

# Cumulação de urgência. Inserção de pedido cautelar no processo de conhecimento com permissivo no artigo 273 do Código de Processo Civil.

**JOÃO JOSÉ CUSTÓDIO DA SILVEIRA**

Juiz de Direito em São Paulo

## **1 – O fator tempo e as técnicas processuais de superação**

Consabido que a efetividade do princípio constitucional do devido processo legal, notadamente em função dos ares de contraditório e ampla defesa, demanda procedimento de elastério temporal não diminuto como requisito para um pronunciamento de mérito que mais se aproxime do conceito jurídico de justiça.

A essa realidade se somam peculiaridades circunstanciais da máquina judiciária que contribuem para a morosidade na entrega da prestação jurisdicional, fomentando o dissabor do consumidor da Justiça diante da potencialidade de violações ao seu direito em função do fator tempo. Daí a busca incessante de técnicas considerando situações que, por sua natureza, repilam a maturação natural do processo.

Na primeira vertente dessas soluções, apresentou-se a tutela cautelar, desenvolvida pelo Direito Processual Moderno com espelho em alicerces do Direito Romano.<sup>(1)</sup> Da concepção inicial e pura do instituto, salta como perfil basilar a instrumentalidade, razão

<sup>(1)</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*, Rio de Janeiro: Forense, 1996; p. 02.

de ser do processo cautelar como meio de evitar, tanto quanto possível, alterações no equilíbrio das partes que possam advir da duração do processo em que se lapidará a resolução da lide.<sup>(2)</sup> O intento preventivo — ainda tido como regra — foi expressamente admitido na exposição de motivos da nossa codificação processual civil.<sup>(3)</sup>

Ocorre que o instrumento de valia singular disposto a remediar prejuízos por conta do fator temporal, ao arrepio da técnica processual, experimentou adaptação para obtenção de soluções definitivas, desprezando-se sua condição de veículo de meio.<sup>(4)</sup> Consagrou-se o temor de LIEBMAN<sup>(5)</sup> ao detectar a degeneração da tutela, que, preventiva e provisória, deveria ser transmutada para provimento antecipatório. Ainda na identificação do fenômeno pela doutrina alienígena, a consideração de que as partes “*procuram no procedimento da medida cautelar uma decisão rápida, já que, com razão, lhes cabe argüir que um processo ordinário demasiadamente moroso pode levar à periclitacão e, até mesmo, ao aniquilamento de sua posição jurídica*”.<sup>(6)</sup>

Latente se tornou a necessidade de revisão na estrutura da tutela emergencial para adequação ao clamor pela imediatidade na prestação jurisdicional.

## 1.1 – Vias diferenciadas de aceleração e antecipação de tutela

Atento às situações em que o tempo do processo representava contra-senso inaceitável diante da palmar demonstração do direito e potencialidade de sua danificação, o legislador pátrio concebeu técnicas de aceleração centradas em instância sumarizada de rito ou cognição. À guisa de exemplo, os provimentos liminares dispostos para ações de busca e apreensão formatadas para a alienação fiduciária (art. 3º, Decreto-Lei nº 911/69), ações possessórias (art. 928, CPC), embargos de terceiros (art. 1051, CPC) etc.<sup>(7)</sup>

Nessas hipóteses, o cuidado com a urgência parte do próprio sistema normativo, sem prejuízo das situações em que aquele é relegado à convicção magistrática, como nas ações cautelares em geral e no permissivo de antecipação de tutela, detectados os requisitos legais.<sup>(8)</sup>

Integrando a miríade de tutelas diferenciadas de cunho acelerador, a antecipação igualmente desfruta tradução como resultado da preocupação com o fator tempo no processo, espelhando formatação diferenciada hábil à sustentação do predicado constitucional de acesso à ordem jurídica justa.<sup>(9)</sup> Refletindo sob o ideal da efetividade do processo, a morosidade que possa redundar perecimento de direito cuja probabilidade de pertinência se apresente minimamente configurada representa, em última análise, negativa de prestação jurisdicional adequada.

Na realidade, pouco se cuidou de haurir significação sobre o conteúdo literal do artigo 273, do Código de Processo Civil, quando remete ao adiantamento parcial ou integral dos *efeitos* da tutela. Por certo, pressupôs o texto que a tutela seja o próprio

<sup>(2)</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, Napoli: Morano, 1958; p. 357.

<sup>(3)</sup> BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil* (Lei nº 5.869/73, tópico 11).

<sup>(4)</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994; p. 37.

<sup>(5)</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. *Per un Nuovo Codice di Procedura Civile, Riv. Dir. Proc.*, 1982; p. 28.

<sup>(6)</sup> BAUR, Fritz. *Estudos Sobre Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*, Porto Alegre: Fabris, 1985; p. 18.

<sup>(7)</sup> ARMELIN, Donaldo. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*, RP 65/45.

<sup>(8)</sup> SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000; p. 149.

<sup>(9)</sup> FRIEDE, Reis. *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar; à Luz da Denominada Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 1996; p. 28.

provimento a ser emitido pelo juiz. De todo modo, “beneficiar-se dos efeitos antecipados, como está na letra do art. 273, é precisamente beneficiar-se da tutela antecipada”.<sup>(10)</sup>

Dada a variável de pertinência do provimento antecipatório concebida pelo dispositivo sobredito, assinale-se terminologia distintiva entre antecipação assecuratória, com dicção de adiantamento prezando segurança, e antecipação punitiva, desde que caracterizado o abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu.<sup>(11)</sup> “A tutela antecipatória fundada em abuso de direito não visa apenas poupar o autor, mas também evitar que a administração da justiça seja atingida pelo ‘custo do processo abusivo’”.<sup>(12)</sup>

No entanto, as inovações trazidas pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, destaque ao artigo 273, do Código de Processo Civil, redundaram dificuldades de conceituação na doutrina e na jurisprudência, muita vez com resultados negativos. Contribuindo, é preciso admitir que a modificação na estrutura das tutelas de urgência não primou pela sistematização; mantida a extensa disciplina do processo cautelar e os pontuais mecanismos de aceleração, optou o legislador pela inserção de poucos dispositivos para a abordagem da antecipação de tutela.

## 2 – Tutela cautelar e tutela antecipada

Unanimidade apenas sobre compartilharem o nicho das tutelas de urgência, firmou-se posição dominante na doutrina<sup>(13)</sup> quanto à distinção entre os provimentos provisórios de índole antecipatória, calcados na satisfatividade, e os reais provimentos cautelares, levando em consideração o estudo dos sistemas jurídicos influenciados pelos Direitos Germânico e Medieval.<sup>(14)</sup> Igualmente, nos tribunais.<sup>(15)</sup>

Amiúde são evocadas as expressões cunhadas por PONTES DE MIRANDA objetivando simplificar o tema, colorindo a tutela cautelar como *segurança para a execução* e a antecipada como *execução para segurança*. Em linhas gerais, aceita-se que, enquanto a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, a realiza de imediato a tutela antecipada.<sup>(16)</sup>

Entrementes, crescente o questionamento sobre a real valia desta diferenciação. Conquanto vertentes de idêntico ramo (tutelas de urgência) e contando com abundantes pontos de contato (submissão a crivo sumário, provisoriedade e objetivo de garantir efetividade ao processo perante o fator tempo), tamanha a entrosagem entre as tutelas cautelar e antecipada que se legitimaria reputar meramente terminológica a distinção, sugerindo-se até mesmo a substituição da expressão *tutela cautelar* por *tutela de urgência*.<sup>(17)</sup>

<sup>(10)</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed. ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 1995; p. 140.

<sup>(11)</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 3ª ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 2000; p. 74.

<sup>(12)</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; p. 30. Versando antecipação punitiva, elucidativo julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deferindo liminar imissão de posse em ação reivindicatória considerando manifesto o propósito protelatório dos réus (AI nº 275.412-1/6, 2ª Câm., rel. des. CEZAR PELUSO; j. 26/12/95).

<sup>(13)</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2001; p. 116.

<sup>(14)</sup> SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*, Rio de Janeiro: Forense, 1996; pp. 10/15.

<sup>(15)</sup> STJ - REsp. nº 159.399/SP, 2ª T., rel. min. ELIANA CALMON, 1997, vu). Com rigor diferencial, confira-se da mesma Corte REsp. nº 282727/MS, 5ª T., rel. min. GILSON DIPP, 13/05/00; DJ 19/02/01, p. 234, vu.

<sup>(16)</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. II, 34ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000; p. 338. Cf. ainda MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; p. 141.

<sup>(17)</sup> ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Perfil dogmático da Tutela de Urgência*, inédito, apud José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, São Paulo: Malheiros, 1998; p. 310.

## 2.1 – Crise conceitual nas tutelas de urgência

Influenciada pela classificação dos provimentos cautelares proposta por Calamandrei, a saber, provimentos instrutórios antecipados, provimentos assecuratórios de execução forçada, antecipações de provimentos decisórios e cauções processuais,<sup>(18)</sup> mostrou-se pouco instigada a doutrina brasileira a imergir em diferenciações. Isso até a inserção da tutela antecipada no ordenamento.

A partir de então, constatou-se não só o avanço indiscriminado e incorreto de seu uso como o surgimento de dúvida conceitual no contrastar com a tutela cautelar. Resultado, sobreveio rigor na apuração de pertinência do interesse processual — variante adequação — quando instado o julgador a apreciar tutela de urgência, fato que, não raro, expôs a contradição havida pela negativa do provimento urgente, ainda que caracterizada a situação fática emergencial, em virtude do equivocado manejo procedimental.

Neste diapasão, a adição de um pedido cautelar — na visão do juiz — com roupagem de tutela antecipada redundava indeferimento da petição inicial, considerada inadmissível a cumulação de pedidos inerentes a procedimentos inconciliáveis, à luz do artigo 292, do Código de Processo Civil.<sup>(19)</sup> Do mesmo modo, requerer em sede cautelar providência tida como antecipatória dos efeitos da tutela.<sup>(20)</sup>

Perante este quadro, forçoso indagar se a prestação jurisdicional não estaria sendo comprometida com a insistência nesta diferenciação. Há tempos já se pontua essencial identificar o fenômeno apenas objetivando encontrar soluções homogêneas para ambas as categorias, dada a unidade de seu objetivo de combater o fator tempo na busca da efetividade da tutela final.<sup>(21)</sup>

## 3 – Otimização do artigo 273, do CPC

Sobredita nebulosidade no trato da tutela antecipada, muita vez injustificada e nociva ao consumidor da Justiça, contou com reparo pelo legislador. Atesta-o o § 7º do artigo 273, do Código de Processo Civil, inserido pela Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002.

A teor do dispositivo, “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”.

Uma primeira leitura da iniciativa legislativa, até para balizar compreensão de alicerce, demanda consulta às razões expostas pelos seus idealizadores.<sup>(22)</sup> Volvendo ao

<sup>(18)</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introduzione Allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*, Pádua: Cedam, 1936; nº 17, pp. 47/48, *apud*

Cândido Rangel Dinamarco, *O Regime Jurídico das Medidas Urgentes*, *Rev. Jur.* 286/06.

<sup>(19)</sup> “Apelação Cível - Inépcia da inicial - Incompatibilidade jurídica do pedido de tutela cautelar no curso do processo de conhecimento, ainda que feita a opção pelo rito ordinário - Recurso desprovido” (TJSC, AC nº 97.007933-8, 3ª Câm., rel. SILVEIRA LENZI, 11/11/97; vu).

<sup>(20)</sup> “Impossível a tutela nas cautelares, porque nelas não há julgamento de mérito” (TJSP, AC nº 9.048-1, 6ª Câm., eel. COSTA MANSO, 05/09/96, vu). Ainda: “Não é admissível, no âmbito do poder geral de cautela — CPC, art. 798 —, deferir medida cancelando, antecipadamente, o protesto já tirado, pois o processo cautelar visa a prevenir o dano, não cabendo a ele impedir a continuação ou o agravamento do dano. A hipótese é de antecipação da tutela — CPC, art. 273 —, a ser requerida na ação de cancelamento — art. 4º da Lei nº 6.690/79” (TJRS, AC nº 596.172.692, 5ª Câm., rel. ARAKEN DE ASSIS, 26/09/96; vu).

<sup>(21)</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001; 310.

<sup>(22)</sup> Proposta formulada por comissão de especialistas sob a coordenação dos ministros SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA e ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, este na qualidade de representante do Instituto Brasileiro de Direito Processual, sob a presidência da professora ADA PELLEGRINI GRINOVER.

Projeto de Lei nº 3.476, de 2000, “a redação proposta para o § 7º atende ao princípio da economia processual, com a adoção da ‘fungibilidade’ do procedimento, evitando à parte a necessidade de requerer, em novo processo, medida cautelar adequada ao caso”.<sup>(23)</sup>

A interpretação literal do texto não comporta elastério demasiado, senão orienta a enaltecimento do espírito da economia processual<sup>(24)</sup> como norteador da atividade jurisdicional, mormente em situações emergenciais onde a simplificação é fator de valia para o processo — em especial sob a ótica do resultado.

Mas não se pode deixar de considerar como principal reflexo da alteração o abrandamento nos efeitos da crise conceitual delatada. E, para intensificar a fruição desta benesse, deve-se amoldar a nova roupagem do dispositivo a uma visão instrumental do processo, de sorte que a esta linha esteja conectada sua aplicação, lembrando que “sem mentalidade instrumentalista nos juizes, advogados e promotores de justiça, não há reforma que seja capaz de ter alguma utilidade”.<sup>(25)</sup>

#### 4 – A fungibilidade e seus horizontes

Estabelecida a regra da fungibilidade, mister perscrutar se há e quais seriam os limites de sua aplicação.

Em primeiro, consigne-se não representar o § 7º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, exceção à congruência exigida entre a substância da pretensão e a resposta jurisdicional. Persiste o pedido subordinado aos requisitos legais e será apreciado dentro de seu cercado; entretanto, está apto expressamente o juiz — em verdade, sempre esteve (*da mihi factum dabo tibi jus*) — a conhecer do reclamo de urgência independentemente da categoria na qual alojado pelo autor, agora despreocupado com a questão de não serem fundíveis os procedimentos.

Formulado petitório ostentando requerimento de tutela antecipada com conotação verdadeiramente cautelar, incumbirá ao juiz, se o caso, deferir “a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”, como testifica o artigo de lei.

É inevitável o questionamento acerca da aceitação de um duplo sentido vetorial a partir do dispositivo, franqueando a concessão de tutela antecipada quando formulado pedido urgente sob as vestes de tutela cautelar. Positivamente, desponta anotação de que o novo texto tão-somente explicita possibilidade já integrante do sistema, porquanto livre o juiz a promover independente qualificação jurídica aos fatos narrados.<sup>(26)</sup>

É provável que o dilema venha a estar centrado no temor de adiantamento dos efeitos da tutela fora do processo de conhecimento. Porém não se pode deixar de considerar situações de urgência tal que a oportunação de emenda para adequação do procedimento — ou, pior, indeferimento liminar da petição inicial — poderia redundar em perecimento do direito.

<sup>(23)</sup> Texto do i. relator do projeto de autoria do Poder Executivo, na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, remetendo aos argumentos alinhavados para justificativa das alterações.

<sup>(24)</sup> Na sucinta definição do princípio com apoio da doutrina cubana, quadra a economia de esforços no empenho da atividade jurisdicional exigindo “máximo resultado em la actuación de la ley com el mínimo empleo posible de actividad procesal” (LONGORIA, Rafael Grilho. *Derecho Procesal Civil I*, primeira reimpressão, Ciudad de La Habana: Editorial Pueblo Y Educación, 1986; p. 85).

<sup>(25)</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998; p. 320.

<sup>(26)</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002; p. 92). Analisando antecipadamente a reforma, EDUARDO TALAMINI afirmou idêntico posicionamento considerando que “a fungibilidade também se põe no sentido inverso — pedido de tutela antecipada sob as vestes de medida cautelar”. (*Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002; p. 368).

Não se trata de desprezar a sistemática processual de rito, mormente por ser factível ao magistrado, reconhecendo excepcionalíssimo o caso, conceder a tutela antecipada pedida cautelarmente e, na seqüência, cuidar de adequar o procedimento. À guisa de exemplo, reflita-se sobre inadiável transfusão de sangue requestada daquela forma.

Celeuma outra está em se saber se há limites para a própria fungibilidade tal como tratada na modificação do artigo 273, do Código de Processo Civil.

Posicionamento restritivo na aplicação do instituto já principia por se espriar na doutrina, considerando adstrita a adoção da fungibilidade à caracterização de dúvida razoável quanto à natureza da tutela urgente requestada, pena de indeferimento da providência nitidamente cautelar pretendida em meio ao processo de conhecimento.

## 5 – Rumo à concentração das tutelas emergenciais

Sem embargo do entendimento restritivo, uma concepção diversa — e ampliativa — do mecanismo inserido no campo das tutelas de urgência representará avanço no ideal de simplificação e dinamização da prestação jurisdicional, sem qualquer comprometimento técnico.

Enfocando a codificação processual civil italiana em que não há disciplina específica de antecipação de tutela, nota-se, na sistematização dos procedimentos cautelares, (*Capo III*) dispositivo genérico, qual seja, artigo 700 (*Sezione V: dei provvedimenti d'urgenza*), destinado a situações de urgência não tratadas de forma individualizada. Tais casos encontrariam amparo no texto não só para provimentos conservativos, mas também antecipatórios, na conformidade de entendimento doutrinário que alargou sua incidência.<sup>(27)</sup> Daí o aceno de irrelevância para processualistas italianos sobre a distinção temática entre os provimentos urgentes.<sup>(28)</sup>

Volviendo ao § 7º do artigo 273, norma processual pátria, permite-se grifar, de início, que interpretação literal não autoriza ao julgador, presentes os pressupostos legais, indeferir medida cautelar tonificada pelo requerente como antecipação de tutela sob o fundamento de se mostrar inequívoco o caráter distinto das providências na espécie.

Além disso, conquanto tampouco a doutrina convirja para diferenciação incontroversa, relegar ao juiz essa tarefa significaria perenizar a crise conceitual destacada. Além disto, retrair-se-ia o intuito simplificador do legislador sem clara convicção de que ele assim o desejasse. Revisitando a exposição de motivos do projeto de alteração, frise-se a justificativa de evitar “à parte a necessidade de requerer, em novo processo, medida cautelar adequada ao caso”, tendo-se como anteparo o princípio da economia processual.

Noutro ponto, não se detecta prejuízo na adoção de uma interpretação mais ampla. Resultado diverso no seqüencial de atos processuais não se terá do obtido na

<sup>(27)</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il Procedimento Cautelare*, esp. n.º 1.3, pp. 163/164, *apud* Cândido Rangel Dinamarco, *Revista Jurídica* 286/09. Assim, a estrutura antecipatória “è vista oggi come una vera e propria necessità posta dalle esigenze evocate dalla tutela d'urgenza” (Tommaseo. *Provvedimenti D'urgenza*”, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, pp. 870 ss).

<sup>(28)</sup> “Attraverso la riforma del 1990, infatti, si è posto fine alla divaricazione tra misura cautelare e definizione in sede cognitoria della controversia, soprattutto con riguardo ai provvedimenti ex articolo 700 del Codice di rito civile. Tali provvedimenti, infatti, nel corso del tempo avevano assunto un carattere anticipatorio del merito, rendendo sempre più incisivo il prodursi dei loro effetti nel giudicato a definizione del processo cognitivo. Oggi, infatti, non è più necessario distinguere tra i provvedimenti cautelari ‘tipici’ (per i quali il giudice competente era quello competente a conoscere del merito della controversia) e ‘atipici’ (competenza pretorile) poiché la riforma ha unificato il criterio di individuazione della competenza individuandolo nel principio di correlazione tra giudice della cautela e giudice del merito” (TOGNI, Simone. *I Provvedimenti Cautelari nel Contesto della Difesa Dell’Ambiente*, Milano: Edizioni Ambiente Srl, 2001).

adoção da fungibilidade para as hipóteses em que possa haver dubiedade acerca da natureza da tutela de urgência, apenas estas admitidas pelo entendimento restritivo.

Posta a questão nesses lindes, desponta conata com o novo dispositivo interpretação mais ampla, podendo-se afirmar que “a fungibilidade entre as duas tutelas deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas urgentes”.<sup>(29)</sup>

## 5.1 – Cumulação de urgência

Aprofundando a análise da modificação no artigo 273, do Código de Processo Civil, pode-se inferir que a nova sistemática suporta leitura que extravasa o conceito de fungibilidade.

Se ao autor que requer providência de natureza acautelatória com indumentária de antecipação de tutela é dado ao juiz responder positivamente — quando presentes os requisitos legais —, agora autorizado expressamente pela regra da fungibilidade, da mesma maneira se lho legitima diante de cumulação deliberada de pedido cautelar e principal. Diga-se mais: “não há necessidade, como à primeira vista se poderia pensar a partir de uma leitura mais apressada, que a parte ‘qualifique’ o seu pedido de ‘pedido de tutela antecipada’, tendo, na verdade, formulado pedido de índole substancialmente cautelar. É que, ao que parece, se se pudesse pensar nalgum tipo de gradação entre pedidos de antecipação de tutela e pedidos cautelares, aqueles seriam mais e estes, menos”.<sup>(30)</sup>

É dizer, extrai-se do dispositivo em comento não só pertinência da concessão de medida cautelar tratada em duvidosa denominação de antecipação de tutela, como, igualmente, quando requestada sob seu próprio título. Não apenas sob enfoque literal mas também sistemático se pode combater a interpretação restritiva do instituto, pois, além da ausência de prejuízo, se estará imprimindo prestígio ainda maior aos ditames da economia processual objetivada pela reforma, bem assim rumando para o ideal de simplificação e unificação do instrumento processo.

Nem se argumente com a dificuldade procedimental, ressaltando, desde já, que, quando o § 7º do citado artigo refere *deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado*, não indica a formação de um “incidente” autônomo — raciocínio que contrariaria o próprio espírito da reforma —, já que optou pela terminologia “caráter incidental”. Quadra recordar vetusta a admissibilidade da concessão de medidas acautelatórias no bojo do processo de conhecimento à luz do poder geral de cautela, inclusive *ex officio*.<sup>(31)</sup> E, tão pretérito quanto, lembre-se o posicionamento de GALENO LACERDA admitindo conjugação de pedido cautelar com principal, ressalva feita às hipóteses que pudessem redundar tumulto processual.<sup>(32)</sup>

Já se deve ter como certo que a inserção da regra da fungibilidade transpôs a vedação até então aclamada para recusa ao atendimento de pretensão cautelar em

<sup>(29)</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002; p. 91.

<sup>(30)</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues e Teresa Arruda Alvim Wambier. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002; p. 59.

<sup>(31)</sup> Já se considerou, há tempos, que “a excepcional faculdade do exercício da função cautelar *ex officio* há de integrar, incidenter tantum, os próprios autos do processo de conhecimento ou de execução onde as medidas provisionais se tornarem necessárias” (SANCHES, Sydney. *Poder Geral de Cautela do Juiz no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978; p. 59).

<sup>(32)</sup> Ainda que o contrariando, cita-o HUMBERTO THEODORO JÚNIOR em seus *Comentários ao CPC*, série Forense (Cf. *Tutela Cautelar: Direito Processual Civil ao Vivo*, vol. 4, Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992; p. 66).

meio ao processo de conhecimento, quando se afirmava insuperável a exigência do artigo 292, § 1º, III, com a mera eleição do procedimento ordinário, entendimento, aliás, que já vinha sofrendo revezes na jurisprudência.<sup>(33)</sup> E se agora tal cumulação é legal no seio da fungibilidade, é de sê-lo quando deliberada.

Quanto à roupagem técnica na adição de pedido cautelar e principal, nada impediria enquadramento na categoria de cumulação simples, formulados que poderiam ser de forma autônoma. O mesmo talvez não valha para a conjugação de pedido antecipatório e principal,<sup>(34)</sup> indissociavelmente imbricados.<sup>(35)</sup> Nesta última hipótese, haveria mera cumulação em falsete gerada por partículas integrantes do petitório, em que, além do pedido fulcral, se deduz pretensão de adiantamento dos seus efeitos.

Destarte, retomando a visão conjuntural que se propõe às tutelas emergenciais, sugere-se classificação em categoria destacada das existentes. Verifica-se *cumulação de urgência* quando jungida ao pedido principal pretensão madrugadora, seja cautelar ou antecipatória.

## 6 – A nova tonalidade do processo cautelar

Ao revés do que possa parecer, não se pode antever obliterado o processo cautelar diante da nova sistemática nas tutelas urgentes, mormente porque a maioria dos procedimentos cautelares específicos não suportará manejo através de cumulação de urgência.

Ademais, nem sempre disporá a parte de todos os elementos e providencial documentação para disparar o processo de conhecimento quando envolvida em situação emergencial. Neste caso, alerta estará o processo cautelar para instrumentalizar a preservação do direito invocado até que o necessário seja amealhado para o ajuizamento da ação principal.

Viável concluir que a nova ordem das tutelas de urgência deve provocar tão-só um enxugamento salutar no processo cautelar, redirecionando-o às finalidades que justificaram sua criação. De qualquer forma, a oportunidade sugere simplificar conceitualmente as tutelas emergenciais de modo a otimizar sua aplicação em prol da economia processual e, notadamente, efetividade do processo.

<sup>(33)</sup> A propósito, feita a reserva de entendimento sobre a natureza antecipatória da sustação do protesto, decidiu-se não haver "contrariedade alguma com a regra jurídica do art. 292, § 2º, do Código de Processo Civil, a decisão cautelar de sustação de protesto de título em ação sob o rito ordinário na qual se pede a declaração de inexistência de obrigação cambial. Tal decisão insere-se no poder geral cautelar do juiz no abrigo do art. 798 do Código de Processo Civil" (STJ, REsp. nº 100511/RS, 3ª T., rel. min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 22/09/97; DJ 15/12/1997, p. 66.381, vu).

<sup>(34)</sup> Com apoio doutrinário, concebe ARAKEN DE ASSIS que aí não há qualquer cumulação, "mas adiantamento dos efeitos da(s) ação(ões) proposta(s)" (*Cumulação de Ações*, 3ª ed. atual., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998; p. 266).

<sup>(35)</sup> Ainda assim, ressalve-se entendimento sobre a pertinência de antecipação de tutela em procedimento autônomo (Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar*, cit., p. 305).