibilidade predefinidos, com condições específicas para assegurar uma determinada situação (ou pretensão), o juiz não pode conceder uma atípica com esteio no poder geral de cautela.

É com essa perspectiva que Flávio Cheim Jorge trabalha o seu modo de pensar tal realidade jurídica. E nessa direção é que aponta, entre os limites impostos ao poder geral de cautela, a impossibilidade que tem o juiz de conceder uma medida cautelar inominada ao invés de uma nominada. Ora, se o credor, *em princípio*, não tem direito ao

⁶ Cf. Art. 813 Do arresto, art. 822 Do seqüestro, art. 826 Da caução, art. 844 Da exibição, art. 846 Da produção antecipada de provas, art. 852 Dos alimentos provisionais, art. 855 Do arrolamento de bens, art. 861 Da justificação, art. 867 Dos protestos, notificações e interpelações, art. 874 Da homologação do penhor legal, art. 877 Da posse em nome do nascituro, art. 879 Do atentado, art. 882 Do protesto e apresentação de títulos, que esclarecem bastante o sentido expresso quanto ao ponto discutido.

arresto, por lhe faltar, por exemplo, um de seus requisitos, então ele não pode intervir com uma medida cautelar inominada e obter depósito de um bem do devedor, que lhe seria amplamente vantajoso (apud PALEGARI, 2008).

Mesmo assim, entende-se que é possível verificar entendimento diferente em que o magistrado surja com medida atípica nos mesmos termos do poder geral de cautela, mesmo que seja prevista uma medida típica para a circunstância. Parece que deve prevalecer qual a medida que o caso estiver a ensejar (JORGE, 1997. p. 196, apud PALEGARI, 2008, p. 69).

Vale ressaltar que, com o advento da tutela antecipada (Lei nº 8.952/94), de regramento previsto no art. 273 do Código de Processo Civil, a tutela cautelar assumiu sua identidade em caráter definitivo, demarcando-se, então, as tutelas de urgência que têm por espécie a tutela cautelar e a tutela antecipada.

2.5 MEDIDAS CAUTELARES SATISFATIVAS

Vale dizer que algumas medidas cautelares, possuem natureza satisfativa, ou seja, sua concessão pelo magistrado termina por antecipar os efeitos da tutela final pretendida, ou ainda, bastam a si mesmas.

Concebe-se, doutrinariamente, que as medidas cautelares que bastam a si mesmas, não guardam relação com as tutelas de urgência propriamente ditas, de modo que não convém estudá-las com detalhes neste trabalho.

Não obstante, as que antecipam total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida, já vinham sendo concedidas no processo de conhecimento, tomando-se como exemplo clássico o pedido de separação de corpos, a busca e apreensão de menor ou ainda, os alimentos provisionais.

Ou seja, antes mesmo de se adotar, na lei, a fungibilidade procedimental entre as tutelas de urgência, revelando nítido caráter efetivo — falando-se, aqui, em termos de processo —, já vinha sendo aplicada.

Com a inclusão do §7º, do art. 273 (devidamente explanado mais adiante), restou encerrada a discussão ao se concederem medidas de natureza cautelar, ainda que de natureza antecipatória, no processo de conhecimento.

Assim, nos casos em que a parte requer antecipação de tutela, requerendo medida explicitamente acautelatória, parece ser o mais correto, que o juiz, usando o princípio da razoabilidade, defira a providência cautelar, requerida como antecipatória.

2.6 TUTELA ANTECIPADA COM CONTORNOS CAUTELARES

Conforme se observou ao longo desta pesquisa, o processo cautelar tem como objetivo isolar o perigo da demora, neutralizá-lo a ponto de se estabelecer certa igualdade processual, haja vista que, antes de sua concessão, uma das partes conflitantes não pode aguardar o desfecho da lide, em face do perigo iminente de perecimento do direito.

Como o art. 273, inciso I do Código de Processo Civil preconiza a neutralização do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, assume feição cautelar a medida de urgência concedida, sem maiores discussões.

A jurisprudência vem concedendo, portanto, providência de natureza cautelar, em sede de antecipação de tutela, ao aplicar o preceito previsto no artigo de lei supracitado, demonstrando a recepção do princípio da efetividade, conforme restou consolidado pelo §7º, do mesmo comando normativo.

2.7 TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.

Nascimento entende que o processo civil e o processo do trabalho interagem em via dupla: ora do trabalho para o cível, com a simplificação dos procedimentos, com a coletivização das ações, com a persecução da função social do processo, ora do cível para o trabalho, com a observância, no processo trabalhista, de institutos tradicionais que fundamentam o processo, como a tutela de emergência (2009, p.279).

Na mesma obra, Nascimento cita os exemplos pertinentes para explicar sua colocação, o que faz bastante sentido. A simplificação dos procedimentos do processo trabalhista se exprime no rito sumário, na citação via postal, na penhora *on line*, que se iniciou no âmbito processual trabalhista e as instituições tradicionais que fundamentam o processo civil seriam a substituição processual e as tutelas de urgência (2009, p. 279).

Assim, o processo do trabalho possui procedimentos mais flexíveis, institutos mais simples, que tornam o rito menos complexo, eivado de formalidades que impedem a rápida solução dos litígios.

Tal praticidade tem sido emprestada ao processo civil, por servir de exemplo aos objetivos que o direito processual (seja ele civil ou trabalhista) persegue ao longo dos tempos, ou seja, o que já se consignou bastante nesse trabalho, que é a ideal efetividade do processo que tanto o social almeja e que o Judiciário busca atender.

Não obstante, em sentido inverso, o processo civil possui algumas formalidades necessárias (e não meros rigores formais), que são emprestadas pelo Código de Processo Civil, ao processo do trabalho, naquilo que não for incompatível à Consolidação das Leis Trabalhistas, quando houver real necessidade, ao se evidenciar a preservação da aplicabilidade da lei.

Assim, a Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu art. 659, incisos IX e X, preconizam que o juiz poderá conceder medida liminar até a decisão final da lide, que vise tornar sem efeito a transferência de empregados (que trata o art. 479 do mesmo diploma legal citado nesse parágrafo), bem como em reclamações trabalhistas que tenham por finalidade reintegrar o dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador.

O inciso IX do art. retromencionado, permite o deferimento liminar de sustação de transferência de empregado, em caráter provisório, desde que seja, ao menos, razoavelmente demonstrada a remoção ilícita do trabalhador para outro lugar, já que a atitude do empregador afronta os preceitos garantidores expressos na Consolidação das Leis Trabalhistas.

Já o inciso X dá condições para o Magistrado deferir a liminar de imediata reintegração quando restar evidente nos autos, que o afastamento do empregado estável foi ilegal, abusiva, fato este que autoriza o retorno da situação ao estado anterior, por determinação judicial.

Nascimento deixa explícito que o processo trabalhista é compatível com os provimentos de urgência previstos no Código de Processo Civil, fonte subsidiária do direito processual trabalhista, conforme narrativa abaixo descrita:

“Assim, o processo trabalhista é compatível com provimentos de urgência, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, quando será lícito ao juiz, mediante requerimento da parte, conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, podendo ser a liminar revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. O juiz pode, na liminar ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for suficientemente compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. Poderá ainda, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, bem como providenciar a imediata execução da quantia devida.” (2009, p. 280)

É que os requisitos das tutelas de urgência, para seu efetivo deferimento, não estão contidos na Consolidação das Leis Trabalhista e sim no Código de Processo Civil e como este diploma é perfeitamente compatível com aquele, nada obsta que tais condições sejam utilizadas pelos patronos das partes, para se alcançar a tutela pretendida.

Na Consolidação das Leis Trabalhistas, não há disposição sobre medida cautelar, o que justifica o auxílio que o operador do direito deve buscar, no Código de Processo Civil.

Martins discorre sobre o assunto. Para ele, a tutela antecipada é aplicável ao processo do trabalho por força de que a Consolidação das Leis Trabalhistas não trata do assunto, mas a antecipação dos efeitos da tutela é compatível com os princípios atrelados ao direito processual do trabalho (2009, p. 538).

Para Martins, o benefício prescrito nos incisos do artigo supracitado é alcançado por meio de requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, como se pode considerar nos termos a seguir.

...A tutela antecipada, repito, foi especificada no art. 273 do CPC, que não se encontra, portanto, entre os arts. 796 a 889 do mesmo Código, que tratam das medidas cautelares. Assim, é medida preparatória dentro do próprio processo principal, e não uma cautelar. Trata-se de um benefício de efeito antecipado. É aproximadamente o mesmo que ocorre na hipótese do inciso IX do art. 659 da CLT, em que o juiz concede medida liminar no curso do próprio processo para tornar sem efeito transferência do empregado sem real necessidade de serviço, conforme preconizam o art. 469 da CLT e seus parágrafos, ou o inciso X do art. 659 da CLT, no caso de dispensa abusiva de dirigente sindical. Não tem, portanto, a tutela antecipada natureza de cautelar ou de liminar (2009, p. 538).”

O mesmo autor assevera que a reintegração ao emprego, cujo permissivo liminar está contido num dos incisos do art. 659, da Consolidação das Leis Trabalhistas, já foi solicitada como providência cautelar, mas, em virtude da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, deixou de ser dessa forma requerida, por entender aquela Egrégia Corte, que cautelares satisfativas são consideradas inviáveis (2009, p. 284).

É que a liminar que pode ser concedida, nos casos dos incisos acima citados, devem ser solicitadas, em sede de reclamação trabalhista, no bojo do próprio processo de conhecimento, onde o empregado esteja discutindo a transferência abusiva ou mesmo sua reintegração.

Vale muito a pena citar voto do Min. Marcelo Pimentel, sobre a questão exposta:

“No processo cautelar o juiz deve reconhecer fatos e não a pretensão de fundo que o processo cautelar é subsidiário. A ação cautelar é um direito subjetivo público, abstrato, independentemente de qualquer outro direito subjetivo que instaure uma relação processual nova. O objeto imediato da ação cautelar é a obtenção de providência urgente e provisória tendente a assegurar efeitos de uma decisão judicial pendente de recurso em perigo em face da demora. O objeto da ação cautelar é distinto daquele da ação principal, porque se trata de uma instrumentalidade de segundo grau (TST, AG MC 45/89,7 – Ac. SDC 451/90.1.j. 6-11-90, Rel. Min. Marcelo Pimentel, *in* LTr 55-6/668).”

Martins diz que não é largamente utilizada a medida cautelar no processo do trabalho, quando deveria acontecer exatamente o inverso, considerando a natureza de alimentos que as verbas salariais possuem:

“No processo do trabalho, não é muito freqüente a utilização de medidas cautelares, quando deveria ser justamente o contrário, em razão da natureza alimentar das verbas salariais. Mesmo assim, existe a necessidade de medidas preparatórias ou incidentes no curso do processo, que implicam a utilização das medidas cautelares. Na prática, porém, elas não têm sido utilizadas ou é muito rara sua utilização.”(2009, p. 581)

Martins cita Giglio, que afirma lembrar, durante 20 anos de exercício na magistratura, conhecer apenas, uma dezena de casos (cautelares), referentes a outorga de liminares de atestados liberatórios a artistas ou atletas profissionais, que lhes possibilitaram assinar novos contratos e exercerem imediatamente sua profissão (2009, p. 582).

O Magistrado, ao analisar o caso concreto, poderá determinar a realização de medidas urgentes cautelares, a fim de preservar o direito da parte que pleiteia a solicitação jurisdicional, ou seja, poderá exigir que seja efetuada a busca e apreensão, remoção de coisas, dentre outras.

Como já restou dito, as medidas cautelares se prestam para assegurar a possibilidade de um julgamento de um possível pleito a ser deduzido em juízo ou ainda, garantir a exeqüibilidade de um direito já reconhecido, garantindo, pois, a eficácia da demanda.

O perigo da demora justifica a utilização da medida cautelar no âmbito trabalhista, ainda que o processo do trabalho seja marcado pelo traço da celeridade, haja vista que alguns direitos solicitados apenas poderão ser estudados, com a efetivação da medida de urgência, antes mesmo da propositura da demanda principal (se for o caso), em que se solicita algum direito (patrimonial)trabalhista.

Nesse sentido, as medidas cautelares servem, inclusive, para incrementar instrumentos processuais ao Requerente, seja com relação às que estão dispostas no texto legal, seja no que diz respeito às denominadas inominadas, sempre que houver o receio de lesão grave que possa vir a ser causada à parte.

No que concerne à tutela antecipada, sua concessão está condicionada à verificação ou não da reversibilidade da medida; por vezes, torna-se problemática sua aplicabilidade no âmbito processual trabalhista, como ocorre nos processos de obrigação de pagar, vez que, antecipados os pagamentos de natureza salarial, caso a sentença reforme o pedido, não há como obter a devolução dos valores pagos, face a impenhorabilidade de tais verbas e da hipossuficiência do trabalhador, como bem exemplifica Nascimento (2009, p. 283).

E o que dizer dos casos em que se concede a medida de reintegração e a sentença final não a confirma? Como desfazer o ato reintegratório, que já gerou os devidos efeitos trabalhistas? Como devolver as partes ao estado *quo ante*? Questão que divide a doutrina e muito bem colocada por Nascimento (2009, p. 283).

Tais fatos permitem demonstrar que a esfera trabalhista também denota suas dificuldades em utilizar os devidos mecanismos de agilidade processual, ao se analisar em profundidade o caso concreto. Sua concessão deve se pautar pelo máximo de razoabilidade possível, como no caso em destaque:

Ilustrativo é o seguinte acórdão: TST 12 2003, ROMS 39-2002-909-09-00, SDI-2, DJ, 6 fev. 2004, rel. Min. Ives Gandra Filho: '1.A Reclamante apresentava sintomas de doença osteomuscular desde 19/01/99, em tratamento contínuo com antiinflamatórios, e fisioterapia. 2. Mesmo que os exames médicos periódicos da Reclamante a considerassem apta para o serviço, não há como se deixar de reconhecer o agravamento do quadro clínico, razão do atestado médico apresentado em 07/08/01. 3. Diante do quadro clínico da situação de saúde da Reclamante, seu Sindicato de classe recusou-se a homologar a dispensa em 1º-8-2001, sendo que posteriormente a realização de exame junto ao CEMAST (Centro Metropolitano de Apoio à Saúde do Trabalhador) em 24/08/01, para verificação do nexos causal, em que se constatou que a 'neurite do plexo braquial não é consequência de malformação neurológica congênita, já que decorre do 'pinçamento de raízes nervosas cervicais por hérnias discais', o Sindicato emitiu a CAT em 4-9-2001, no curso do aviso prévio. 4. O ato impugnado, que determinou, em tutela antecipada, a reintegração

da Reclamante, não decidiu pela estabilidade do art. 118 da Lei n. 8.213/91, mas sim, pela garantia do emprego, com base nos arts. 1º, III, 3º, IV e 5º da CF e 168 da CLT, pois considerou-se que, havendo ou não nexos entre a doença e o trabalho, o trabalhador impossibilitado de prestar serviço não pode ser despedido, mesmo porque o contrato de trabalho deveria, por lei, estar interrompido ou suspenso (Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 471 e 476)'. Recurso ordinário desprovido (TST 12 2003, ROMS 39-2002-909-09-00, SDI-2, DJ, 6 fev. 2004, rel. Min. Ives Gandra Filho).”

Martins afirma ainda, que não é cabível a antecipação dos efeitos da tutela em sede de recurso, fato impossível, por não haver previsão legal sobre o assunto. Fala ainda que a medida deveria ser, obrigatoriamente, concedida pelo colegiado e que, no caso, seria muito mais fácil julgar o recurso do que conceder a medida antecipatória e que já sendo proferida a sentença, já houve a entrega da prestação jurisdicional, que será revista pela instância superior (2009, p. 549).”

Eis os argumentos da orientação jurisprudencial supracitada:

“Nº 68 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. COMPETÊNCIA. Inserida em 20.09.00 (nova redação - DJ 22.08.2005). Nos Tribunais, compete ao relator decidir sobre o pedido de antecipação de tutela, submetendo sua decisão ao Colegiado respectivo, independentemente de pauta, na sessão imediatamente subsequente.”

Todavia, admite posteriormente, na mesma obra, que, nos tribunais, compete ao relator decidir sobre o pedido de antecipação de tutela, que deve submeter sua decisão ao colegiado, independentemente de pauta, na sessão subsequente, em conformidade com a orientação jurisprudencial nº 68, da SBDI-2, do Tribunal Superior do Trabalho (MARTINS, 2009, p. 555)

Dessa forma, O fato do Código de Processo Civil ser fonte subsidiária permite a aplicação das medidas de emergência, sejam cautelares, sejam antecipações de tutela. Ainda em virtude do processo trabalhista possuir a marca da celeridade, proporciona uma aplicação mais ampla das tutelas objetos de pesquisa do presente estudo.

CAPÍTULO 3

A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Já foi dito que as tutelas de urgência surgiram em virtude da delonga procedimental nos ritos processuais cíveis existentes, a fim de que a emergência suscitada possa ser efetivamente satisfeita, em virtude da necessidade temporal da solicitação realizada.

3.1 TIPOLOGIA DOS TIPOS PROCESSUAIS

Não obstante, não é simples o exercício de realizar a distinção dos tipos processuais, quando da utilização das medidas urgentiais, quais sejam, a tutela antecipada e a medida cautelar.

Desta forma, em face da dúvida que surge, por conta da impropriedade da terminologia legislativa empregada, bem como da divergência interpretativa da lei, que decorre do estudo da aplicação das tutelas de urgência, é que vêm os Tribunais utilizando-se do princípio da fungibilidade, a fim de dar uma maior efetividade, uma maior instrumentalidade ao processo, de modo que assim, se evite o perecimento do direito suscitado.

Há situações, portanto, em que o legislador aprecia o pedido de maneira diversa da que foi solicitada, justamente a ponto de conferir uma maior efetividade à lide, de tal forma que não reste evidenciado o prejuízo para as partes, apresentando uma decisão mais justa e equânime.

Assim entende Theodoro Jr., quando explica seu posicionamento sobre esse assunto.

“Foi, pois, em nome da garantia do pleno e eficaz acesso à tutela jurisdicional, que, entre nós, a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, alterou a redação dos arts. 273 e 461 do CPC, onde se tornou realidade o poder geral do juiz de “a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação” e “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”; ou “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o

manifesto propósito protelatório do réu (Art.273, caput, e incisos I e II).” (2004, p. 600-601).

Nessa linha de raciocínio, a Lei nº 10.244/2002, acrescentou o §7º ao art. 273, que preconiza o seguinte:

“Art. 273 ...omissis...

§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.”

É que, via de regra, a medida cautelar deveria ser requerida em autos apartados, ou através de medida inominada, ou nominada; todavia, se o autor requer um pedido de antecipação de tutela, ele o faz em sede de ação de conhecimento e, dessa forma, se o correto for a aplicabilidade da tutela cautelar, haverá o deferimento do pleito, se os requisitos estiverem todos configurados na demanda e então, incidentalmente, nos próprios autos da ação cognitiva, será efetivada a espécie cautelar.

Percebe-se, então, que não há prejuízo para as partes, vez que, caracterizado está o acesso à justiça, bem como será oportunizado, devidamente, o direito ao contraditório, para a parte adversa.

Entretanto, a fungibilidade deve ser aplicada, levando-se sempre em conta a sua compatibilidade com a legislação posta, devendo, dessa forma, evitarem-se arbítrios processuais e eventuais injustiças, além, é claro, de se evitar o total descompasso e desconsideração da lei.

O que se quer dizer com isso é que, ao aplicar o princípio da fungibilidade, o magistrado estará se utilizando de um valor consagrado, bem como do embasamento legislativo previsto no art. 244 do diploma processual civil, que trata da instrumentalidade das formas.

Ademais, deve ser evitado o erro grosseiro do ato processual praticado e o prejuízo que pode ser atribuído à parte adversa, que não se beneficia com a medida. Toda aplicabilidade do princípio da fungibilidade deve ser pautada na medida do razoável, verificando se a finalidade do ato foi devidamente atingida.

Assim é que não se pode requerer uma medida cautelar nominada e esta restar deferida pelo princípio da fungibilidade se a medida for requerida como antecipação de tutela, vez que a legislação delinea os exatos contornos que devem ser traçados para que a tutela cautelar específica(nominada) seja concedida.

Comete erro grosseiro o advogado que pleiteia medida cautelar de maneira errada, equivocada de forma evidente, devendo o pleito ser processado em apenso, por não ter obedecido à necessidade de forma que a espécie exige.

Ou seja, mesmo em casos como esse, em que se destaca o erro grosseiro, o indeferimento não deve ser aplicado, para se evitem maiores prejuízos, devendo sempre, o magistrado, como se disse, pautar-se pela lógica da razoabilidade, ao aplicar uma saída mais justa e dando sempre condições de igualdade às partes, conferindo sempre, a oportunidade de defesa.

Entenda-se que não se pode rasgar a legislação e deixar que o juiz ajuste todas as situações, sob pena de se incorrer num ativismo judicial que não se pode suportar, por haver, efetivamente, uma afronta específica à lei, por assim dizer.

Segundo Costa, que corrobora com essa opinião:

“A fungibilidade tutelar não poderá ser adotada naqueles casos concretos, aonde existia flagrante erro inescusável da parte autora. Logo, querer transmudar, por exemplo, uma providência acautelatória típica, com natureza de cautelar de arresto, requerendo ao juiz um pedido de tutela antecipada, configura grave ofensa aos pressupostos e às condições da ação, sendo inadmissível, nesta situação concreta, a fungibilidade tutelar(2003, p. 168).

Vaz também acrescenta opinião nesse pequeno ciclo de debates, afirmando exatamente o que ora se defende:

“Não nos parece lícito estender a fungibilidade cogitada pelo dispositivo legal citado para admitir-se a dedução de pretensão cautelar típica, tal como o arresto e o sequestro, cujo procedimento, de ordem pública e, portanto, indisponível às partes e ao juiz, é tipificado no CPC e constitui direito subjetivo do réu. Admitir-se esta espécie de fungibilidade significaria revogar o CPC no que diz respeito ao capítulo do Processo Cautelar, desnecessário que restaria diante da possibilidade de se postular medida cautelar no próprio processo de conhecimento, não obstante a diversidade de rito. Portanto, pressupõe

a fungibilidade que se trate de medida cautelar inominada. As cautelares específicas ou típicas, com procedimento autônomo previsto no CPC, não admitem confusão nem engano, constituindo erro grosseiro o requerimento por via processual diversa da prevista no Livro III do CPC (Do Processo Cautelar), Capítulo II (Dos procedimentos cautelares específicos) (2007, p. 30).”

A decisão que confere o status da cautelar, que deveria ter sido originariamente requerida, deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, considerando a literalidade do comando normativo insculpido no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, como se pode verificar: “Art. 93...omissis... IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade(...)”

A medida cautelar pode ser concedida à parte, de ofício, pelo Magistrado, em face de seu poder geral de cautela. Assim não haveria nenhum problema para que fosse deferida, no próprio bojo da ação de conhecimento, se a título de medida antecipatória houver sido requerida. Ou seja, o juiz pode, de ofício, quanto mais se a medida for requerida, mesmo de forma equivocada, como tutela antecipada.

Ademais, há de se considerar o brocardo latino *narra mihi factum narro ibi ius*. Se o interessado expõe a situação ao julgador, ainda que empregando o direito de forma equivocada (mas não absurdamente equivocada, o que ensejaria o erro grosseiro), o magistrado se prontifica a corrigir a aplicação da lei ao caso concreto, pois já tem o conhecimento dos fatos, que lhe foram expostos, porquanto cabe ao juiz conhecer o direito, aplicando-o da forma mais correta e justa possível, conforme a narrativa *iura novit curia*.

3.2 O § 7º DO ART. 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A lei 8.952/94, trouxe a lume o tratamento da denominada técnica antecipatória, vez que, antes mesmo de seu advento no Código de Processo Civil, em seu art. 273, o remédio jurídico a ser utilizado diante de situações emergenciais era a tutela cautelar.

A distinção que existia entre as tutelas cautelar e antecipada, até então, portanto, era tema de discussão acadêmica, vez que a antecipação de tutela não era prevista na lei.

A Lei nº 10.444/2002, acrescentou o §7º, ao art. 273, do diploma processual civilista, permitindo a aplicação do princípio da fungibilidade, como se pode observar:

“Art. 273...*omissis*...

§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”.

A Lei 10.444/2002 trouxe importantes alterações no tratamento das tutelas de urgência, no que concerne ao princípio da fungibilidade.

Veríssimo informa, que a inclusão do §7º ao art. 273, da legislação processual cível, trouxe ao sistema o fenômeno do sincretismo processual, que se mostra como uma tendência em se combinar fórmulas e procedimentos para que se possa atingir a simplicidade e efetivação do processo(2010?, p. 9).

Veríssimo aduz ainda, que, na exposição de motivos do anteprojeto nº 13, que teve como objeto a Lei nº 10.444/2002, os Ministros Sálvio Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro justificaram a inclusão do §7º, em razão do princípio da economia processual (2010?).

O artigo 273, § 7º do Código de Processo Civil possibilita a adoção de medidas cautelares, de forma incidental no processo de conhecimento, sem a necessidade de propor processo autônomo, substituindo a formalidade processual em prol da efetividade, economia e instrumentalidade das formas.

Diante da semelhança entre as espécies cautelar e antecipatória, inclusive de ordem prática, o referido artigo inserido no Código de ritos propicia a resguarda do interesse pretendido, mesmo que a via eleita apresentada, não se mostre a mais correta.

O indeferimento da medida urgente por erro formal se apresentava como formalismo exagerado, sendo contrário ao objetivo de uma jurisdição eficaz, vez que a própria natureza do pedido cautelar requer urgência, pois se subentende, com a formulação do pedido, que o direito encontra-se diante de risco iminente de dano irreparável.

Nesta cadeia de idéia é que não se pode conceber que a inclusão do § 7º no art. 273, do Código de Processo Civil pelo legislador tenha enfraquecido o processo cautelar ou, muito menos, tenha posto fim ao mecanismo do procedimento da medida acautelatória, muito pelo contrário.

Vasconcelos afirma, com propriedade, que pensar dessa forma seria uma conclusão precipitada, considerando o manejo das tutelas cautelares satisfativas, em situações específicas, como se pode verificar aqui.

“Com a fungibilidade procedimental expressamente prevista em lei, se poderia pensar que as ações cautelares ditas precedentes ou preparatórias teriam perdido o sentido e, principalmente, a utilidade. Mas esta seria, sem dúvida, uma conclusão precipitada. Há casos em que a parte poderá lançar mão de uma ação cautelar dita satisfativa, precisamente por dispensar o ajuizamento de ação principal. Exemplo disso é a propositura de ação cautelar de busca e apreensão de menor, nos casos em que se tem a guarda definitivamente fixada em ação de separação judicial.”(2007, p. 311)

O que parece ser evidente é a desnecessidade de ajuizar uma medida cautelar inominada, se a sua concessão pode ser realizada no bojo do processo de conhecimento. Mas essa também é uma conclusão imatura.

Nesse sentido, insta-se consignar pertinente entendimento jurisprudencial:

"Com efeito, a Lei n. 10.444, de 07/05/2002, introduziu o parágrafo 7º, no art. 273, do Código de Processo Civil, criou a regra de fungibilidade processual recíproca entre medidas cautelares e tutelas antecipatórias, de modo a permitir ao juiz a conversão do pedido de tutela antecipada em medida cautelar, com o processamento desta em autos apartados. Com esta nova disposição, tem o demandante ora agravado a faculdade de optar pelo pedido de tutela antecipada ou pelo ajuizamento de cautelar, pois a Lei antes mencionada não visou impedir o ajuizamento de cautelares. Embora a existência de corrente jurisprudencial entendendo que a partir da incorporação do instituto da

antecipação de tutela por nossa legislação processual, não mais se justificaria o ajuizamento de cautelar, quando o provimento da liminar pode ser obtido na própria ação de conhecimento, mediante antecipação da tutela, tenho que compete à parte autora decidir qual a melhor forma de obter o provimento judicial que objetiva conseguir." (www.tj.rs.gov.br. Agravo de Instrumento nº70007523038. Relator - Nereu José Giacomolli - nona câmara cível)

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA. PEDIDO DE INTERVENÇÃO. ARTIGO 273, § 7º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I - Consoante precedentes jurisprudenciais desta Corte, a regra do artigo 542, § 3º, do Código de Processo Civil, que determina a retenção do recurso especial, admite temperamentos, sob pena de se tornar inócua a ulterior apreciação da questão pelo Superior Tribunal de Justiça. II - Apesar de se ter deferido, em caráter liminar, a intervenção na pessoa jurídica, cujo pedido foi formulado em autos de processo de conhecimento onde se postulou a nulidade de assembléia, já à época em que proferida a decisão, doutrina e jurisprudência vinham admitindo a fungibilidade das medidas urgentes, tendência que culminou com a inserção do § 7º no artigo 273 do Código de Processo Civil pela Lei nº 10.444/02. III - Tal providência se justifica em atendimento ao princípio da economia processual, haja vista que nem sempre é fácil distinguir se o que o autor pretende é tutela antecipada ou medida cautelar, conceitos que não podem ser tratados como sendo absolutamente distintos. Trata-se, diversamente, de duas categorias pertencentes a um só gênero, o das medidas urgentes. (RESP 202740 / PB ; RECURSO ESPECIAL 1999/0008245-1. Ministro CASTRO FILHO. TERCEIRA TURMA. DJ 07.06.2004 p.00215)”

Na prática, pode ser que o advogado da parte apresente o pedido referente à tutela cautelar para, em momento posterior, se utilizar da ação principal de conhecimento, após a satisfação propiciada pela medida urgencial. Comumente se age dessa forma. Os causídicos preferem não arriscar a possibilidade de um eventual indeferimento liminar de sua exordial.

Nada impede que o profissional do direito tome a postura correta, até porque as formas devem ser seguidas, as formalidades, obedecidas e a fungibilidade só será aplicada, quando do momento em que se evidencia o equívoco, o erro, que não seja absurdo.

Mas, a atuação equivocada, no entanto, não deve dar ensejo ao indeferimento da medida, se o processo possuir condições de seguimento, por terem sido preenchidos os requisitos da medida correta e adequada, desde que se possa visualizar a dúvida objetiva.

Tal procedimento visa dar celeridade ao feito, destina-se a pôr fim aos entraves, as barreiras procedimentais eivadas de rigor formal, conferindo efetividade ao processo, vez que a parte não precisará pagar novas custas, desentranhar os documentos e ajuizar nova ação, o que demandará tempo, levando, inclusive, por muitas vezes, à perda do direito.

Sem falar que tal postura também traz prejuízos para o Poder Judiciário. Não se deve olvidar que o ajuizamento de mais uma ação significa mais volume e mais trabalho para o pequeno contingente de servidores do Poder Público, fato este que deve ser evitado hoje em dia.

Outrossim, a utilização do §7º, do art. 273, do Código de Processo Civil permite o entendimento de que o magistrado, ao aplicar o princípio da fungibilidade, estaria corrigindo um erro de nomenclatura. Assim esclarece Vasconcelos:

“Da redação do §7º verifica-se que o juiz está autorizado, desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a deferir a medida cautelar incidentalmente, no próprio processo no qual se postula a providência final, corrigindo o erro de nomenclatura (se requerida a título de antecipação de tutela) ou aplicando o poder geral de cautela (deferindo medida de urgência diferente da que foi pleiteada). Nessa ordem de idéias, deve-se considerar que a fungibilidade expressamente autorizada, como ensina Arruda Alvim, ‘ocorre da antecipação de tutela para a medida cautelar, e não inversamente. Observa o jurista que, como anteriormente mencionado, os requisitos da tutela antecipada são mais intensos que os da cautelar.’ (2007, p. 312-313)

Inclusive, idêntico posicionamento pode ser visualizado no voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao julgar, em meados do ano de 1999, ou seja, antes mesmo do advento da Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, que acrescentou ao artigo 273 o §7º no Código de Processo Civil, nos autos do Recurso Especial nº 213.580, conforme parte transcrita a seguir:

Mesmo que assim não fosse, todavia, entendo que seria de deferir a medida, considerando que, não obstante as duas figuras sejam bem distintas [cautelar e antecipação de tutela], a evolução científica tem caminhado no sentido de admitir a

fungibilidade em se tratando de tutela de urgência, quando presentes os requisitos, sem embargo da rigidez do sistema adotado no Código de 1973 quanto às cautelares(Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 213.580, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 05 de agosto de 1999. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acessado em 14/09/2010).

Ou seja, quando se pede uma antecipação de tutela, sendo que o correto seria solicitar uma medida cautelar, esta poderá ser deferida, pelo princípio da fungibilidade, caso os requisitos da tutela acautelatória estejam preenchidos.

Muito embora o profissional do direito que representa a parte lesada visa pôr fim à angústia sofrida pelo suplicante, ao menos por ora, através do manuseio de uma tutela antecipada, tenha entendido, de forma equivocada, que esta seria a tutela correta a ser requerida, o magistrado pode e deve lhe conceder a tutela cautelar, verificando que os requisitos da medida acautelatória estão todos postos pelo advogado.

É simples, do ponto de vista prático. Se o ato processual atingiu a finalidade, ou seja, preencheu os pressupostos exigidos por lei, ainda que tenha sido realizado de maneira diversa da que a lei prescreve, o julgador deve considerar a adaptação do pleito e deferir o requerimento, fazendo incidir a medida correta, em virtude de uma maior razoabilidade que deve ser considerada, considerando o caso concreto, desde que a parte adversa possa se defender dos argumentos que lhe foram imputados.

Portanto, não se mostra viável o indeferimento da medida de urgência requerida por motivos de “falta de adequação processual”, podendo-se dizer que o § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, encontra-se em perfeita sincronia com o poder geral de cautela do juiz, visto que a própria natureza da cautelar é instrumental, como meio de preservar o direito enquanto o mérito da questão controvertida é discutido.

Questão tormentosa é saber se o inverso pode ser realizado, ou seja, a parte que pede uma medida cautelar, ser beneficiado com uma tutela antecipada, por ser a espécie cabível, no caso concreto, pela fungibilidade. Tal questão será melhor explorada em capítulo subsequente.

De qualquer forma, não há dúvida de que há, atualmente, flexibilidade diante do engessamento procedimento processual previsto no diploma processual civil, pois a possibilidade de deferimento da medida cautelar de forma incidental, no processo de conhecimento, confere celeridade à prestação jurisdicional solicitada.

Assim discorre Didier Jr, Jorge e Abelha, de forma bastante elucidativa:

“É possível agora sem mais qualquer objeção doutrinária, a concessão de provimentos cautelares no bojo de demandas de conhecimento. Não há mais necessidade de instauração de um processo com objetivo exclusivo de obtenção de um provimento acautelatório: a medida cautelar pode ser concedida no processo de conhecimento, incidentalmente como menciona o texto legal. A redação do dispositivo é bem clara: “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 no processo ajuizado”.(2003, p. 85)

A celeridade do feito depende muito da aplicabilidade desse instituto, de forma que visa preservar o princípio da segurança jurídica, bem como a pacificação dos conflitos postos em evidência, evitando, assim, a morosidade processual, que, muitas vezes, prejudica o direito das partes.

Fica clara a homenagem que se presta ao princípio da segurança jurídica, diante do aproveitamento da fungibilidade das tutelas de urgência, pois se atinge de fato, o direito perseguido, a satisfação do pleito é realizada, de forma rápida e eficaz, o que denota justiça, nas situações em que o direito é cabalmente demonstrado através de prova que se anexa nos autos do processo.

Assim, toda e qualquer pretensão, que se mostre, ao menos aparentemente legítima, será digna, portanto, de proteção judicial, conferindo segurança a quem dela precisa.

Esclareça-se, todavia, que, se a parte interessada requerer, nos autos do processo de conhecimento, tutela cautelar, sem que tenha ocorrido equívoco, sabendo de fato que o que se requer é uma medida cautelar, deve ser examinada a sua pretensão.

Nesse sentido, Vaz discorre de forma brilhante:

“É necessário dizer que, se postulada medida cautelar e não tutela antecipada, ou seja, se a parte não faz confusão entre os institutos e, sabedora de que está pedindo uma medida cautelar, o faz no processo de conhecimento, também será possível o exame da pretensão. Dessarte, embora o novo preceptivo legal (§ 7º) faça alusão a pedido medida cautelar sob o título de tutela antecipada, obviamente, se postulada com o rótulo de medida cautelar, vale dizer, propositalmente como tutela cautelar, sem o equívoco de confundi-la com antecipação de tutela, deverá o pedido ser examinado (2007, p. 28).”

Outrossim, considerando que, sendo deferida a medida liminar no bojo de ação de conhecimento, há um pequeno problema que deve ser devidamente solucionado, isto é, o de saber quantas sentenças seriam proferidas na lide, vez que haveria um pedido cautelar incidental e outro que diz respeito à ação de conhecimento, permitindo que se indague qual seria o recurso a ser intentado pela parte que restou vencida.

Ora, apenas uma sentença deve ser exarada de modo que solucione a questão cautelar e o restante da demanda e quanto ao recurso, havendo sentença, deve ser interposta a apelação, sendo esta recebida apenas no efeito devolutivo quanto à questão cautelar e no duplo efeito quanto às questões objeto da lide de conhecimento.

Interessante o aresto do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ora colacionado:

“Processual. Ação cautelar. Ação principal. Julgamento simultâneo. Apelação. Efeitos (CPC – art. 520, IV). Se a sentença decide, ao mesmo tempo a ação cautelar e a principal, a apelação suspenderá os efeitos da decisão relativa à ação principal e terá eficácia meramente devolutiva, no que respeita ao processo cautelar (CPC, art. 520) (STJ, REsp 297. 426 (20000146993/PR), 1ª T., j. 13.08.2002, DJU 16.09.2002, p. 145, rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Noutro sentido, Costa aduz que a inserção do §7º do art. 273, do Código de Processo Civil é fruto do poder geral de cautela, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, que tem previsão legal na Constituição Federal (2003, p. 162-163).

Significa que o juiz poderá ■ em face do rol exemplificativo das cautelares do atual Código de Processo Civil ■, conceder outras medidas cautelares, além daquelas

cuja previsão está estampada na lei, caso o magistrado entenda necessário, se houver o fundado receio de que a parte, antes do julgamento da demanda, cause ao direito da outra lesão grave.

Se o julgador pode e deve (considerando que o julgador tem o dever-poder) conceder outras medidas cautelares que julgar adequadas, também pode, perfeitamente, entregar à parte Requerente, a medida cautelar que julga necessária ao caso concreto, se houver sido pleiteada tutela antecipada, de maneira impertinente.

.É que o legislador procura formas de inibir situações de perigo que comprometam a eficácia processual, autorizando o juiz a criar providências de segurança, a ponto de se evitar o prejuízo ressaltado.

Costa também defende que a introdução desse dispositivo, que permite a aplicabilidade da fungibilidade entre as tutelas, foi criado a fim de se evitar a proliferação de processos cautelares e ordinários, com finalidades semelhantes, simplificando a entrega do serviço jurisdicional, objetivando resultados rápidos e justos (2003).

Parece ter sido essa a intenção do legislador. Ainda que não tenha sido, não é ousadia demais afirmar que hoje, é a vontade da lei, considerando a tendência moderna constante do processo civil, no sentido de conferir mais rapidez às demandas judiciais e mais flexibilidade aos procedimentos, de maneira que se enaltece a informalidade pertinente e necessária, evitando a complexidade dos institutos burocráticos.

O Tribunal Regional Federal, da 4ª Região, inclusive, pareceu majorar os efeitos da fungibilidade, ao decidir, em 1999, que: “(...) a fungibilidade dos meios de cautela do direito autoriza se conheça da medida cautelar de caráter satisfativo como pedido de antecipação de tutela, remédio processual adequado à pretensão (AG 97.04.65996-2/SC, 5ª Turma, Rel. Virginia Scheilbe, DJ 10.02.1999, p. 547).”

Carreira Alvim fala sobre o brocardo latino *ad maiore ad minus*, a fim de justificar a fungibilidade das tutelas, vez que, se o magistrado pode deferir uma

antecipação dos efeitos da sentença, pode muito bem conceder uma medida que traga garantia à eficácia dessa sentença:

“É a aplicação da regra do ‘quem pode o mais, pode o menos’, pelo que se pode o juiz deferir um provimento antecipando os efeitos da própria sentença de mérito, pode também deferir um provimento tendente apenas a garantir a eficácia dessa mesma sentença, a ser proferida no futuro (2003, p. 131).”

Obviamente que o disposto contido no §º7º do art. 273, do Código de Processo Civil não pode ser utilizado como regra nos processos intentados na justiça e sim como uma exceção, devendo ser aplicado sempre que verificar, o julgador, que poderá evitar prejuízo para a marcha processual e para a parte que suplica a urgência.

Figueira Júnior põe em evidência, para que a fungibilidade seja manuseada, que haja a postulação equivocada do autor e a impossibilidade jurídica de não conhecimento do requerimento da antecipação de tutela, em face do pedido estar revestido de natureza acautelatória (2002).

Mas o equívoco não pode ser grosseiro. Se o autor requer um pedido de antecipação de tutela, quando deveria ter intentado ação cautelar típica, não pode ser manejada a fungibilidade, de modo que os requisitos das medidas cautelares típicas estão bem explícitos no Código de Processo Civil.

Mas também não deve, nesse caso concreto, ocorrer o indeferimento liminar, podendo (e é de todo certo que o faça) o magistrado, segundo Costa, determinar que seja o pedido apensado aos autos principais, determinando a emenda, a correção da exordial da cautelar típica (2003, p. 169).

Outrossim, prezando pela justiça, o juiz deve, ao conceder a medida urgencial, conceder à parte contrária o direito de resposta, sob pena de cerceamento do direito de defesa. A ampla defesa e o contraditório não podem ser maculados por conta de uma pretensa fungibilidade entre as espécies de tutela de urgência.

Encerrando as discussões quanto à efetiva aplicação atual do §7º do art. 273, é importante expor decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que bem tem se utilizado da fungibilidade, a fim de permitir soluções eficazes pretendidas.

Nas ações revisionais, por exemplo, tem-se admitido a jurisprudência pernambucana, que se requeira a exibição de documentos, ao lado dos pedidos ordinários, ou seja, que a medida cautelar seja admitida, ainda que se tenha requerido a urgência na ação de conhecimento, acumulando todos os pedidos, concentrando os atos processuais e conferindo celeridade ao feito:

“No que tange ao pedido de exibição de documentos, não obstante haver disposto o cpc rito próprio a tais cautelares preparatórias (arts. 844 e 845), previu o mesmo diploma, doutra banda, em seu art. 273, §7º, a possibilidade de pleitear-se medida cautelar no processo de conhecimento, dada a fungibilidade legal (em mão única, a princípio) entre as antecipações de tutela e esta, sem mesmo haver necessidade de existência de fundada dúvida sobre a natureza do pleito, somando-se isso ao disposto nos arts. 355 e ss do cpc - acerca da exibição incidental de documento ou coisa; assim, não há óbice a que se cumule esta às outras pretensões do autor, a saber, a revisão do contrato e a consignação em pagamento.- por outro lado, é apta a petição inicial do autor, já que uma leitura de seu conteúdo demonstra a relação lógica e jurídica entre os fatos expostos e a solução pretendida: tendo firmado contrato cuja cláusula de fixação dos juros entende ilegal - haja vista, segundo expôs, a impossibilidade de cumular-se aos juros de mora e à multa o percentual de inadimplência -, pretende, por meio de sua exibição, discuti-lo, depositando, desde logo, o valor incontroverso devido. Assim, foi precipitada a extinção do processo sem resolução meritória. apelo provido, para anular a sentença e determinar o prosseguimento do feito a partir do recebimento da petição inicial. Decisão unânime (Apelação 187290-8, Comarca de Recife, número de origem 355944920088170001, relator Eduardo Augusto Paura Peres, relator do acórdão Heriberto Carvalho Galvão, órgão julgador 6ª Câmara Cível, data do julgamento 04/3/2010).

Vale a pena citar que, nas recentes ações em que se pleiteou (e ainda se pleiteia) a exibição de documentos, ou seja, extratos bancários de conta-poupança, em face das instituições financeiras, em título de antecipação de tutela, são deferidas / foram deferidas, como medida cautelar, pelo princípio da fungibilidade.

Dessa forma, permitiu-se o prosseguimento da ação, no tocante à análise do direito pretendido, qual seja, a eventual possibilidade de existência de diferenças a

serem creditadas pelos Bancos, haja vista a concessão de medida que possibilitou, que deu condições de se analisar o mérito da lide.

Também se encontra na jurisprudência do Estado de Pernambuco decisão que confere o fim da discussão da liminar cautelar satisfativa, em face do advento do §7º do art. 273, ao se admitir fungibilidade das tutelas de urgência:

“(…)3. Não se considera satisfativa a liminar que, atendidos os pressupostos legais de concessão, objetiva garantir a situação de urgência que a ela se apresilha. Discussão que perdeu relevo após o advento do art. 273, §7º, do CPC, pelo qual se admite a «fungibilidade» entre a tutela antecipatória e o provimento cautelar, tendo em mira a efetividade do processo (Agravo de instrumento 104938-7, número de origem 0300105070, relator Eloy D’almeida Lins, órgão julgador 4ª Câmara Cível, data de julgamento 12/2/2009).”

Mas, o Tribunal de Justiça pernambucano também profere as decisões em que se aplicam de praxe, o princípio da fungibilidade, de forma bem simples, demonstrando, de forma bem nítida, o que se explanou até o momento.

Ou seja, tendo o autor pleiteado equivocadamente uma tutela antecipatória, mas se revestindo os requisitos da cautelar, está o Judiciário do Estado de Pernambuco a aplicar o princípio e deferir a medida cautelar, possibilitando o acesso à justiça e a eficácia da entrega da prestação jurisdicional pleiteada:

“Trata-se de ação de indenização por danos morais, onde a parte autora busca liminarmente a exclusão imediata do seu nome indevidamente inserido nos cadastros de proteção ao crédito. Vê-se que o pedido liminar busca providência de natureza tipicamente cautelar. Não se confunde, portanto, com pedido de antecipação de tutela, providência permitida pelo art. 273 do Código de Processo Civil. Entretanto, após a Lei nº 10.444/2002, que inseriu o § 7º no retromencionado dispositivo legal, a regra passou a ser a fungibilidade entre as medidas de urgência (cautelares e antecipatórias de tutela). Por isso, verificando que existem os requisitos para o deferimento da cautelar, não poderá o Juiz negar a tutela liminar perquirida sob a alegação que não se trata de pedido de antecipação de tutela (Primeira Vara Cível da Comarca de Pesqueira, Juiz de Direito: André Carneiro de Albuquerque Santana, Processo Nº: 0001688-68.2010.8.17.1110, Natureza da Ação: Procedimento ordinário).”

Dessa forma, a atuação da justiça, como se pode observar, tende a se uniformizar, mesmo nas comarcas localizadas geograficamente distantes da capital, de modo que se verifique, na prática, a busca incessante pela justa solução da lide, ainda que diante de um pleito equivocado (mas perfeitamente sanável), que permite ao julgador adequá-lo à correta utilização no processo.

O que importa ressaltar é que o §7º do art. 273, termina por enfraquecer o processo cautelar autônomo, ao permitir que a tutela cautelar seja concedida, pela fungibilidade nos autos do processo de conhecimento, de maneira incidental, mas não é só isso. Acontece que, em face de tal mudança, atualmente, o legislador permite que, numa mesma relação jurídico-processual, o julgador conheça, acautele e execute.

Com efeito, enfraquece, de forma sensível, considerando que o número de pedidos equivocadamente direcionados aos juízos tende a aumentar e, assim, o número de concessão de cautelares incidentalmente em processos de conhecimento se multiplicam, em face de novas interpretações jurisprudenciais.

Ademais, o Código de Processo Civil vem sofrendo substanciais alterações anuais, de maneira súbita, em curtíssimo tempo, de modo que o legislador vem utilizando um verdadeiro laboratório jurídico no texto compilado de leis processuais, o que, inevitavelmente, faz gerar alguns erros de técnica legislativa e impulsiona novas discussões judiciais.

Não foi por menos que o legislador, ao elaborar o anteprojeto de lei processual civil, que irá substituir o atual Código de Processo Civil, expurgou o processo cautelar e a tutela antecipada, mantendo apenas as tutelas de urgência e a tutela de evidência, como se demonstra em capítulo posterior.

Obviamente, que a experiência processual dos operadores do direito levaram estes mesmos profissionais (pois o legislador é um deles), a modificaram o Código de Processo Civil, face a reiterada prática jurisdicional que vinha ocorrendo pelos magistrados de todo o país, ao aplicar a fungibilidade das tutelas de urgência, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas.

O fundamento permissivo da solicitação de medida urgencial processual, é de cunho constitucional, previsto no inciso XXXV, art. 5º, atinente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo que o mero equívoco quanto ao rito escolhido pelo advogado não impede que a tutela de direito seja entregue, abandonando-se assim, o rigor excessivo prejudicial à instrumentalidade do processo.

Vale citar o professor Delfino, em obra do Dr. Veríssimo (2010, p. 8), acerca da questão anteriormente descrita no parágrafo anterior, em virtude da crítica construtiva que é feita, devendo se evitar o apego exagerado à formalidade, em situações de urgência, valendo-se do escopo constitucional para justificar seus argumentos:

Revela-se, daí, o princípio constitucional do direito à ação, evidenciando, dentre outras conseqüências, ser plenamente possível uma interpretação extensiva do art. 273, §7º, do CPC, a ponto de permitir a apreciação de tutela antecipada formulada num processo cautelar. (...) em casos onde a urgência reina, o juiz não deverá se ater apegado demasiadamente à forma; impõe-se a ele, ao contrário, preocupar-se com o jurisdicionado, buscando avaliar aquela situação emergencial posta ao seu conhecimento, desprezando, apenas inicialmente, o rótulo dado à ação. (...) Nessa perspectiva, é crível a conclusão de que não é aconselhável ao juiz fundamentar sua suposta impossibilidade de apreciar o pedido antecipatório satisfativo, feito no bojo de um processo cautelar, com base no argumento de que ‘a lei processual civil não previu tal caminho’, porquanto é a própria Carta Magna que reza que lei alguma excluirá da apreciação do Poder Judiciário ‘ameaça de direito.

Certamente que tem valor insistir, nesse momento, nos argumentos extremamente pertinentes do Dr. Veríssimo, no sentido de que, a fungibilidade deve ser aplicada de forma ampla. Assim, em seus dizeres, é irrelevante que a medida cautelar pretendida seja nominada ou não. O princípio deve ser aplicado, sem restrições, para que sejam trazidos os benefícios do caso para o jurisdicionado, evitando a extrapolação temporal no curso da lide (2010?).

Nesse aspecto, não concorda o autor da presente pesquisa, haja vista que, se os tribunais passam a admitir a aplicação da fungibilidade de maneira ampla, atingindo, inclusive, as medidas cautelares típicas, pois isto é condenar todas as regras atualmente postas sobre o processo cautelar, o que não se pode conceber, em virtude da atual ótica do Código de Processo Civil, de 1973, que é o que está em vigor.

Como se disse, não se pode rasgar a lei, indo de encontro com o que resta determinado, devendo ser preservada a necessidade de forma, no entanto, de modo flexível, se a finalidade resta atingida, deve ser emprestada, pelo magistrado, a devida instrumentalidade ao processo, aplicando-se, se for o caso, a fungibilidade ao rito, concedendo a efetividade à demanda, tão buscada pelos estudiosos da lei.

Portanto, o § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, longe de extinguir as medidas cautelares, apenas confirma a tendência contemporânea da ciência processual, na qual preza a efetividade e pacificação tempestiva dos conflitos para conceder a tutela jurisdicional, garantindo o princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, a efetividade e o princípio da razoável duração do processo.

3.3 FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA.

Já se sabe que a antecipação de tutela é bem aceita no âmbito do direito processual do trabalho, haja vista a omissão dos requisitos do instituto antecipatório nos preceitos consolidados e o aspecto subsidiário do direito processual civil, que permite a aplicabilidade daquela tutela de urgência, por serem compatíveis seus preceitos, extraídos do diploma processual civil, com o diploma legislativo trabalhista, inclusive, com os princípios que norteiam a seara do direito processual do trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho não traz nada sobre os pressupostos, sobre os requisitos da antecipação dos efeitos da tutela, mas permite ao magistrado que conceda liminar nas hipóteses prescritas no art. 659, IX e X, como já visto, que são os casos de transferência irregular de empregado e de dispensa arbitrária de dirigente sindical.

Também nada informa sobre os aspectos de incidência da medida cautelar, mas toma emprestado, do Código de Processo Civil, que é fonte subsidiária, os seus requisitos e pressupostos, para que a tutela de urgência seja devidamente aplicada no processo do trabalho.

A fungibilidade das tutelas de urgência também é instrumento processual manejado na justiça do trabalho, considerando que nem sempre se consegue distinguir exatamente quais as causas pertinentes à tutela de urgência adequada ao interesse perseguido, devendo, pois, o juiz receber a medida como cautelar, caso seja, erroneamente, requerida como antecipação de tutela, enaltecendo a finalidade, a instrumentalidade do processo, tão destacadas nesse trabalho.

Nesta cadeia de idéias, interessante expor o teor da Súmula 405, do TST:

“SUM. 405 DO TST – AÇÃO RESCISÓRIA. LIMINAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA(Conversão das Orientações Jurisprudenciais 1, 3 e 121 da SDI-II – Res. 137/2005 – DJ 22.08.2005)

I – Em face do que dispõe a MP 1.984-22/2000 e reedições e o artigo 273, §7º, do CPC, é cabível pedido liminar formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursal, visando a suspender a execução da decisão rescindenda.

II – O pedido de antecipação de tutela, formulado nas mesmas condições, será recebido como medida acautelatória em ação rescisória, por não se admitir tutela antecipada em sede de ação rescisória (ex-OJs 1 – Inserida em 20.09.2000, n.3 – inserida em 20.09.2000 e n. 121 – DJ 11.08.2003).”

Em face, pois, do teor do entendimento preconizado, insta-se consignar o seguinte julgado:

“ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – PEDIDO RECEBIDO COMO MEDIDA CAUTELAR.

Em face do que dispõe a Medida Provisória 1906/1999, esta Subseção vem recebendo como cautelar incidental em ação rescisória a postulação da tutela antecipada, formulada por entidade pública em apelo ordinário, visando suspender a execução até o trânsito em julgado da decisão, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 3/SBDI-2 (SDI-II/TST – DECISÃO: 18.03.2003 – RXOFROAR 43734-2002-900-03-00).”

Tal exemplo concreto se explica, no campo das idéias defendidas pela doutrina e jurisprudência.

É que a ação rescisória não pode, *aprioristicamente*, violar o manto da coisa julgada. Só que a ação rescisória pode ser utilizada, visando evitar a irreparabilidade do caso concreto ou mesmo o seu irremediável comprometimento.

No caso, Zavascki prepondera que a suspensão dos efeitos da sentença rescindenda tem natureza antecipatória e, assim, tal pedido não poderia ser objeto de ação cautelar, devendo ser formulado nos autos da ação rescisória (1999).

A antiga Orientação Jurisprudencial de nº 121 da SBDI-2, agora convertida em súmula, narra que a utilização da cautelar era preferível ao instituto da antecipação de tutela, quando o intuito era suspender a sentença rescindenda.

Porém, a Justiça do Trabalho não se mostrou pacífica acerca do assunto. Para se demonstrar tal divergência, o Tribunal Regional do Trabalho, da 3ª Região entendeu que poderia haver uma utilização de cautelar e tutela antecipada, com certa liberalidade dos juízos que deliberassem sobre o assunto:

“Só em situações excepcionais, em que se vislumbre a patente possibilidade de êxito no pleito rescisório - "fumus boni iuris" - e ocorra o perigo na demora de seu desate - "periculum in mora" - é que se tem admitido atribuir efeito suspensivo à execução, em face da lide rescisória, através, contudo, do manejo de medida cautelar incidental, apropriada a esse desiderato, dirigida ao mesmo juízo que aprecia a ação principal, ou, até mesmo, com certa liberalidade, fazendo uso do recente e inovador dispositivo atinente à antecipação de tutela (art. 273, do CPC) (TRT 3ª Região; AP 2812/98; Fonte DJMG 09/04/99, pg.07; Relator Juiz Paulo Roberto Sifuentes Costa).”

É nesse sentido que se aplica a fungibilidade das tutelas de urgência na justiça do trabalho quando se pleiteia a rescisão de sentença, em virtude do dissenso jurisprudencial que existe, de forma a configurar a dúvida objetiva no caso concreto.

Saraiva comenta que o princípio da fungibilidade pode ser aplicado na justiça do trabalho, ao considerar a força de fonte subsidiária do Código de Processo Civil emprestada à Consolidação das Leis Trabalhistas:

“Assim, aplicando-se o princípio da fungibilidade, se o autor num processo de cognição exauriente requerer antecipação de tutela, quando o adequado seria requerer uma medida cautelar, poderá o juiz conceder a medida cautelar de forma incidental, sem a necessidade de instauração de um processo cautelar (2008, P. 820).”

Interessante o entendimento de Martins, quanto ao instituto da fungibilidade, previsto no §7º, do art. 273 do Código de Processo Civil. Entende o autor, que, da interpretação literal do texto se depreende que, se o Reclamante, por erro, solicita medida cautelar, ao invés de tutela antecipada, o juiz pode deferir a cautelar, presentes os pressupostos (2009, p. 546).

Conclui seu pensamento, a respeito do debate, da seguinte forma:

“A disposição legal pode ser chamada de fungibilidade de tutelas urgentes.

Ocorria de o autor requerer na própria rescisória a suspensão da execução. Agora, é possível despachar o referido requerimento como se fosse cautelar.

A regra do §7º do art. 273 do CPC diz respeito a tutela requerida erroneamente e admitida como cautelar. Não é o caso de se falar em requerimento de cautelar ser entendido como tutela antecipada, pois as matérias são distintas e não há previsão legal para adotar a fungibilidade no referido caso.” (MARTINS, 2009, p. 546).

De qualquer forma, admite a doutrina mais importante do direito processual trabalhista a aplicabilidade do princípio da fungibilidade no manejo das tutelas de emergência, defendendo que, privilegiando a instrumentalidade do processo, deve ser homenageada a celeridade, a finalidade, a ausência de prejuízo, respeitando a paridade de armas e oportunidades processuais, mas sempre levando em conta, da forma mais razoável possível, o amplo acesso à justiça, sem qualquer tipo de atitude *contra legem*.

Urge observar a força do princípio da fungibilidade no que concerne à sua aplicabilidade no manejo das tutelas de urgência, fazendo prevalecer a instrumentalidade das formas e a celeridade processual, bem como a efetividade do processo.

CAPÍTULO 4

A FUNGIBILIDADE DE MÃO DUPLA

Convém verificar ainda, o que a doutrina e jurisprudência discorrem a respeito da possibilidade de se aplicar o princípio da fungibilidade, no âmbito do processo, caso tenha sido apresentada uma medida cautelar, de forma impertinente, aceitando-a o juiz, como se tutela antecipada fosse.

Como ponto de partida, vale a pena comentar o alcance do *caput* do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil. Tal espécie normativa permite apenas que o pedido de tutela antecipada seja reconhecido como medida cautelar, em face do preenchimento dos requisitos dessa espécie processual, dado o equívoco (que não é grosseiro) do requerimento do pleito antecipatório (DINAMARCO, 2002).

Assim, a legislação não parece admitir o sentido inverso, pela simples leitura do permissivo legal, face interpretação literal que se faz do dispositivo em comento. Interessante os dizeres de Vasconcelos, nesse sentido:

“A lei não autoriza, portanto, o que se tem denominado fungibilidade de mão dupla, ou seja: deferir-se medida antecipatória requerida como cautelar. Apenas autoriza que, pedindo-se tutela antecipada(o mais), o juiz possa conceder a medida cautelar(o menos).”(2007, p.313)

É que os requisitos da tutela antecipada são muito mais rígidos do que os da tutela cautelar. Naquele instituto, deve restar provada a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, enquanto que, na tutela cautelar, há a necessidade de se restar evidenciada a aparência do bom direito.

De acordo com o raciocínio de Vasconcelos, se exemplifica o quão prejudicial poderá ser adotar a fungibilidade de mão dupla:

“Veja-se, a título de exemplo, uma das indesejáveis conseqüências de se admitir, em favor do réu, a denominada fungibilidade de mão dupla: em ação de busca e apreensão, o réu solicita, no bojo do processo, como antecipação de tutela, uma declaração de que sua dívida é menor do que a alegada pelo autor, na inicial. Na hipótese de o juiz deferir a antecipação da tutela para o réu, mas, posteriormente,

julgar integralmente procedente a busca e apreensão, há que se considerar – até mesmo em nome da coerência – que o réu estaria vinculado à causa de pedir. Isso teria como indesejável consequência, para o réu, a impossibilidade de ajuizar futura revisional do respectivo contrato(ou qualquer outra ação autônoma), pois a decisão final na ação de busca e apreensão, quanto ao montante de sua dívida, teria feito coisa julgada também em relação a ele.”(2007, p.314)

Não obstante, a diferença entre os dois institutos permite a aplicabilidade do princípio da fungibilidade no sentido inverso. Isso porque, acaso reste demonstrado pelo requerente, no pedido cautelar, que a aparência do bom direito se torna, de fato, muito evidente, a ponto de se assemelhar à prova inequívoca e à verossimilhança das alegações, requisitos exigidos pelo instituto da tutela antecipada.

O formalismo legislativo parece, como já se disse alhures, impedir que a fungibilidade se aplique reciprocamente entre as tutelas de urgência, mas não há proibições normativas. Ora, o excesso de forma deve ser, evidentemente, combatido, para evitar a delonga processual, o engessamento procedimental, de forma que a flexibilidade à norma deve ser posta em evidência e assim, dar ênfase ao processo civil.

Vale ressaltar, de qualquer forma, que tal flexibilidade não pode ser aplicada de forma abusiva e assim, Oliveira ressalta, em sua obra, o enaltecimento do valor da segurança, ao se aplicar o formalismo, de forma coerente e pertinente:

“...subjaz no fundo o interesse estatal, seja pela coordenação do conteúdo dos julgamentos, seja pela declaração de ilegitimidade das leis infraconstitucionais, tudo para dirimir as possibilidades de erros e contradições, incrementando, assim, mediante o aperfeiçoamento da distribuição de justiça, a confiança do cidadão na autoridade do Estado.”(2003, p. 67)

Ademais, questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos.

Importa consignar que Oliveira também ressalta que o informalismo exagerado e a diminuição dos poderes do julgador também podem propiciar o mau resultado processual, na busca da pacificação dos conflitos:

“O problema encontra-se intimamente ligado ao formalismo processual porquanto sua solução concreta dependerá do maior ou menor poder atribuído ao órgão judicial para ser alcançado, na prática, o modo mais conveniente de contrapor as exigências da finalidade legal com as características do meio mais idôneo, em vista do melhor resultado possível.

Dentro de tal perspectiva, o monopólio das partes na condução do processo tende a reduzir ao mínimo a incidência da economia do juízo, pois restrita a atividade do juiz a uma discricionariedade de tipo puramente técnico, sem grande influência na efetiva condução do processo.”(2003, p.68)

O que se quis afirmar, nesses últimos parágrafos, é que a legislação deve ser efetivamente obedecida, sem abuso, mas que deve ser respeitada, para que o acesso à justiça possa de fato ocorrer, bem como o manejo dos institutos adequados, para não haver uma banalização do processo.

A lei não proíbe, portanto, a aplicabilidade do princípio da fungibilidade no sentido inverso.

Urge que seja relatada decisão da lavra do Desembargador Frederico Neves, do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, ao tratar sobre o assunto ora debatido:

AGRAVO. ART.557, §1º, CPC. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PRETENDIDA. TUTELA CAUTELAR. FUNGIBILIDADE. HIPÓTESE NÃO VERIFICADA. EXCLUSÃO DE NOME INSCRITO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. VEDAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS. AGRAVO DESPROVIDO. A apreciação de seus requisitos, em substituição aos da cautelar, consiste na aplicação, em si da fungibilidade prevista no artigo 273, §7º, do CPC, porquanto verificada a natureza antecipatória da medida. Afasta-se a possibilidade de inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes quando verificados, simultaneamente, três requisitos, a saber: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. Precedentes do STJ. Em função da garantia constitucional do acesso à justiça, a todo direito subjetivo corresponde uma ação que o assegura contra supostas violações, resguardando-se a utilização do aparelho jurisdicional, sendo impossível a pretensão de impedir a tomada de medidas judiciais de cobrança do crédito.

(Agravo, 127191-2/01, Recife, 01271912, 1ª Câmara Cível, 28/11/2008 09:00:00)

A jurisprudência que admite a aplicação da fungibilidade, no sentido inverso, não afronta a legislação, haja vista que a igualdade entre os litigantes deve ser sempre privilegiada, de modo que deve ser conferido o direito ao contraditório, paridade de armas, devendo ser seguida a necessidade de forma, sob pena de nulidade do ato processual.

Vale muito a pena citar o entendimento defendido por Costa, senão veja-se o que afirma:

“Corroborando com o entendimento acima, cabível a aplicação da fungibilidade no sentido inverso. Logo, deparando-se a autoridade judicial com um pedido formulado a título de medida cautelar, se satisfeitos os pressupostos legais autorizadores à concessão da tutela satisfativa, não existem razões a obstar a concessão da respectiva medida a título de antecipação de tutela. Segundo a lei, esse pedido de antecipação de tutela só poderá ser concedido, caso não exista perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.”(2003, p. 161-162).

Da mesma forma, admite o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como se pode observar na jurisprudência abaixo transcrita:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - TUTELAS DE URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 7º, CPC – MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO MEIO ADEQUADO - INTERESSE DE AGIR - RECONHECIMENTO.

1. "O art. 273, § 7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela e reconhece o interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela. Precedentes do STJ". (REsp 1011061 / BA, Relator(a) Ministra ELIANA CALMON, DJe 23/04/2009)

2. A interpretação da Corte de origem, de que carece interesse de agir a parte que apresenta pleito cautelar quando o correto é antecipatório, distancia-se da interpretação que o STJ confere à matéria.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1013299 / BA AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2007/0295663-2, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141), T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 15/10/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – FUNGIBILIDADE DOS INSTITUTOS DA MEDIDA CAUTELAR E DA TUTELA

ANTECIPADA – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – SÚMULA 7/STJ.

1. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

2. Esta Corte Superior já se manifestou no sentido da admissão da fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida que vier a ser concedida.

3. O Tribunal de origem, como soberano das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, confirmou a decisão recorrida que entendeu estarem presentes nos autos documento hábeis para comprovar o preenchimento dos requisitos da tutela antecipada.

4. O mesmo raciocínio pode ser aplicado quanto ao argumento de que o recorrido não fazia jus à reforma a posto superior ao que ocupava na ativa.

Recurso especial improvido.

(REsp 889886 / RJ RECURSO ESPECIAL 2006/0211298-8, Ministro HUMBERTO MARTINS (1130), T2 - SEGUNDA TURMA, DJ 17/08/2007 p. 413)

No mesmo sentido, o entendimento do Tribunal Regional Federal, da 4ª Região:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FUNGIBILIDADE. QUALIDADE DE SEGURADO. 1. A FUNGIBILIDADE dos meios de cautela do direito autorizam se conheça de medida CAUTELAR de caráter satisfativo como pedido de ANTECIPAÇÃO de tutela, remédio processual adequado à pretensão. 2. Patenteada a verossimilhança das alegações vestibulares e presente o risco de dano irreparável na subtração de verba alimentar àquele que não mais pode obtê-la através do trabalho, é de antecipar-se a tutela para implantar/restabelecer benefício. 3. Preenchidas as condições necessárias à concessão e manutenção de benefício, não perde a qualidade de segurado especial aquele que não está em gozo do benefício em face de ato da Autarquia". (TRF4, AI9704659962, 5ª T, Rel. Juíza VIRGÍNIA SCHEIBE, DJ 10/02/1999).

Para encerrar o debate nesse ponto, convém destacar o entendimento de Vaz, que é o seguido neste trabalho, em que a jurisprudência, quase que pacificamente, admite a utilização de fungibilidade de mão dupla, como se verifica a seguir.

“Quiçá por se deparar com situações deste jaez, marcadas pela excepcionalidade, é que a jurisprudência, temos que reconhecer, é quase que uníssona em considerar que a nova regra do §7º do art. 273 do CPC, agasalha a chamada fungibilidade de duplo sentido. Consultem-se, a propósito, os exemplares precedentes: STJ, REsp 202740-PB, 3ª T., DJU 07.06.2004, p. 215, rel. Min. Castro Filho; TRF-2ª Reg., AC 2001.02010202353-RJ, 4ª T., DJU 07.07.2003, p.

96-97, rel. Des. Federal José Antônio Neiva; TRF-3ª Reg., AC 1999.60.00.001202-1-MS, 5ª T., DJU 21.10.2003, p. 432, rel. Des. Federal Suzana Camargo; TRF-4ª Reg., AgIn 2002.04.01.052396-8-PR, 5ª T., TRF-4ª Reg., rel. Des. Federal Antônio Albino Ramos de Oliveira (2007, p. 35-36).”

Dinamarco, citado por Veríssimo, entende que a fungibilidade de mão dupla pode ser aplicada, ocasionando a substituição de um instituto pelo outro e vice-versa, havendo a pertinência dos pressupostos dos autos. Segundo Dinamarco, não há fungibilidade em uma só direção, haja vista que, se os bens são fungíveis, poderão ser trocados um pó outro, como outro por um (2010?)

Ao se propor uma ação cautelar, portanto, havendo requerimento do autor, de tutela antecipada (e não cautelar), por equívoco (que não seja erro grosseiro) e sendo provada a verossimilhança e prova inequívoca (além do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação), por exemplo, estando claro que há urgência, deve o magistrado aplicar a fungibilidade de mão dupla.

Nesse sentido, deve o juiz deferir a medida urgente e determinar a intimação do autor, para que este providencie a emenda da inicial, para se evitar aberrações processuais (uma tutela antecipada no bojo de uma ação cautelar).

Assim, para que seja mantida a liminar deferida, aplicando-se a fungibilidade, deve haver a emenda à inicial, convertendo-se o processo cautelar em processo de conhecimento. Mais uma vez se aplica, no caso estudado, o princípio da instrumentalidade das formas.

A adequação do procedimento é matéria de ordem pública, da qual não pode se furtar o operador do direito, para que a medida aplicada não seja afastada, de modo a prejudicar o direito alcançado, que fora antecipado, pelo princípio da fungibilidade.

Nesse sentir, Nery Jr. entende ser possível a mão dupla, tendo como condição a adequação do pedido. Caso não haja a possibilidade de adequação, este autor entende que seria caso de indeferimento (2006, p. 460).

Assim, não é demais entender que, em face da aplicabilidade do princípio da fungibilidade, seja admitido pedido de antecipação de tutela, quando requerido erroneamente (não de forma grosseira), como medida cautelar, acaso restem demonstrados e comprovados os requisitos da antecipação de tutela.

CAPÍTULO 5

AS TUTELAS DE URGÊNCIA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Justamente, nesse momento, em que se apresenta este trabalho, o Código de Processo Civil Brasileiro está sofrendo mudanças significativas e um anteprojeto acaba de ser elaborado por uma comissão de juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009.

É importante que sejam feitas algumas considerações a respeito desse trabalho, em face do que se pode esperar da visão legislativa atual, dos princípios que norteiam a instrumentalidade do processo e ainda, do novo posicionamento quanto às tutelas de urgência, preconizado nesse novo diploma processual.

Não é nenhuma novidade que o princípio da celeridade, efetividade e a duração razoável do processo tenham sido mantidos, por constituírem uma das tônicas do direito processual civil moderno. Basta levar em consideração a quantidade de mutirões que estão sendo realizados atualmente, pelos Juizados Especiais Cíveis de todo o Brasil, para agilizar os processos, bem como os movimentos nacionais de conciliação, que também envolvem todos os tribunais de justiça dos Estados da nação, dentre outras atitudes do Poder Judiciário que visam tornar o processo mais rápido e justo para todos.

O legislador constitucional havia se preocupado com tais questões e quis elevar à condição de norma constitucional tais valores consagrados, a fim de proporcionar força, ímpeto, aos movimentos judiciais voltados para a rápida e justa solução dos litígios, em virtude da crescente necessidade social nesse sentido.

Não são poucas as vezes em que se evidencia a urgente súplica das partes e seus patronos, em que o processo se movimenta de forma rápida, devendo, no entanto, evitar-se sempre, o cerceamento de defesa e o prejuízo dos litigantes em detrimento da celeridade.

Ou seja, a efetividade, consequência da celeridade, evidencia sua virtude enquanto valor, se não isolar outros institutos processuais importantíssimos, como, por exemplo, o fator justiça.

Os princípios normativos que são aplicados, para que o processo se desenvolva da maneira mais justa possível são o contraditório, a ampla defesa, juiz natural, imparcialidade do juiz, motivação das decisões, dentre outros.

Foi possível observar na obra de Oliveira, que no Estado brasileiro, o movimento pela solução rápida dos litígios surgiu próximo ao processo de redemocratização, iniciado com a promulgação da Carta Magna de 1988 (2003, p. 245).

Também se observa na mesma obra, que tal fenômeno pôde surgir, em face das deficiências da administração da justiça, que agoniza cada vez mais pela intensificação da agilidade dos procedimentos, que são demorados e perplexos de entraves procedimentais, o que gera descrédito do Poder Judiciário e, claro, provoca a demora excessiva do processo (OLIVEIRA, 2003, p. 245).

Nesse sentido, o instituto, já garantido pelo Constituinte de 1988, da duração razoável do processo foi incluído no anteprojeto. Ora, já existe a defesa constitucional de tal princípio, não havendo a urgência de se repetir tal preceito, em diploma infraconstitucional.

Para se demonstrar que realmente foi feita a inclusão da duração razoável do processo no novo Código de Processo Civil, se põe em evidência o artigo 4º: “*Art. 4º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa*”.

Outrossim, destaque-se a inclusão dos princípios já consagrados constitucionalmente, da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça, previstos no art. 3º: “*Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral.*”

Não havia necessidade. Como se disse, tais princípios já fazem parte do direito constitucional processual, não havendo razão para se inserir tal dispositivo no anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Indiferente, portanto, tal acréscimo, já

que em nada fortalece o direito processual, considerando a previsão constitucional já existente.

Mesmo assim, é compreensível que o legislador se utilize de tais valores, ainda que já tenham consagração constitucional, devido à sua importância prática, haja vista a crescente demanda social que existe e da urgência em se levar o Judiciário para os cidadãos.

Os Juizados Especiais contribuem em muito nesse aspecto, considerando a descentralização das unidades cartorárias, permitindo à população procurar seus direitos, em face de eventuais pretensões resistidas que venham a surgir.

A importância prática é muito pertinente: Se em cada bairro houver, pelo menos, um Juizado Especial, as pessoas não precisarão se deslocar para um local distante de seu trabalho ou mesmo de sua casa, para procurar a solução de um conflito de interesses que tenha surgido.

A Justiça do Trabalho, também, nesse sentido, desempenha função semelhante. E não é demais lembrar que o diploma processual civil é fonte subsidiária para a Consolidação das Leis Trabalhistas, naquilo que for omissivo (muito embora se saiba que se prega a celeridade, a efetividade e, portanto, o acesso à justiça, no direito processual trabalhista).

Não é por menos que a lei deve criar as varas da justiça do trabalho e nas localidades não abrangidas por sua jurisdição, deve a legislação atribuir a competência para julgar as ações trabalhistas ao juiz de direito, com recurso para o Tribunal Regional do Trabalho respectivo.

No mesmo sentido, os Tribunais Regionais do Trabalho deverão instalar a chamada justiça itinerante, realizando audiências e outras funções típicas de jurisdição, podendo se servir de instrumentos públicos e comunitários para o exercício das atividades.

Exemplo prático, consigna Martins, ao informar que se aplica a teoria, no norte do nosso país, utilizando-se ônibus e até mesmo barcos, em localidades de difícil acesso aos cidadãos (2009).

Por fim, os Tribunais Regionais do Trabalho podem funcionar de forma descentralizada, através das Câmaras Regionais, assegurando ao que solicita a prestação jurisdicional, o pleno acesso à justiça.

Já se fez menção, noutro sentido, das medidas de urgência, já no art. 5º, dada a importância que tais mecanismos causaram na prática jurídica hodierna, muito mais evidente em face da crescente importância da proteção do bem da vida, dos direitos dos trabalhadores, do direito dos consumidores, das garantias fundamentais, dentre outros.

Diz o art. 5º: *“As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.”*

Há um pouco da aplicabilidade do princípio da imediação nesse comando normativo também, considerando o contato do juiz com as partes, mais precisamente quando estas fornecem subsídios ao magistrado, buscando convencê-lo do direito alegado nos autos.

Assim, o juiz poderá determinar a aplicabilidade das medidas de urgência, se possui instrumentos suficientes para tanto e tais mecanismos podem e devem ser entregues ao julgador pelos sujeitos conflitantes da ação, que são os que possuem maior interesse que a situação litigiosa se resolva.

O princípio da instrumentalidade das formas foi mantido, no *caput* do comando normativo do art. 151, que prescreve:

“Art. 151. Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.”

Assim, acaso a finalidade seja atingida, como já se discutiu anteriormente, ainda que o ato não tenha sido praticado em conformidade com a lei, será reputado como válido, se não houver prejuízo para a parte adversa, que não realizou o ato, nem para o processo.

Assim, as bases de sustentação das tutelas de urgência foram, exageradamente, postas no novo texto legal, quais sejam, a efetividade, a razoabilidade, a inafastabilidade da jurisdição, o acesso à justiça e a instrumentalidade do processo.

O anteprojeto prevê a aplicabilidade das chamadas tutela de evidência e tutela de urgência.

O Magistrado poderá, então, determinar a realização das medidas que julgar necessárias e adequadas, havendo o fundado receio de dano irreparável, antes mesmo do julgamento da demanda, se assim entender, pela análise do caso concreto e pelas provas carreadas aos autos.

Ademais, o juiz terá o poder, conforme narrativa proposta no anteprojeto, para determinar a implementação de ofício, das medidas de urgência, em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, fato este que abre um leque de possibilidades muito amplo para o julgador.

A tutela de urgência pode ter caráter satisfativo ou cautelar. Ou seja, possa ser que seja necessário antecipar os efeitos da sentença, satisfazendo de pronto o direito material, se demonstrada a plausibilidade do direito e a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda, poderá prevenir um eventual perecimento do objeto do direito perseguido.

Outrossim não há mais, provavelmente, um livro sobre o processo cautelar. As tutelas de urgência, do anteprojeto vieram substituir as regras que disciplinavam o antigo processo cautelar.

A tutela de evidência pode ser concedida quando o pedido ou um dos pedidos se torna incontroverso, quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, quando a inicial estiver acompanhada com irrefutável prova documental e, por fim, quando a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência fixada por súmula vinculante ou mediante julgamento oriundo de recurso repetitivo.

A tutela de evidência dispensa a comprovação de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, se restarem demonstrados os pressupostos acima, na ação.

Essas são as hipóteses previstas da tutela de evidência, previstas no art. 285 do anteprojeto, nos incisos I a IV. A tutela evidente possui caráter satisfativo e possui alguns requisitos semelhantes à antecipação da tutela pretendida, no entanto, contém um leque um pouco mais amplo.

Observou-se que o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório foi mantido, antigo requisito da tutela antecipada, para a aplicabilidade da tutela evidente. Ou seja, é preciso demonstrar que o Réu está protelando propositadamente o desfecho da controvérsia, de modo a denotar o direito resistido.

A antiga prova inequívoca está no inciso II do artigo anteriormente mencionado, quando se diz que o requisito é a prova documental irrefutável, incontestável, inequívoca, de modo a convencer o magistrado da verossimilhança das alegações, bem como da questão incontroversa.

A novidade é a autorização da medida por ser a matéria ser unicamente de direito, com base em jurisprudência firmada.

Com efeito! Se a doutrina processualística cível (bem como a jurisprudência) trabalham no sentido de universalizar o entendimento judicial sobre determinados assuntos, mister que se aplique a tutela evidente por não se ter mais o que discutir, ou seja, de nada adiantará aguardar a marcha lenta do processo, se a questão debatida não guarda mais pontos controversos a serem expostos.

A tutela de evidência poderá ser requerida pela parte prejudicada sempre que houver afronta a direito considerado líquido e certo, de modo que se evidencia o direito incontroverso e também a verossimilhança preponderante, em face da situação gerada, o que demonstra uma verdade muito próxima da absoluta.

A tutela de evidência, embora se assemelhe muito ao mandado de segurança (*writ* constitucional), apenas poderá ser requerida em face de particular que resiste à aplicabilidade de direito evidente.

Nesse sentido, parece ser que, se o lesado possui um direito incontroverso, ou seja, líquido e certo, em face de ente de direito público, muito provavelmente, deverá se utilizar do Mandado de Segurança.

Diante de ato de autoridade coatora, como bem se sabe, o *mandamus* deve ser utilizado, por ser previsto na legislação tal possibilidade. Nesse primeiro momento, muito se aparenta que, se o direito for indiscutível, mas a parte adversa for particular, pessoa física ou ainda, pessoa jurídica de direito privado, o instituto a ser utilizado será o pleito da tutela de evidência.

O problema na concessão desse instituto (tutela de evidência), que aparenta ser de maior abrangência do que o da antecipação de tutela, é que se produza um processo sem contraditório e que o deferimento da tutela evidente gere, de pronto, o efeito da coisa julgada, já que o direito é evidente, incontroverso, cheio de provas irrefutáveis.

Destaque-se, então, a questão da possibilidade de se requerer a tutela evidente apenas contra particular. Não se sabe ainda, como se aplicará tal dispositivo, vez que existem as empresas públicas, com personalidade jurídica de direito privado, por exemplo, o que poderá causar polêmica quando da praticidade do instituto.

São problemas que a doutrina e a jurisprudência hão de abraçar, face às novas disposições; não obstante, uma coisa parece soar de forma positiva: é que não há mais

aquela distinção entre antecipação de tutela e tutela cautelar. O que há é a tutela de urgência, que pode ser cautelar ou satisfativa.

A fungibilidade, que se trata nessa obra, também restou mantida, o que seria um contra senso se assim não fosse, até porque toda a sua base de sustentação está expressa no novo texto de lei. A falta de especificação da medida de urgência pleiteada não será óbice para sua concessão.

Assim, caso o advogado erre na nomenclatura, ou seja, se pedir uma tutela de urgência satisfativa, quando o correto for uma cautelar, nada impede que o magistrado retifique o ato e entregue o direito ante o fato narrado, pois, segundo o art. 278, do anteprojeto: *“Art. 278. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”*

Ademais, como já foi visto, o princípio da instrumentalidade das formas serve de embasamento para essa prática e, além do mais, de acordo com o art. 284 do anteprojeto, o magistrado poderá conceder de ofício medidas urgentes, em casos ditos como excepcionais ou expressamente autorizados.

Ora, se o juiz pode conceder de ofício tais medidas, nada impede que, verificando que o direito está bem fundamentado, mas que houve equívoco quanto à nomenclatura da tutela pretendida, nada impede que seja aplicada a correta, o que parece ser que, em muito, irá se esvaziar o instituto da fungibilidade das tutelas de urgência.

O que se está querendo afirmar com isso é que não haverá mais um pedido de antecipação de tutela propriamente dito a ponto de gerar cizânia com um outro de medida cautelar. As tutelas de urgência terão natureza satisfativa ou acautelatória, de acordo com a nova lei.

Assim, acaso o patrono da parte incorra em erro de nomenclatura, o juiz poderá verificar se os requisitos estão devidamente postos, ou seja, plausibilidade do direito e a demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

A diferença entre tutela de urgência e de evidência parece encontrar seu aspecto limítrofe, justamente, na evidência, que dispensa a urgência. Nem sempre uma tutela evidente reclama por alguma urgência, e se o direito for líquido e certo e estiver sendo violado, a tutela poderá ser requerida e concedida.

Como exemplo, O Ministro Fux deixa claro como se aplica o instituto da tutela evidente, haja vista que tal direito deve ser amparado, em casos nos quais não se reclama urgência e sim, um direito nítido, líquido e certo, incontroverso, evidente:

“Observemos o caso prático que nos foi dado examinar. Um cidadão adquiriu imóvel mobiliado, por escritura pública, tendo pago o preço adiantado no ato da escritura, conforme lavrado pelo notário. Sessenta dias após aguardar a mobília em seu imóvel ingressou em juízo alegando que, por força do negócio pago adiantadamente, desfizera-se de todos os seus móveis de seu imóvel, por isso encontrava-se em dificuldades, sem dispor de uma residência mobiliada conforme o pactuado e quitado. O juízo cível deferiu uma liminar satisfativa, determinando a colocação de toda a mobília no prazo de cinco dias, impondo-se esclarecer que o comando restou cumprido (2000, p. 2).”

O decurso do tempo sem resposta ao direito evidente pretendido, ademais, representará uma lesão ao ofendido e, diga-se de passagem, possivelmente, irreparável (no caso de perecimento do objeto) ou de difícil reparação (no caso de deterioração da coisa).

De remate, o novo diploma põe assento na necessidade da impugnação da medida liminarmente concedida, para que o pedido principal seja apresentado num prazo de um mês, ou em outro prazo que o juiz fixar (se a tutela não fora pretendida incidentalmente, o que também é possível).

Considerando as breves exposições sobre as medidas urgenciais, bem como a ausência de normas específicas atinentes ao processo cautelar, entende-se que tal instrumento de jurisdição será efetivamente extinto, ou seja, os litigantes não precisarão mais distribuir um processo cautelar inominado para se buscar uma tutela de urgência, podendo esta ser requerida de forma preparatória ou incidental, sem a necessidade daquela nomenclatura formal e também, das regras atinentes ao seu procedimento

(processo cautelar), vez que todas as formas substituídas pelos comandos normativos previstos nas tutelas de urgência e de evidência, do anteprojeto, atual Título IX, da Parte Geral do novo Código de Processo Civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta dissertação procurou-se trabalhar a idéia de um tema atual e polêmico, como é o caso das disparidades que se constata quando se trata da aplicabilidade de medidas urgentes, como a tutela cautelar e a tutela antecipada, em detrimento da necessidade da satisfação iminente de um direito pretendido.

Quanto mais se discute temas polêmicos, mais se busca encontrar soluções pertinentes acerca das dúvidas que o estudo produz. Na presente pesquisa, restou demonstrado que a aplicação do princípio da fungibilidade gera, de fato, eficácia processual, quando do manejo equivocado do instituto das tutelas de urgência, que possui respaldo (a fungibilidade) no princípio da instrumentalidade das formas e que visa, sobretudo, dar celeridade à solução do litígio, sem qualquer prejuízo para as partes, do ponto de vista processual, caso o julgador observe, por óbvio, que a finalidade do ato praticado foi atingida.

Os mecanismos de urgência aqui trabalhados são constantemente confundidos pelos patronos da parte, quando de sua utilização, seja para preservação do direito pretendido, seja para se alcançar antecipadamente, o que se pretende ao final da ação, dado o caráter urgente do pleito.

O intuito do Autor da ação, ao se valer das chamadas tutelas de urgência, é o mesmo: alcançar o objeto da pretensão resistida, que está na iminência de se deteriorar ou mesmo perecer e que, por isso, o Judiciário deve intervir, fazendo surtir a máxima “dai-me os fatos que te darei o direito”, emprestando efetividade à lide, tornando possível o objetivo pretendido, com nítido caráter emergencial.

É que o juiz conhece a lei, como se espera que sim, e se os fatos foram devidamente narrados no processo e se demonstra a prova cabal do que restou argumentado, ainda que tenha sido pedido o remédio jurídico de forma sutilmente equivocada, deve o magistrado conceder o correto, em face de sua função social, que é

possibilitar o acesso à justiça, resolver a controvérsia, trazendo equilíbrio à divergência estabelecida.

A colocação errada da espécie processual, por parte de grande número de advogados e da onda divergente de julgados sobre o tema ocorre em virtude do erro do legislador, isso não há dúvida. Não são poucos os profissionais do direito que tratam os institutos de forma impertinente.

Se determinado instituto tiver sua definição disposta (ou não for feita a conceituação nos dispositivos de lei) de forma ampla no Código de ritos, sem uma especificação quanto ao seu objeto e requisitos, as interpretações serão várias e os erros serão inúmeros, gerando jurisprudências diversas e colocações de várias opiniões distintas de profissionais renomados nos manuais de direito, de forma a polemizar o assunto.

Essa impropriedade terminológica da lei e a jurisprudência diversa existente fazem surgir o erro de nomenclatura, que deve ser corrigido pelo magistrado e devidamente adequado à situação correta, fazendo prevalecer a instrumentalidade do processo.

A fungibilidade se aplica, portanto, para se corrigir uma falha na nomeação dada à medida de urgência, simplesmente por existir uma confusão nos conceitos, que foi gerada em virtude de falha legislativa, em face da imprecisão criada, por não ter havido o cuidado de se precisar os termos atinentes a cada espécie processual a ser utilizada no âmbito do processo.

Dá para se compreender, no manuseio dos diversos autores compulsados neste trabalho, que não há como o direito não se organizar e estruturar-se no sentido de que seja fortalecido o seu aparelhamento para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma mais eficiente, produzindo o melhor efeito a quem dela necessita.

A eficiência processual que se alcançou e que ainda se busca alcançar hoje, bem como o acesso á justiça, devem muito à influência dos princípios, no universo

jurídico processual, dotados de valoração e que auxiliam em muito o operador do direito na resolução das inúmeras contendas judiciais.

Os princípios possuem forte carga ideológica e preconizam o que é correto ou incorreto, justo ou injusto, em um determinado momento, em uma determinada sociedade e sua natureza valorativa faz com que as leis se originem a partir desses valores consagrados, em face da experiência prática das condutas dos indivíduos de um grupo, criadas por esses mesmos integrantes, por acreditarem ser tais comportamentos, os mais benéficos para a coletividade.

O princípio da instrumentalidade das formas existe no direito brasileiro, por se utilizarem, os magistrados, com eficiência, de condutas julgadoras mais flexíveis, ao longo dos tempos, rompendo barreiras formais desnecessárias e trazendo celeridade às demandas judiciais, evitando o engessamento do procedimento e o atraso na resolução dos conflitos trazidos ao Poder Judiciário.

O princípio da instrumentalidade das formas prescreve que um determinado ato, que deveria ser praticado em conformidade com a lei, mas não foi, não havendo prejuízo, mas atingindo a finalidade, deve ser aproveitado, como acontece com a fungibilidade das tutelas de urgência.

O princípio da fungibilidade possui embasamento no princípio da instrumentalidade das formas, visto que, a legislação prevê o fato típico de cada tutela de urgência, mas que, sendo utilizadas de maneira errada pelo advogado do autor da Demanda, o magistrado poderá “consertar” o erro da nomeação da tutela, dando condições ao prosseguimento do feito, se este erro não for considerado como grosseiro, absurdo, permitindo, portanto, que o processo atinja sua finalidade, que é a pacificação dos conflitos, através da satisfação da pretensão pleiteada e que, no caso, é urgente.

Assim, a aplicabilidade da fungibilidade das tutelas de urgência é fruto da utilidade da instrumentalidade das formas, que é resultado da utilização da informalidade cada vez mais presente na cadeia das sequencias formais do procedimento processual.

Muito se busca hodiernamente atingir o fim pretendido na lide através da quebra de paradigmas rígidos, excessos de formalismo, que só prejudicam a marcha procedimental do processo.

A aplicabilidade do princípio da fungibilidade, todavia, ainda constitui certa polêmica no direito processual civil brasileiro, mas não se pode negar sua inquestionável efetividade, que sua aplicabilidade proporciona ao caso concreto.

O desenvolvimento do processo deve se pautar em critérios mais flexíveis, menos apegados aos exageros formais, pois esses devem ser combatidos, em nome da instrumentalidade do processo, tornando o processo mais célere, pautado pela segurança jurídica, devendo ser evitado o prejuízo para os litigantes em juízo.

Por isso, pensou-se no princípio da fungibilidade como aquele vetor que possibilita destaque à pujança do processo, vez que se pode e deve-se admitir uma tutela de urgência apresentada, em lugar da outra, erroneamente distribuída, como forma de evitar atropelos no processo, fazendo com que se evite o perecimento da satisfação do direito emergencial solicitado, em homenagem, como se frisou bastante, neste trabalho, ao princípio da instrumentalidade das formas.

Os exemplos práticos (jurisprudências) sobre o assunto, demonstram a possibilidade da incidência do princípio no caso concreto, vez que, ao se destacar que os tribunais vêm adotando a técnica da fungibilidade, verifica-se que a teoria vem, de fato, sendo aplicada na prática, atingindo-se o fim pretendido.

Nesse sentido, as tutelas de urgência, mostram que, para que se possa emprestar efetividade ao feito, o processo tem que contemplar, dentre outros aspectos, o acesso à justiça do interesse da parte que se sente lesada, de modo que o caso (ou problema) possa ser submetido à análise do órgão jurisdicional, na expectativa de um resultado mais célere.

Obviamente que a dúvida objetiva deve estar presente, para que o princípio da fungibilidade deva ser utilizado. O instituto não deve ser desvirtuado, sob pena de,

supostamente, estar o magistrado, criando o direito, de forma deliberada, a ponto de desembocar em um eventual direito arbitrário, ou mesmo ativismo judicial.

Com o passar do tempo, a partir de novas construções jurisprudenciais sobre determinado assunto, pode ser que a dúvida objetiva deixe de existir, a partir do avanço da mentalidade jurídica, em virtude dos debates que foram gerados, a ponto de se afastar discussões sobre qual medida judicial será cabível em face da apresentação do caso concreto, o que termina por afastar a necessidade da aplicação do princípio da fungibilidade, por terem se esgotado as possibilidades de manejo de medidas processuais diversas.

O processo cautelar tem o objetivo de proteger aquele bem que esteja envolvido no processo, devendo a lei providenciar os meios mais eficazes possíveis, afastando o perigo que decorra do processo, forma de garantismo que as pessoas buscam até o final da prestação jurisdicional.

Ademais, não se pode esquecer que o direito acompanha as mudanças que se realizam no tempo e assim, há a possibilidade (que não é pequena) de o texto legal sofrer alterações, adaptando-se às novas interpretações jurisprudenciais, compreensão essa bastante lúcida e do interesse tanto dos operadores do Direito como daqueles que buscam a tutela jurisdicional.

Logo, a impropriedade terminológica da lei deixa de existir e, com isso, qualquer pretensão de utilização do princípio da fungibilidade passa a constituir erro grosseiro, caso use o advogado a espécie processual inadequada.

Não é demais lembrar que a razoabilidade processual deve ser posta em destaque, quando do exame dos requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada, ainda que tenha sido requerida medida cautelar, desde que sejam preenchidos os requisitos autorizadores do art. 273, do Código de Processo Civil.

A efetividade do processo deixa clara a aplicabilidade do acesso à justiça, vez que se evidencia o manejo, a utilização do instituto processual adequado a satisfazer a prestação jurisdicional pretendida.

O contraditório e a ampla defesa devem ser respeitados, de forma a assegurar a igualdade do tratamento das partes, bem como a segurança jurídica.

Negar o efeito da fungibilidade é homenagear, em contrapartida, a afronta ao atual direito posto, bem como ao princípio da celeridade e duração razoável do processo, o que não se pode conceber.

O tratamento que se deu acerca da fungibilidade das tutelas de urgência, foi no sentido de se procurar colocar como essas tutelas apareceram na nossa legislação por conta da delonga procedimental que se observa no direito processual civil, de modo a que a emergência suscitada pudesse ser alcançada, haja vista a necessidade temporal da pretensão desejada.

Não obstante, não é simples o exercício de realizar a distinção dos tipos processuais, quando da utilização das medidas urgentiais, quais sejam, a tutela antecipada e a medida cautelar.

Surge a dúvida objetiva, em face da terminologia legislativa, como também da própria interpretação da lei, decorrente mesmo do estudo da aplicação das tutelas de urgência. Nesse sentido é que os Tribunais utilizam o princípio da fungibilidade, para dar maior instrumentalidade ao processo, evitando-se o perecimento do direito.

A fungibilidade se aplica tanto no processo civil, como no processo trabalhista, como se viu nesse mesmo capítulo, pela proximidade de regramentos dos procedimentos processuais citados, o que denota, ainda mais, a efetividade aplicada em busca de soluções justas e rápidas.

Antes mesmo de se demonstrar a fungibilidade das tutelas de urgência no âmbito da justiça do trabalho, se colocou, em capítulo anterior, referente às tutelas de urgência, sobre a serventia de tais espécies no direito processual trabalhista.

Assim, restou detalhado que o advogado do reclamante pode se utilizar do instituto das tutelas de urgência, nas ações pertinentes à justiça do trabalho, para requerer a reintegração ao emprego, por ser estável, a busca e apreensão de coisas, a declaração da ilicitude de transferências de postos de trabalho, dentre outras medidas urgentes.

O pesquisador não buscou se aprofundar sobre o assunto, de modo que a fungibilidade das tutelas de urgência no direito processual do trabalho, abre um leque bastante amplo, digno de outra pesquisa científica, no entanto, acreditou ser pertinente para demonstrar o quão útil é o instituto da fungibilidade, por se aplicar em outra seara processual, que muito se assemelha à área processual civilista.

Com efeito, a fungibilidade no âmbito da justiça do trabalho se aplica até mesmo de forma mais pacífica, em face da alta carga de informalidade e celeridade presentes no processo trabalhista, no qual se busca o direito dos trabalhadores (mas sempre, é claro, a verdade real e a pacificação dos conflitos) e que o objeto pretendido geralmente culmina em verbas (pecúnia) de caráter alimentar.

Assim, não se pretendeu esgotar o tema da fungibilidade das tutelas de urgência, mas, apenas, realizar um pequeno quadro demonstrativo de que tal instituto também se aplica numa área que busca no processo civil, sua fonte de subsídio, naquilo não lhe for incompatível e que empresta efetividade ao processo trabalhista.

Convém ressaltar, por outro lado, que fora realizado um breve estudo sobre a fungibilidade de mão dupla, onde se procurou colocar, de forma substantiva que a lei não proíbe a aplicação da fungibilidade em sentido inverso.

E nesse sentido, explicou-se a origem do posicionamento dos que recusam a fungibilidade de mão-dupla, assentado que é em um brocardo latino (*ad maiori ad*

minu), que distorce por completo o instituto da celeridade, da efetividade, porquanto em assim fazendo, dá-se uma interpretação *contra legem*, que não contribui com o direito como aplicado nos dias atuais.

Uma vez posta a tutela antecipada como se tutela cautelar fosse, pode-se admitir a fungibilidade, que, já se observou, apresentados os requisitos da antecipação da tutela, pelo fato mesmo de esta última não poder ser admitida, considerando-se o *fumus boni iuris*.

Conforme o que foi pesquisado, entende-se, nesse sentido, que, se um juiz recebe um pedido de medida cautelar e constata que não passa de uma antecipação de tutela, pode perfeitamente examinar a matéria, para confirmar ou não se encontram os elementos que autorizam a tutela antecipada, determinando, por conhecimento do processo, se a parte agiu ou não com má-fé.

A fungibilidade de mão dupla deve ser aplicada também, como restou demonstrado, através de um estudo comparativo, seja ele jurisprudencial, seja doutrinário, como se realizou não só nesse capítulo, mas em todo este trabalho.

Tal estudo comparativo, de opiniões diversas tornou possível a conclusão do pesquisador, no sentido de que a fungibilidade deve ser aplicada (inclusive a fungibilidade de mão dupla), de modo a tornar forte o direito pretendido e amplamente comprovado nos autos, através da prova inequívoca ou mesmo da aparência do bom direito.

Diante de todas essas questões polêmicas ora suscitadas, o novo Código de Processo Civil, que está prestes a ser inserido no ordenamento jurídico brasileiro, aqui investigado por conta do objeto desta pesquisa.

As novas tutelas de urgência e da tutela de evidência, constituem fatos que, possivelmente, irão eliminar qualquer utilização de processos cautelares, até porque o novo diploma não se vale mais das normas do processo cautelar dispostas no Código de ritos atual.

No entanto, a incidência da fungibilidade, muito provavelmente, não será expurgada, haja vista que a confusão de conceitos e de manejo das medidas parece persistir, considerando que as novas definições, bem como os objetos das tutelas de urgência e de evidência não restam ainda muito claros, vez que, apenas com o tempo é que tais contornos serão melhor delineados, por serem institutos de alta complexidade.

Assim é que poderão ser utilizadas as tutelas de forma equivocada pelos patronos das partes, ou seja, uma tutela de urgência quando na verdade era de evidência ou vice-versa, o que, ressalte-se, não impedirá o julgador de aplicar o dispositivo correto ao caso concreto, a fim de se evitar o perecimento do direito pretendido.

No mesmo sentido, as tutelas de urgência do novo Código de Processo Civil, conforme o anteprojeto, poderão ser tanto cautelares quanto satisfativas e se houver a solicitação de uma tutela de caráter satisfativo quando na verdade deveria ser uma tutela de urgência cautelar, o juiz deverá determinar, pelo princípio da fungibilidade, caso os requisitos estejam preenchidos, o deferimento do pleito, enquanto remédio jurídico correto.

Certo mesmo é que o Poder Judiciário não pode mais, face às demandas sociais que pugnam pela celeridade e justiça, tutelar o direito através de ações formais, considerando que a sociedade pretende alcançar a pacificação dos conflitos de maneira mais rápida e, portanto, combatendo os efeitos procrastinatórios do embate judicial.

Não que o formalismo deva ser retirado do processo, vez que o aspecto formal é necessário e indispensável, mas não se deve, como se disse antes, preservar o rigor formal que trava o procedimento, de modo que se deve alcançar a efetividade processual, em virtude dos atuais valores presentes no nosso cotidiano.

Mas de nada adiantará a inclusão de novos institutos na legislação, se não houver a aplicação prática dos ideais evolucionários, pelos operadores do direito, que devem sempre buscar a solução rápida dos litígios e, ainda, a eliminação de qualquer comportamento abusivo à dignidade da justiça, de modo a se evitar que as demandas se

arrastem anos e anos, contribuindo para o inchaço das lides nas prateleiras dos cartórios judiciais.

Em face da consagração da aplicabilidade dos princípios esposados nesta pesquisa, entendeu-se que se permite ao Poder Judiciário proteger jurisdicionalmente os direitos dos cidadãos, que suplicam pela atuação eficaz do Estado democrático de direito, frente aos litígios, reconhecendo-se, portanto, o direito subjetivo da parte, preservando, inclusive, seu pleno exercício.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____; Pós-Modernidade, Crise do Estado social de direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. **Revista da Esmape**, Recife, v. 9., n. 19, p. 575-606, jan./jun. 2004.

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade ou Irresponsabilidade do Estado?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: livraria Do Advogado, 2007.

ARAÚJO JR., Gedial Claudino de. **Processo civil**. Processo de conhecimento. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2009 (Série leituras jurídicas: provas e concursos, v. 10).

BASTOS, Lucília Isabel Candini. **Princípio da fungibilidade recursal: Dúvida objetiva e tempestividade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 76, 01/05/2010 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7822. Acesso em 04/07/2010.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e Ideologia**. O Paradigma Racionalista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999.

_____. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1989.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Código de Processo Civil Reformado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Processo civil**. Processo cautelar. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2009 (Série leituras jurídicas: provas e concursos, v. 12).

CORREIA, Rosa Cícera. Hermenêutica constitucional e o princípio da proporcionalidade aplicados aos direitos fundamentais. **Revista da Esmape**, Recife, v. 8., n. 18, p. 547-565, jul./dez. 2003.

COSTA, Angélica de Souza Veríssimo da. Comentários aos princípios da fungibilidade e da efetividade com o acréscimo do § 7º ao artigo 273, do Código de Processo Civil. **Revista da Esmape**, Recife, v. 8., n. 18, p. 155-174, jul./dez. 2003.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. [s.n.], 2009? Disponível em: <www.professordelfino.adv.br>. Acesso em: 08 de jul. 2010.

DIDIER JR., FREDIE. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 6.ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7.ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

_____; JORGE, Flávio Cheim, RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FADEL, Sérgio Sahione. *Antecipação da Tutela no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Dialética, 1998.

FERRAZ, Leslie. A demora do judiciário e o custo Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 18, p. 1-5, jun./jul./ago. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LESLIE-FERRAZ.pdf>>.

FIGUEIRA JÚNIOR Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. Brasília, **BDJur** – STJ, 2000. Disponível em: <[HTTP://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/894](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/894)>. Acesso em: 09 set. 2010.

LEITE, Gisele. Processo de conhecimento, definições e reformas do CPC. [S.l.]: **Revista Jus Vigilantibus**, 19 jul. 2007, p. 1-7. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/26915/2>>. Acesso em: 15 out, 2010.

MARINHO, MAYRA. Existe possibilidade de hierarquização de princípios constitucionais? Uma análise doutrinária. **Revista da Esmape**, Recife, v. 9, n. 19, p. 403-435, jan./jun. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

_____. *A antecipação de tutela*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao processo do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º março de 2006**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; NELSON e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva. 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; CARVALHO, Ernani. **Judicialização da Política: um tema em aberto**. [S.l. : s.n.], 2005. Disponível em: <<http://politicahoje.com/ojs/include/getdoc.php?id=352&article=101...pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2009.

PALEGARI, Raquel Carolina. **Fungibilidade entre as tutelas de urgência: cautelar e antecipada (reflexão sobre o parágrafo 7º, do artigo 273, do Código de Processo Civil)**. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp044745.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2010.

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito fundamental à razoável duração do processo . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3348>>. Acesso em: 18 jul. 2010.

SANTOS, Carvalho Santos. **Código Civil interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S/A, 1958.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

SARAIVA, Renato. Curso de direito processual do trabalho. 5ª ed., São Paulo: Método, 2008.

SHIMURA, Sérgio. Arresto cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 63.

SILVA, Ovídio A. Baptista. Do Processo Cautelar. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p.109.

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

_____. **As liminares e a tutela de urgência**. Consulex, a. VI, n. 139, out. 2002.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Princípio da Fungibilidade**. Hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§7º do art. 273 do CPC). In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: **Revista de Processo**, a. 32, n. 144, p. 2-37, fev. 2007.

VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. **A fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência**. Disponível em: <<http://www.bing.com/search?q=Ver%C3%ADssimo+A+fungibilidade&form=DLCMHP&mkt=pt-br>>. Acesso em: 14 set. 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Manual de Direito Processual Civil**. v.2. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.20.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.