

AÇÃO DECLARATÓRIA - INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - TUTELA ANTECIPADA - MEDIDA CAUTELAR - SUSTAÇÃO DE PROTESTO - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - ART. 273, § 7º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

- A Lei 10.444/2002, que acrescentou o § 7º ao art. 273 do CPC, estabelece a fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada.

- Demonstrados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da medida cautelar, tendo, pois, o dever de concedê-la.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 484.359-6 - Comarca de Cataguases - Relator: Des. TARCÍSIO MARTINS COSTA

Acórdão _____

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 484.359-6, da Comarca de Cataguases, sendo agravante Iberpar Empreendimentos e Participações Ltda. e agravados (1ª) Ambiental Pesquisas e Projetos em Meio Ambiente S/C Ltda., (2º) Banco do Brasil S.A., acorda, em Turma, a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais DAR PROVIMENTO.

Presidiu o julgamento o Desembargador Osmando Almeida, e dele participaram os Desembargadores Tarcísio Martins Costa (Relator), Antônio de Pádua (1º Vogal) e Fernando Caldeira Brant (2º Vogal).

Belo Horizonte, 09 de agosto de 2005. -
Tarcísio Martins Costa - Relator.

Notas taquigráficas _____

O Sr. Des. *Tarcísio Martins Costa* - Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de f. 26, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Cataguases, que, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito movida por Iberpar Empreendimentos e

Participações Ltda. em face de Ambiental Pesquisas e Projetos em Meio Ambiente S/C Ltda. e Banco do Brasil S.A., indeferiu o pedido de tutela antecipada, visando o cancelamento do protesto de uma duplicata ou, alternativamente, a suspensão de seus efeitos.

Irresignada, pretende a agravante a reforma do r. *decisum*, sustentando, em suma, que restaram presentes os requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipatória.

Afirma que, além de o título ter sido emitido indevidamente, porquanto o contrato que esteou sua emissão foi rescindido, a notificação foi entregue em endereço diverso, prejudicando o ajuizamento, em tempo hábil, da competente medida cautelar de sustação de protesto.

Deferida a formação e o processamento do agravo, foi concedida a antecipação da tutela recursal vindicada para suspender os efeitos do protesto (f. 34).

Informações prestadas, restando mantida a r. decisão agravada (f. 42).

Ausente a contraminuta, porquanto ainda não angularizada a relação processual.

Conhece-se do recurso, presentes os requisitos que regem sua admissibilidade.

Advém dos autos que a agravante ajuizou ação de inexistência de débito com pedido de tutela antecipada, tendo o ilustrado Juiz monocrático indeferido liminarmente a pretensão.

Como sabido, a tutela antecipatória do art. 273 do CPC, deferida em ação de conhecimento, tem como característica a antecipação do resultado que somente seria alcançado com a decisão de mérito transitada em julgado.

A respeito, enfatiza Sérgio Bermudes:

Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no *caput* do artigo, nos seus dois incisos e no seu § 2º, o Juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos (*Reforma do Código de Processo Civil*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 28).

Entende-se, pois, que a tutela antecipatória é uma medida satisfativa no plano fático, haja vista que realiza o direito já no limiar da ação. Trata-se de provimento que visa realizar antecipadamente o direito afirmado pela parte autora, ou, simplesmente, antecipar parcialmente os efeitos da tutela final, em virtude do perigo decorrente na demora da prestação jurisdicional definitiva buscada.

Essa precisamente a lição de Carlos Alberto Carmona, em “A antecipação de Tutela no Direito Processual Civil Brasileiro” (Carta Jurídica - Direito Processual Civil - *Revista de Informação e Debates nº 01*, Instituto Brasileiro de Pesquisas Jurídicas, 1999, p. 79-89):

O dano que o primeiro inciso objetiva prevenir deve ser medido em relação a todos os efeitos que a sentença deve produzir (...)

Mas o fundado receio de dano não pode ficar limitado a situações extremas, eis que a demora do processo, diante da existência de direitos cuja demonstração é patente, não justifica a insuportável espera que o processo normalmente impõe. Por isso mesmo, diante do alto grau de probabilidade de um direito, o tempo acaba caracterizando, por si só, um dano de difícil reparação, de sorte a autorizar a antecipação da tutela...

In specie, em que pese a autora, aqui agravante, ter postulado a antecipação de tutela, na verdade, o que está a pretender é a concessão de medida cautelar, já que objetiva suspender os efeitos do protesto do título que aduz ter sido indevidamente apontado.

Com efeito, a Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, que acrescentou o § 7º ao art. 273, estabelece a fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada, ao estatuir, *verbis*:

§ 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.

Assim, demonstrados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da medida, pois tem o dever de concedê-la.

A respeito, enfatiza Nelson Neri Júnior:

Não há discricionariedade como alguns enganadamente têm apregoado ou entendido, pois discricionariedade implica possibilidade de livre escolha, com dose de subjetividade, entre dois ou mais caminhos, mencionados pela lei que confere o poder discricionário. A admissão da prova *leviores* (para a concessão das liminares), como diz Saraceno, “não constitui para o juiz um simples conselho, mas uma verdadeira e própria disposição com efeito vinculativo para o juiz, que é obrigado a acolher a demanda ainda se a prova fornecida não chegar a dar-lhe a certeza” (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 7. ed., São Paulo: RT, p. 150).

Por conseguinte, basta a presença dos dois pressupostos acima mencionados, para a concessão da tutela cautelar almejada.

Segundo o magistério do aclamado Humberto Theodoro Júnior:

I - Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável;

II - A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni juris* (*Curso de Direito Processual Civil*, 33. ed., Rio de Janeiro, 2002, p. 343).

Assevera, ainda, o acatado processualista que “não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão-somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo principal” (*op. cit.*, p. 345).

Vicente Greco Filho, a sua vez, no que diz respeito ao *fumus boni juris*, leciona:

O *fumus boni juris* não é um prognóstico de resultado favorável no processo principal, nem uma antecipação do julgamento, mas simplesmente um juízo de plausibilidade, perspectiva essa que basta para justificar o asseguramento do direito (*Direito Processual Civil Brasileiro*, 13. ed., São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 76).

No caso em exame, entendo que o sinal do bom direito se faz presente, podendo, sobretudo, ser vislumbrado até mesmo na possibilidade de discutir as razões da agravante em Juízo, o que lhe é assegurado constitucionalmente, podendo ao final da demanda concluir-se até mesmo pela procedência do pedido de inexistência do débito.

Quanto ao *periculum in mora*, tenho que está também caracterizado, uma vez que a não-suspensão dos efeitos do protesto resulta em corte imediato do crédito bancário e em repercussão negativa no conceito da recorrente, notadamente, por se tratar de uma empresa, sendo certo que a existência de títulos protestados em seu nome poderá até mesmo inviabilizar o desenvolvimento de seus negócios.

Assim, estando a relação negocial estabelecida entre as partes em discussão e convencido da evidência dos requisitos exigidos para a concessão da tutela cautelar (CPC, art. 273, § 7º), entendo que deve sofrer reparo a r. decisão fustigada.

Nesse sentido, a jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada, hoje incorporado a esta eg. Corte de Justiça:

Agravo de instrumento. Medida cautelar de sustação de protesto. Tutela antecipada. Deferimento. Presença dos pressupostos à sua concessão. Estando o débito em discussão em processo judicial, necessária a suspensão dos efeitos do protesto em caráter liminar, uma vez que presentes os requisitos ensejadores à sua concessão” (4ª Câ. Cível, Agravo de Instrumento nº 426.929-8, Rel. Juiz Antônio Sérvulo, j. em 10.12.03).

Agravo de instrumento. Ação declaratória. Tutela. Antecipação. Protesto. Efeitos. Suspensão. Requisitos. Presença. Possibilidade. Recurso provido. Concede-se a antecipação da tutela para sustação dos efeitos do protesto, enquanto se discutem questões relativas ao negócio originário, desde que presentes os requisitos processuais e os elementos fáticos (8ª Câ. Cível, Agravo de Instrumento nº 425.783-8, Rel. Juiz José Amâncio, j. em 18.12.03).

Com tais considerações, dá-se provimento ao agravo, para desvalidar a r. decisão hostilizada, deferindo a liminar de sustação de protesto ou, caso já efetivado, a suspensão de seus efeitos.

Custas recursais, ao final.

O Sr. Des. Antônio de Pádua - De acordo.

O Sr. Des. Fernando Caldeira Brant - Muito embora esteja acompanhando o eminente Desembargador Relator, gostaria, de minha parte, de ressaltar e ressalvar o meu entendimento que, a bem da verdade, o § 7º do art. 273 estabelece a nítida distinção dos dois institutos da antecipação da tutela e da tutela cautelar. Assim o fazendo, parte da premissa

que os requisitos para cada uma delas são totalmente diversos. Há que se entender que, criando a possibilidade para que o juiz atenda a uma ou outra das tutelas, presentes os requisitos de uma ou de outra, embora o autor tenha eventualmente descrito pretensão diversa, o legislador apenas permite a aplicação, por assim dizer, analógica do princípio da fungibilidade recursal como exceção de todo o sistema que o Código de Processo Civil adota com relação ao pedido.

É de se observar, nessa linha de raciocínio, que o juiz fica adstrito ao pedido e a seus fundamentos, nos precisos termos dos arts. 128 e 460 do CPC.

De boa técnica, esclareça-se, pois, grande parte de escritos doutrinários vem interpretando o referido parágrafo como ter colo-

cado em “tabula rasa” os dois institutos, o que de todo não corresponde à realidade.

A meu sentir, o que estabelece o § 7º é tão-só a possibilidade de o juiz acolher um pedido por outro, ou seja, permite a aplicação por analogia do princípio da fungibilidade, mas com expressa distinção dos dois institutos, que não foram unificados e possuem requisitos distintos.

Apenas faço essa ressalva em virtude do aspecto de que a doutrina vem, ou pelo menos parte dela, entendendo da fungibilidade entre as tutelas, o que é coisa adversa à possibilidade de o juiz atender um pedido por outro, não sendo alternativos.

Com essas considerações, estou, também, dando provimento ao agravo de instrumento.

-:-:-