Da antecipação de tutela como mecanismo de garantia de efetividade do processo

**A fungibilidade no tocante à tutela antecipada e à tutela cautelar[[1]](#footnote-1)**

*Renata Nava de Arruda[[2]](#footnote-2)*

*Laís Raposo Borges Lopes*

*Christian Barros Pinto[[3]](#footnote-3)*

Sumário:Introdução; 1 Tutela antecipada e tutela cautelar: conceitos e diferenciações; 2 O uso inadequado das técnicas processuais / tutelas de urgência; 3 O princípio da fungibilidade; 4O princípio da fungibilidade como auxiliar da celeridade e da efetividade do processo; Conclusão; Referências.

**RESUMO**

O presente artigo trata sobre as tutelas de urgência: antecipada e cautelar. Faz-se uma diferenciação entre ambas, levando em consideração que são mecanismos semelhantes, porém, com pequenas particularidades. Por isso, muitas vezes o intérprete do direito acaba por se confundir, não utilizando de forma adequada cada uma das tutelas. Tendo isso em vista, explicitará como o juiz deverá agir em face de um pedido que é de natureza cautelar, mas o autor faz uso da tutela antecipada de forma equivocada. Portanto, será feita uma análise da fungibilidade entre essas tutelas e como isso pode ser utilizado para a celeridade e efetividade do processo.

**Palavras-chave:** Tutela antecipada. Tutela cautelar. Princípio da fungibilidade. Efetividade. Celeridade.

**INTRODUÇÃO**

A morosidade processual é um problema frequentemente abordado, pois atinge diretamente o acesso à justiça, ferindo, desta forma, direitos e garantias fundamentais. São inúmeros os motivos que desencadeiam essa dificuldade de obter resultados processuais efetivos, entretanto, o presente trabalho não irá tratar especificamente dos motivos que geram a morosidade dos processos, e sim de um princípio que colabora com a rapidez processual, ao solucionar casos em que há erro quanto ao pedido da tutela de urgência (antecipada ou cautelar).

Diante do exposto, o presente trabalho explicitará no primeiro tópico a diferença entre as referidas tutelas de urgência, que rotineiramente são confundidas e acabam por

atrasar os processos judiciais devido ao erro gerado no pedido do advogado que as confundiu.

O segundo tópico, intitulado “O requerimento equivocado das tutelas de urgência”, irá tratar do pedido a título de tutela antecipada, com requerimento de providência de natureza cautelar.

O item seguinte faz a abordagem sobre um princípio que foi inserido no sistema para colaborar com a morosidade processual que ocorre por causa dos erros ao se fazer os pedidos das tutelas antecipada ou cautelar. Trata-se do princípio da fungibilidade, previsto no § 7º ao art. 273 do Código de Processo Civil, onde poderá o magistrado deferir a medida cautelar em caráter incidental. Além do princípio da fungibilidade, outros princípios que decorrem necessariamente deste serão abordados, como exemplo, o princípio da celeridade processual e o acesso à justiça.

E por fim, o quarto item irá tratar sobre o aproveitamento processual por parte do juiz, quando ocorre erro de pedido, com a finalidade de por em prática os princípios abordados no tópico anterior. Tendo em vista o que foi exposto, apurar-se-á se a fungiblidade da tutela antecipada e cautelar geram efetividade nas decisões, isto é, se auxiliam no acesso à justiça e na celeridade do processo.

**1 TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR: CONCEITOS E DIFERENCIAÇÕES**

Sabe-se que todo processo, como o próprio nome sugere, segue um procedimento que demanda algum tempo, isto é, entre o ajuizamento da petição inicial e a sentença de mérito existe um longo caminho a ser percorrido que, muitas vezes, demora mais tempo que o esperado pelas partes envolvidas. Por isso, o legislador criou o mecanismo da tutela antecipada com a finalidade de conceder que a parte pudesse usufruir dos efeitos da sentença, desde que preenchidos os requisitos legais.

Logo, a antecipação da tutela é um mecanismo processual que tem como objetivo antecipar os efeitos da sentença que será proferida em momento posterior, ou seja, que levará um certo tempo e que, por isso, poderia prejudicar o direito da parte que solicitou a tutela antecipada.

É importante esclarecer que, quando se fala em antecipação dos efeitos da sentença, não se pode confundir com antecipação da sentença, pois, se assim fosse, o princípio do devido processo legal estaria sendo violado. Não se trata de sentença ser proferida antes do tempo e antes de todos os procedimentos que são característicos do processo, mas os efeitos da provável sentença são antecipados no tempo.

Já a tutela cautelar, também tutela de urgência que visa garantir a eficácia do processo principal, é muito parecida com a tutela antecipada e não raras vezes elas são confundidas, percebendo-se grande dificuldade em saber qual a mais adequada a ser utilizada em cada caso. Portanto, faz-se necessário apresentar os conceitos e diferenciações de ambas as tutelas.

De acordo com o artigo 273 do Código de Processo Civil,

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendido 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.

O *caput* do artigo trata da antecipação da tutela de forma total ou parcial, portanto, o pedido de tutela antecipada pode se referir ao pedido principal como um todo ou apenas com relação à determinada parte dele, podendo o autor pedir somente alguns efeitos de forma antecipada e outros no pedido principal.

O artigo supracitado menciona também que deve existir prova inequívoca, isto é, o dispositivo se refere à aparência de verdade que deve existir no pedido, tendo o autor que provar que se não for concedida a tutela antecipada haverá um prejuízo para o mesmo.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves,

A verossimilhança é a semelhança com a verdade, ou seja, um fato verossímel é aquele que dá ao interlocutor mais razões para acreditar ser verdadeiro que falso. Esse fenômeno está ligado exclusivamente a alegação, bastando para seu preenchimento a narrativa de fatos que pareçam verdade. Para alguns doutrinadores a mera verossimilhança confunde-se com o *fumus boni iuris*, requisito para a concessão da cautelar. Ao exigir para a concessão da tutela antecipada uma prova inequívoca da verossimilhança, o legislador criou requisito mais difícil de ser preenchido no caso concreto, não bastando que a alegação pareça verdade, devendo que tal aparência esteja ancorada em alguma prova.

Logo, não basta apenas que o fato pareça ser verdadeiro, pois exige-se uma prova que ateste aquilo que foi apresentado pela parte. Percebe-se que o legislador enumerou mais requisitos para a concessão da tutela antecipada do que para a tutela cautelar, tendo em vista que na tutela cautelar basta que o autor alegue algo que pareça ser verdade (fumaça do bom direito) e a prova do periculum in mora.

No que se refere aos incisos do artigo 273, o autor deve demonstrar que se não for concedido o pedido de forma antecipada, as consequências serão de difícil reparação, tendo em vista que os malefícios do tempo irão ocasionar uma decisão inútil e desnecessária, não condizente com a efetividade do processo.

Vale ressaltar o que está disposto no parágrafo 2º do mencionado artigo: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Ou seja, a tutela antecipada só poderá ser concedida se os efeitos práticos puderem ser reversíveis, isto é, puderem voltar ao *status quo ante*. Isso se deve ao fato de que esse provimento é provisório, portanto, deve poder ser alterado ou revogado em momento posterior. Sobre isso, Daniel Amorim Assumpção Neves:

Tomando-se por base a irreversibilidade fática, deve-se analisar a situação fática anterior à concessão da tutela antecipada e aquela que será criada quando a tutela for efetivada. Sendo possível após sua revogação o retorno à situação fática anterior à sua concessão, a tutela antecipada será reversível, não sendo aplicado o impedimento do art. 273, parágrafo 2º, do CPC. Caso contrário, haverá irreversibilidade, sendo, ao menos em tese, vedada pela lei a concessão da tutela antecipada. (2011, p. 1172)

Já a tutela cautelar, de acordo com Didier Jr., serve para assegurar a futura satisfação de um direito, isto é, protege determinado direito para que, no futuro, ele seja concretizado. Não se trata de tutela provisória porque, no futuro, não será trocada por outra decisão, mas é uma decisão definitiva, apenas seus efeitos que são temporários, tendo em vista que sua eficácia é limitada no tempo.

A tutela antecipada é uma forma de tutela provisória, pois, diferentemente da cautelar, a satisfação do direito é de imediato. Por ser provisória, é necessário que seja substituída por uma tutela definitiva, que servirá para confirmá-la ou não.

Essas tutelas servem para que o tempo não comprometa a efetividade da decisão definitiva, ou seja, são “mecanismos de preservação dos direitos contra os males do tempo” (DIDIER, p. 467, 2010).

Pressuposto básico para ambas as tutelas é a urgência, tendo em vista que elas servem para assegurar direitos que podem se perder com o passar do tempo, pois, como se sabe, as decisões judiciais demoram muito tempo para serem proferidas, e isso, muitas vezes, pode comprometer a efetividade dessa decisão.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni apud Freddie Didier Jr. (2010, p. 468-469), “o que atormenta o processualista contemporâneo, contudo, é a demora irrazoável, o abuso do tempo. Um processo demasiadamente lento coloca em risco a efetividade da tutela jurisdicional”.

A tutela cautelar e a antecipada são muito semelhantes, são tutelas de urgência e espécies do mesmo gênero. Porém, entre as diferenças, pode-se citar que a tutela antecipada deve ser exigida pelo autor da petição inicial, enquanto a tutela cautelar pode ser expedida de ofício pelo juiz, ou seja, pode ser concedida sem a provocação por parte do autor. (NEVES, 2011, p. [?])

Conclui-se que a grande diferença entre as duas tutelas se baseia no fato de que a tutela antecipada gera efeitos práticos imediatos, pois é como se tivesse antecipado a decisão definitiva, tendo em vista que os efeitos são usufruídos como tal. A tutela cautelar apenas assegura que futuramente o autor possa usufruir dos efeitos que lhe foram conferidos anteriormente por força da tutela de urgência, isto é, o direito já estava garantido, apenas os efeitos práticos foram suspensos por um tempo.

**2 O USO INADEQUADO DAS TECNICAS PROCESSUAIS**

A tutela antecipada foi inserida no ordenamento jurídico a fim de proporcionar a garantia de satisfação do direito material às partes em litígio e não apenas o resguardo para uma futura execução, como a medida cautelar.

Ambas as tutelas de urgência tem a finalidade de eliminar o risco de dano irreparável caso a pretensão objetivada pelo autor tenha longa demora para que seja cumprida por meio da resolução do mérito.

Devido o mesmo objetivo buscado por estas medidas, há uma enorme confusão no momento do pedido feito pelo autor do processo, acarretando em mais morosidade e, por conseguinte, não se obtém o resultado almejado, que é a eliminação do risco de dano irreparável pela delonga processual.

Por vezes, o autor do processo faz o pedido de uma tutela de urgência com natureza diversa ao pedido, isto é, ocorre um equívoco em relação ao pedido da tutela. O princípio da fungibilidade foi criado para atender a necessidade de dar continuidade ao processo, impedindo a morosidade, posto que seria feito o ajuizamento de um novo processo devido ao indeferimento do pedido da tutela pelo juiz.

Apesar de serem institutos diferentes, é possível a aplicação do princípio dafungibilidade. Isso significa que, caso o autor requeira a antecipação de tutela, mas o caso não atenda aos requisitos do artigo 273, e configure providência de natureza cautelar, o juiz poderá, em virtude dos princípios da instrumentalidade e economia processual, deferir a medida cautelar em caráter incidental, e vice e versa. (ALVES. 2009, p. 35).

A tutela cautelar é um instrumento que exige ser prestado por meio de um processo diferente ao que está em curso. A tutela antecipada, no entanto, pode ser requerida no mesmo processo da ação principal. À parte que faz pedido de medida cautelar sem ajuizar outra ação, caberia, se não fosse o princípio da fungibilidade, o indeferimento do pedido, posto a inadequação do instrumento utilizado.

A tutela antecipada é postulada no art. 273, do Código de Processo Civil, no qual estão inseridos os requisitos para a concessão da medida.

**3 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE**

De acordo com o parágrafo 7º do art. 273, que trata do princípio da fungibilidade, “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”.

O dispositivo legal, então, disciplina os casos em que o intérprete não utiliza de forma adequada os mecanismos de urgência. Quando o autor entra com pedido de tutela antecipada, mas, na verdade, o que se pretende é um pedido de natureza cautelar, o juiz pode conceder, mesmo no processo de conhecimento, a medida cautelar, desde que preenchidos os requisitos exigidos por lei.

 O legislador reconhece que as duas tutelas são bastante similares e que frequentemente ocorre confusão por parte do autor da demanda. Sendo assim, o principio da fungibilidade, como o próprio nome sugere, significa adotar uma coisa pela outra, ou seja, quando ocorre erro no pedido, o juiz pode tratar a antecipação da tutela como medida cautelar, se os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* estiverem presentes.

Fredie Didier Jr. afirma que não se trata exatamente de fungibilidade entre tutela antecipada e cautelar, tendo em vista que esse autor defende que a tutela cautelar é um “tipo de tutela” enquanto a tutela antecipada é uma “técnica de tutela”, ou seja, não possuem a mesma natureza, não são espécies do mesmo gênero. (2011, p. 477)

O que o parágrafo 7º do art. 273 autoriza é que, formulado um pedido de tutela antecipada satisfativa, possa ser concedido um pedido de tutela antecipada cautelar, tudo no processo de conhecimento. Ou seja, admite-se que a tutela cautelar seja concedida em processo não cautelar. Não há, pois, correção ou aproveitamento; não se pressupõe erro do demandante na escolha da via processual ou na formulação do pedido; não se pode, portanto, falar em fungibilidade. Trata-se de uma opção legislativa pela simplificação: a tutela antecipada no processo de conhecimento também pode servir como técnica de antecipação da tutela cautelar, além da tutela satisfativa. (2011, p. 478)

 Contudo, o mais importante não se refere à nomenclatura utilizada pela doutrina. O que se verifica é que o legislador optou por conceder este mecanismo tendo como razão a instrumentalidade das formas e o aproveitamento processual. O que se pretende é diminuir os males do tempo no que se refere à satisfação dos interesses pretendidos pelas partes.

O parágrafo 7º do art. 273 trata da fungibilidade entre tutela antecipada para tutela cautelar. A grande questão é saber se o contrário é verdade, ou seja, é possível que o autor entre com pedido de tutela cautelar, sendo que, na realidade, o pedido poderia ser de tutela antecipada? A doutrina diverge neste ponto.

 Para Daniel Amorim Assumpção Neves, o dispositivo em exame não deve ser interpretado de forma literal, sendo possível também o caminho inverso, isto é, a fungibilidade de tutela cautelar para tutela antecipada, conhecida na doutrina como fungibilidade de “mão dupla”. Como já foi apresentado acima, a cognição para concessão da tutela cautelar é mais branda do que a tutela antecipada, por isso, quem defende a fungibilidade de “mão-única” afirma que “quem pede mais pode receber menos, mas quem pede menos não pode receber mais”. Contudo, o referido autor sugere que o juiz irá conceder somente aquilo que foi pedido, desde que adequado aos requisitos ou da tutela antecipada ou da tutela cautelar.

 Porém, de acordo com Humberto Theodoro Jr. apud Fredie Didier Jr (2011, p. 483)

O que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmudar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.

Logo, para esse autor, é possível somente a fungibilidade de mão-única, tendo em vista que o dispositivo legal é claro, não restando dúvidas de que não é permitida a fungibilidade de tutela cautelar para antecipada.

Outros autores como Candido Rangel Dinamarco e Luiz Guilherme Marinoni defendem a fungibilidade de mão dupla, ou seja,

Para Didier Jr., é possível que haja a fungibilidade de tutela cautelar para antecipada desde que sejam feitas mudanças no procedimento.

**4 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE COMO AUXILIAR DA CELERIDADE E DA EFETIVIDADE DO PROCESSO**

O princípio da fungibilidade inova no tocante ao processo de conhecimento, pois permite o tratamento de duas medidas diferentes do mesmo modo. O §7° foi inserido ao art. 273, CPC para solucionar o problema da inadequação das técnicas processuais referentes às medidas de urgência.

A fungibilidade ao aliar-se a outros princípios como o da celeridade do processo ou o principio da instrumentalidade das formas, possui maiores chances de tornar os processos mais rápidos e efetivos.

O princípio da celeridade processual, postulado como garantia fundamental constitucional no art. 5º retrata no inciso LXXVIII que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Isto é, o processo é instrumento que viabiliza o exercício dos demais direitos e, portanto, os problemas da morosidade processual inviabilizam a satisfação destes.

O princípio da instrumentalidade das formas, por sua vez, refere-se aos vícios dos atos processuais. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco “A lei diz que certo ato deve ter determinada forma, pensando no objetivo daquele”.

Atualmente, o princípio da instrumentalidade das formas é o vetor mais importante a orientar o funcionamento de todo o sistema processual civil contemporâneo. O legislador brasileiro dotou o Código vigente de dois comandos de aplicação genérica, determinando que os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, atinjam sua finalidade essencial (CPC, art.154 e 244 apud Gustavo Melo)

A fungibilidade é um mecanismo utilizado pelo legislador para que a brevidade processual ocorra, pois permite ao juiz dar continuidade ao processo mesmo quando há erro quanto ao pedido da medida de urgência e, assim, não há a parada processual, que corroboraria para mais lentidão e ineficácia do objetivo almejado.

Com escopo de excluir dificuldades na prestação jurisdicional e acelerar os processos, a fungibilidade tem sido um importante mecanismo para se alcançar a efetividade destes, pois proporciona soluções com maior rapidez e racionalidade.

Tal princípio se relaciona com a efetividade do processo porque o objetivo principal do atual direito processual não se trata apenas do resultado jurídico das decisões, mas também dos efeitos práticos na vida das pessoas envolvidas. A formalidade deve ser colocada em segundo plano, tendo em vista que a finalidade do processo é garantir que a justiça seja feita nos casos concretos. Portanto, os atos processuais apresentados ao estado-juiz só devem se tornar nulos quando não conseguirem atingir sua finalidade.

A fungibilidade dos atos processuais visa resguardar os resultados práticos do processo, ainda que o meio utilizado não seja o mais adequado. Logo, nos casos em que o autor entra com pedido de tutela cautelar, mas o mais indicado seria uma tutela antecipada, o juiz aceita o pedido, para não invalidar tal ato, mesmo que aquele não fosse o mais correto naquele caso específico.

Caso contrário, o processo de conhecimento seria extinto e uma nova ação deveria ser ajuizada, acarretando no desgaste temporal da satisfação almejada.

**CONCLUSÃO**

A tutela antecipada foi inserida no ordenamento jurídico com a finalidade de abrandar os males do tempo, tendo em vista que o processo demora um tempo considerável. Sendo assim, o autor da demanda que necessita de uma prestação jurisdicional mais rápida utiliza esse mecanismo como forma de ter os efeitos da sentença de modo antecipado. Logo, não se trata da sentença ser proferida antes do devido processo legal, mas os efeitos provisórios de uma provável sentença são antecipados no tempo, desde que esses efeitos sejam reversíveis, pois, ao final do processo caberá ao juiz decidir sobre a modificação ou não dos efeitos da sentença antecipada.

 A tutela antecipada é um direito que cabe ao autor quando preenchidos os requisitos legais dispostos no artigo 273 do Código de Processo Civil, tendo como maior razão de ser o perigo de dano irreparável nos casos em que o interesse pretendido na demanda não for analisado mais rapidamente. Isto é, se o pedido não for apreciado em momento anterior à sentença definitiva, há grande perigo de ser proferida uma decisão inútil, comprometendo a efetividade do processo. Pois, como se sabe, o processo tem como finalidade a satisfação da pretensão de um direito e se esse direito for cerceado por causa da demora dos procedimentos, o acesso à justiça é violado.

 Outro mecanismo que foi analisado no artigo se trata da tutela cautelar, também tutela de urgência, espécie do mesmo gênero, porém com algumas particularidades. A tutela cautelar tem como objetivo salvaguardar um direito que será exercido em momento posterior, ou seja, é garantido ao autor que o seu direito não irá perecer. Percebe-se, como diferença entre a tutela antecipada, que os requisitos para concessão da cautelar são mais brandos, até porque os efeitos práticos são menos gravosos. Logo, para que seja concedida a tutela cautelar, faz-se necessário analisar o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo da demora), ou seja, o autor deve provar que sua intenção é fundada na verdade e que há o perigo de seu direito se perder em razão do tempo.

 Portanto, como foi explicitado, as duas tutelas de urgência são muito parecidas e, por isso, não raras vezes, o pedido é realizado de modo equivocado. Então, o legislador reconheceu a confusão feita pelos intérpretes e, com a finalidade de proporcionar uma maior celeridade processual, incluiu o parágrafo 7º ao artigo que disciplina a tutela antecipada. Com isso, quando ocorre erro no pedido, o juiz fica autorizado a adequar ao mecanismo que melhor serviria naquele caso.

Há, portanto, uma fungibilidade entre as tutelas de urgência, sendo que o referido parágrafo 7º autoriza a concessão de tutela cautelar quando, na verdade, o pedido foi feito com base em tutela antecipada. A doutrina diverge neste ponto, ao analisar se pode acontecer também a fungibilidade de “mão dupla”, ou seja, quando o autor entra com pedido de tutela cautelar, mas o mais adequado seria uma tutela antecipatória, pois preenche todos os requisitos exigidos por lei e sua concessão é a que mais assegura o direito pretendido.

Levando todos estes fatos em consideração, conclui-se que há uma preocupação por parte do legislador quando se fala em morosidade, tendo em vista que, atualmente, esse é um dos maiores males do direito processual, que, muitas vezes, prejudica o direito demandado pelas partes.

Conclui-se que a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada é uma forma de cooperar para a celeridade e efetividade processual, pois, com esse princípio, não é necessário

**REFERÊNCIAS**

ALVES, Rossana Denise Iuliano. **O princípio da fungibilidade na tutela antecipada e na tutela cautelar.** Jus Societas Ji-Paraná – RO – CEULJI/ULBRA, v. 3. p. 35-51 n.2 – 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito Processual Civil**. v 2. Saraiva, 2013.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. v. 1. Malheiros, 2012.

MARINONI, Luis Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2006.

1. Paper apresentado à disciplina Processo de Conhecimento I, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluna do 4º período, do Curso de Direito da UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. Professor Especialista, Orientador. [↑](#footnote-ref-3)