

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Adriléia Pierezan

TUTELAS DE URGÊNCIA: CAUTELAR E ANTECIPATÓRIA  
FRENTE AO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECÍPROCA

Passo Fundo  
2012

Adriléia Pierezan

TUTELAS DE URGÊNCIA: CAUTELAR E ANTECIPATÓRIA  
FRENTE AO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECÍPROCA

Trabalho de Curso III apresentado ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Roberto Carlos Gradin.

Passo Fundo  
2012

## DEDICATÓRIA

Ao meu companheiro Fabiano, pelo amor, pela dedicação e paciência no decorrer dos anos que passamos juntos, em especial nesses anos que cursei a graduação.

À minha filha Valentina, anjo na minha vida, que me dá força e motivo para as batalhas diárias, bem como, esperança para, em um futuro, próximo, concretizar meus demais sonhos.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus, pela força e tranquilidade concedidas nos momentos mais difíceis.

Aos meus pais, Dalgite e Argemiro, por todo amor e dedicação, exemplos de vida e de luta.

Aos meus irmãos Adair, Altair e Maristela pela amizade e carinho.

Ao meu orientador, professor Gradin, pela disponibilidade e competência.

Aos demais professores que passaram pela minha vida no transcorrer desses anos de graduação e contribuíram com parcela do conhecimento adquirido. Em especial, aos que me proporcionaram a oportunidade de conhecimento prático nos projetos de extensão.

Aos meus colegas, em especial aos que diariamente me incentivaram a persistir e enfrentar as dificuldades que surgiam.

Enfim, a todos que, de alguma maneira, contribuíram para a realização do presente trabalho de conclusão, bem como, para a concretização do sonho de cursar a faculdade de Direito, postergado por alguns anos.

## EPÍGRAFE

Justiça complicada é injustiça manifesta. É, na melhor hipótese, Justiça tardia. Na pior, injustiça duplicada pelo efeito do tempo. Complicar é verbo que deve ser odiado pelo Judiciário.

*Rui Barbosa*

## RESUMO

A presente pesquisa objetiva tratar sobre a possibilidade de aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência cautelar e antecipatória. Trata-se de situação positivada no § 7º, do artigo 273 do Código de Processo Civil, cujo texto, desde sua inclusão, enseja constantes divergências. Busca-se através da pesquisa demonstrar a relevância da aplicação do princípio da fungibilidade, como instrumento para o efetivo e célere acesso à tutela jurisdicional. Pretende-se com a análise verificar e demonstrar a coexistência da fungibilidade entre ambas as espécies de tutelas, bem como, a viabilidade desta em ambos os sentidos, após a inserção do dispositivo legal supracitado no Código de Processo Civil brasileiro. Para tanto, será traçado um esboço histórico das referidas tutelas até o atual estágio, passando-se pelos princípios pertinentes, pelas diferenciações, conceituações, características e requisitos aplicáveis a cada uma. Por fim, será apresentado posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes a respeito do tema. O método de abordagem utilizado para a consecução dos objetivos propostos foi o hipotético-dedutivo, porquanto partimos de uma proposição geral, para uma proposição específica. Como técnica de pesquisa, adotou-se, preponderantemente, a bibliográfica, com enfoque na análise de livros, revistas, artigos e meios eletrônicos, especificamente com relação a documentos jurisprudenciais. À luz de toda pesquisa, vê-se que ainda há divergência, tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca da extensão da fungibilidade, consubstanciada nas denominadas correntes de mão única e de mão dupla, as quais estão condicionadas à razoabilidade, isto é, ao equilíbrio entre os princípios constitucionais atinentes, o que consiste na melhor forma de propiciar o efetivo acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Antecipação de tutela. Fungibilidade de tutelas. Princípio da fungibilidade. Tutela cautelar. Tutela de urgência.

## LISTA DE ABREVIATURAS

Art.: Artigo

Arts.: Artigos

CPC: Código de Processo Civil

Des.: Desembargador

Ed.: Edição

CF: Constituição Federal

N.: Número

Nº.: Número

P.: Página

RS: Rio Grande do Sul

SC: Santa Catarina

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SP: São Paulo

TJ: Tribunal de Justiça

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 TUTELAS DE URGÊNCIA</b> .....	12
1.1 Acompanhamento histórico das medidas de urgência.....	12
1.2 Princípios que interagem com as tutelas de urgência.....	22
1.2.1 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.....	26
1.2.2 Princípio do acesso à justiça .....	29
1.2.3 Princípio da efetividade processual.....	31
1.2.4 Princípio da economia processual.....	33
1.2.5 Princípio da celeridade processual.....	34
1.2.6 Princípio da fungibilidade.....	36
1.2.7 Princípio da instrumentalidade das formas .....	38
1.3 Tutelas de urgência no ordenamento jurídico brasileiro.....	39
<b>2 TUTELAS DE URGÊNCIA CAUTELAR E ANTECIPATÓRIA</b> .....	47
2.1 Diferenças e semelhanças entre as tutelas de urgência cautelar e antecipatória .....	47
2.2 Da tutela cautelar.....	50
2.2.1 Características essenciais da tutela cautelar.....	52
2.2.1.1 Instrumentalidade.....	53
2.2.1.2 Urgência.....	54
2.2.1.3 Provisoriedade .....	54
2.2.1.4 Revogabilidade e modificabilidade.....	56
2.2.1.5 Sumariedade .....	57
2.2.2 Requisitos para a concessão da tutela cautelar.....	57
2.2.2.1 Do fumus boni iuris .....	58
2.2.2.2 Do periculum in mora .....	60
2.3 Da tutela antecipada .....	61
2.3.1 Características da tutela antecipada .....	64
2.3.1.1 (Ir)Reversibilidade do provimento.....	64
2.3.1.2 Revogação e modificação .....	66
2.3.2 Requisitos da tutela antecipada.....	68
2.3.2.1 Requisitos obrigatórios para a concessão da tutela antecipada.....	70
2.3.2.1.1 Requerimento da parte .....	70
2.3.2.1.2 Prova inequívoca.....	72
2.3.2.1.3 Verossimilhança da alegação .....	74
2.3.2.2 Requisitos alternativos para a concessão da tutela antecipada .....	76
2.3.2.2.1 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação .....	76
2.3.2.2.2 Abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu.....	77
2.3.3 Tutela antecipada no pedido incontroverso (§ 6º do art. 273) .....	80
<b>3 A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA</b> .....	84
3.1 Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da fungibilidade.....	88
3.1.1 Posicionamentos doutrinários acerca fungibilidade nas tutelas de urgência.....	88
3.1.1.1 Corrente doutrinária favorável à fungibilidade de mão única.....	89
3.1.1.2 Corrente doutrinária favorável à fungibilidade de mão dupla .....	94
3.1.2 Posicionamentos jurisprudenciais acerca da fungibilidade nas tutelas de urgência.....	106
3.1.2.1 Corrente jurisprudencial favorável à fungibilidade de mão única .....	106
3.1.2.2 Corrente jurisprudencial favorável à fungibilidade de mão dupla.....	111
<b>CONCLUSÃO</b> .....	118
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	122

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva desenvolver breves reflexões sobre o alcance do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência. Percebe-se em muitas situações sociais, não ser possível esperar que ocorra o desdobramento de um procedimento legalmente previsto a fim de que se possa obter a efetiva tutela jurisdicional. São necessárias medidas aptas a tutelar as situações que apresentem risco de perecimento de bens jurídicos relevantes, para que o jurisdicionado não fique sem a integral proteção estatal. Tais medidas estão compreendidas dentro do instituto das tutelas de urgência. O citado instituto tem como objetivo principal proporcionar a efetividade processual e, com isso, gerar a flexibilização do processo civil, permitindo a célere proteção do direito violado ou ameaçado.

Na sociedade contemporânea, as mudanças ocorrem de forma bastante acelerada e, via de regra, com alcance significativo, o que faz com que o Direito, como instrumento regulador das condutas humanas, necessite constantemente se adaptar às alterações e necessidades sociais, isso em função do grande número de conflitos existente. Em decorrência disso, surgiram instrumentos que propiciaram maior efetividade e celeridade processual a tutela jurisdicional. Dentre esses instrumentos encontram-se os que se pretende tratar no presente estudo, a saber: tutelas de urgência gênero da qual a cautelar e antecipatória são espécies. As referidas tutelas encontram-se positivadas no Código de Processo Civil brasileiro em locais distintos, ou seja, antecipação de tutela encontra-se positivada no Livro I, mais especificamente no artigo 273 e, a tutelar cautelar está distribuída em todo o Livro III do mesmo diploma.

Com inserção do parágrafo 7º ao artigo 273, com a lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, criou-se a possibilidade da fungibilidade entre as tutelas, que gerou e continua gerando divergências tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais. Nota-se que as principais indagações a respeito referem-se à possibilidade da fungibilidade de mão dupla nas tutelas de urgência. Isso em função de não ter restado expresso no dispositivo tal possibilidade, dando-se margem a diferentes interpretações. Ou seja, a questão a ser desvendada consiste em avaliar se é cabível, à luz do princípio da fungibilidade, nas tutelas de urgência (cautelar e antecipada), instaurar-se a fungibilidade recíproca. Em caso afirmativo, há que se averiguar se trata-se de instrumento hábil, célere e econômico na busca e na efetivação da tutela jurisdicional.

Para tentar compreender e analisar a questão acima suscitada será imprescindível averiguar a doutrina nacional, mais especificamente o posicionamento dos principais doutrinadores, bem como da jurisprudência nos principais julgados atinentes à matéria nos tribunais brasileiros. Necessário se faz, desde logo, alertar que neste campo de atuação predominam duas correntes distintas, as quais serão denominadas de corrente favorável à fungibilidade de mão única e corrente favorável a fungibilidade de mão dupla entre as tutelas de urgência. Desataca-se que a primeira corrente não aceita a fungibilidade em duplo sentido em razão de não estar expressamente prescrita no ordenamento.

Percebe-se que a análise do referido instituto é de suma importância, visto a finalidade das medidas, qual seja antecipar/antecipatória e garantir/cautelatória ao litigante na demanda o provimento, enquanto não estiver resolvida a lide, igualando, dessa forma, as partes na relação jurídica processual. Assim, diante da nova sistemática introduzida pelos estudiosos ao processo civil, nota-se uma grande preocupação por parte da doutrina e jurisprudência com relação à efetivação do direito material, qual é apontado como sendo o principal objetivo, proporcionar ao jurisdicionado uma adequada e efetiva tutela. Para se alcançar, tal finalidade, necessário se faz abdicar o formalismo exacerbado.

Adverte-se que o estudo particularizado sobre a possibilidade da fungibilidade recíproca entre medida de urgência oferecerá uma noção mais apropriada sobre sua real importância como instrumento de celeridade, ponderação e razoabilidade no acatamento do pedido, evitando que uma medida com denominação errônea se torne óbice quando no pedido estiverem presentes os pressupostos que deveriam estar na que a forma correta exige.

Ressalta-se que a pesquisa não tem por escopo sanar todas as questões pertinentes à complexidade que a matéria exige, o que, acredita-se, nem seria possível. O que se busca é tão somente sanar deficiências pontuais, porém, importantes no mundo jurídico. Para isso, será analisada de forma criteriosa a doutrina específica, os artigos relacionados, bem como a jurisprudência existente para se tentar contextualizar o tema proposto no presente trabalho e, após, defender-se uma corrente tida como mais adequada. O estudo que se pretende será relevante para a comunidade científica, mas principalmente para o mundo acadêmico (discentes e docentes), porquanto contribuirá para o conhecimento jurídico.

Nesse contexto, o instituto das tutelas de urgência será analisado sob o enfoque de alguns princípios, em especial o da fungibilidade, aplicado aos recursos cíveis. Lembra-se que a autorização da aplicação da fungibilidade às tutelas em análise encontra-se descrita no § 7º, do art. 273 do CPC. Logo, compreender a razão de ser do citado parágrafo, bem como o seu

alcance e implicações, requer que tenhamos, antes, algumas considerações acerca dos institutos cuja fungibilidade se pretende discutir (tutela cautelar e tutela antecipatória), para só então alcançarmos os resultados pretendidos. Nos termos em que restou positivada a fungibilidade suscita controvérsias, qual exige uma compreensão ampliada do universo jurídico, mais especificamente, do universo do direito processual civil como um sistema, onde todos os elementos guardam certa relação de interdependência.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, que parte de noções gerais para as particularidades, buscando-se transmutar enunciados complexos, universais, em especiais. No caso específico, o estudo se pautará na análise geral das tutelas dentre a vasta doutrina, revistas, artigos científicos e jurisprudências existentes, para, ao final, na concretização da pesquisa, se estabelecer filiação a uma das correntes expostas. O procedimento utilizado será basicamente o método bibliográfico, no qual são analisadas obras doutrinárias, revistas, artigos e jurisprudências relacionadas ao tema abordado. Por fim, porém, não com menos importância, serão agregados alguns julgados dos tribunais brasileiros, os quais serão analisados e acrescidos para corroborar com a presente pesquisa.

Nesse contexto, abordar-se-á, no primeiro capítulo, a evolução histórica das referidas tutelas de urgência (cautelar e antecipatória), desde os respectivos surgimentos até o atual estágio, as quais se encontram positivadas no Código de Processo Civil (lei nº. 5869 de 11 de janeiro de 1973). No tópico, tratar-se-á, ainda, sobre os principais princípios constitucionais e infraconstitucionais que interagem e fundamentam as medidas ora analisadas. Não obstante, no mesmo capítulo, proceder-se-á à abertura do tema, qual seja, as tutelas de urgências no ordenamento jurídico, bem como um apanhado geral a respeito dessas.

No segundo capítulo, serão abordadas as tutelas de urgência em espécies, quais sejam, a tutela cautelar e a antecipatória. Assim, num primeiro momento, serão traçadas as principais diferenças e semelhanças entre as tutelas em exame e no momento posterior será trabalhada cada uma das espécies, conceituando-as e avaliando suas principais características, bem como os requisitos essenciais exigidos para que ocorra a possibilidade da concessão da fungibilidade de único sentido, além de ponderar acerca da possibilidade da presença da fungibilidade de duplo sentido.

No terceiro e último capítulo, será apreciada a utilização do princípio da fungibilidade nas tutelas de urgências, sobretudo frente às alterações processuais introduzidas com a lei nº 10.444/02, a qual, dentre outras modificações, incluiu o parágrafo 7º ao artigo 273 do Código

de Processo Civil. Tal lei possibilitou expressamente no processo civil brasileiro a fungibilidade entre as tutelas de urgência, no intuito de abrandar o excesso de formalismo, prestando eficácia aos princípios da economia, da celeridade e da efetividade processual. Será analisada, ainda, a fungibilidade pela ótica da doutrina nacional, bem como pela jurisprudência em julgados de alguns tribunais de justiça estaduais e do Superior Tribunal de Justiça. Por derradeiro, vislumbraremos a viabilidade de aplicação do princípio da fungibilidade no âmbito das tutelas de urgência, como um instrumento a proporcionar às partes envolvidas no processo um resultado útil e eficaz, de suas pretensões, não permitindo que meros erros de nomenclatura acarretem um dano, que, por vezes, pode ser irreversível.

# 1 TUTELAS DE URGÊNCIA

Tutelas de urgência são meios utilizados durante a marcha processual, em determinadas situações em que impera a urgência. Utilizadas como forma de proteger a parte autora de situações que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação. Têm por finalidade antecipar/antecipatória ou resguardar/acautelatória bens da vida, amparado pela norma de direito material que não possa esperar o findar da lenta e prolongada marcha processual, sem prejuízo a parte postulante.

Nesse contexto, o operador jurídico da atualidade deve dar ênfase à garantia da duração razoável do processo e no emprego de técnicas de aceleração da prestação jurisdicional com devido respeito ao processo legal e justo. Destaca-se que processo atual, deve ser visto como um processo de resultados, consagrando a ampla efetividade, porquanto a técnica processual não é um fim em si mesmo.<sup>1</sup>

## 1.1 Acompanhamento histórico das medidas de urgência.

As atuais medidas de urgência tiveram início na Roma Antiga, no período arcaico<sup>2</sup>, em partes, da tutela interdital que na época consistia em ordem emitida pelo *praetor*<sup>3</sup> romano, impondo certo comportamento a uma pessoa, a pedido de outra, com nítido aspecto mandamental, ou ainda, promovendo atos executórios. Essa tutela interdital romana se assemelhava com a técnica da antecipação de tutela, posto que o pretor, naquele período remoto antecipava a execução ou o mandamento no próprio processo cognitivo,

<sup>1</sup> BASTOS, Cristiano de Melo; MEDEIROS, Reinaldo Maria de. **Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade como garantia da instrumentalidade e efetividade processual**. Porto Alegre: Síntese, nº 62, nov-dez/2009. p. 116-117.

<sup>2</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 33-53. Tradicionalmente a divisão aceita da história do direito romano abrange o direito arcaico desde a fundação presumida da cidade em 753 a.C. até cerca do segundo século a.C., ou seja, a adoção do processo formular e a atividade dos pretores. Após surge o período Clássico, abrangendo a República tardia e indo até o Principado. Por fim, o período Tardio ou também denominado por muitos doutrinadores de Pós-clássico. Não obstante tal classificação há, ainda, a divisão pelo perfil dominante no processo civil. Assim, ao período arcaico corresponde o processo segundo as *legis actiones* (ações da lei); ao período clássico corresponde o *per formulas* (processo formular), introduzido em meados do século II a.C. pela *Lex Aebutia* (149-126 a.C.) e confirmado pela *Lex Iulia* (17 a.C.), perdurando até o Principado; e, finalmente, o período tardio que é denominado pela *cognitio extra ordinem*, iniciado ao lado do processo formular sem, porém, substituí-lo completamente no início.

<sup>3</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. *Praetor* era na época uma espécie de magistrado estatal. Tal pretor não executava ele mesmo, ou ainda, não ordenava seus auxiliares para que cumprisse a ordem, apenas autoriza o requerente a tornar-se senhor (*duci jubere*) da pessoa do devedor, da criança, do escravo, a se pôr na posse de seus bens.

independentemente de processo autônomo, mediante uma ordem liminar com cognição sumária das afirmações do autor.<sup>4</sup>

A figura interdital não se confundia com o exercício da jurisdição, visto que consistia num nítido exercício de *imperium*<sup>5</sup>, era oferecida pelo magistrado estatal (*praetor*), dotada de caráter público, sendo que se reconhecia a este agente a autoridade de emitir ordens, que eram conferidas independentemente de prévia declaração formal da existência do direito.<sup>6</sup>

Nesse contexto Arenhart explica:

[...] a atuação jurisdicional romana envolvia, normalmente, duas pessoas distintas, o pretor (agente público) e o *iudex* (particular que julgava o conflito, proferindo uma *sententia*). Esse procedimento bifásico representa o caminho normal das pretensões (*actiones*), por meio do qual se veiculava a grande maioria das tutelas. Esses processos, porque continham julgamento por um particular (*iudex*), não tinham na decisão que geravam força suficiente para impor-se sobre as partes assemelhando-se mais a uma forma de arbitragem. Eventualmente, porém, as circunstâncias ditavam a necessidade de recorrer-se a atos de *imperium*, com suficiente força coercitiva para impor-se sobre as partes. Para estes casos autorizava o processo civil romano algumas medidas (*interdictum*), endereçadas diretamente ao pretor, que impunha certa ordem às partes.<sup>7</sup>

A atuação jurisdicional, na Roma Antiga, envolvia quase sempre duas pessoas distintas, o pretor (magistrado estatal) e o *iudex* (particular), que julgava o conflito e proferia a sentença. Era por meio desse procedimento bifásico que se traçava a trajetória das pretensões que vinculava grande parte das tutelas. Essa decisão proferida pelo *iudex* assemelhava-se mais a uma forma de arbitragem. Eventualmente as circunstâncias determinavam a necessidade de recorrer-se a atos de *imperium*, que possuía força coercitiva suficiente para impor sobre as parte uma decisão. Para estes casos autorizava o processo civil romano, algumas medidas, chamadas de *interdictum*, quais eram diretamente endereçadas ao pretor, que impunha ordem às partes em conflito.

<sup>4</sup> CRUZ, André Luiz Vinhas da. **Evolução histórica das tutelas de urgência**: breves notas de Roma à Idade Média. Revista da ESMESE, 2006, n. 9. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2011.

<sup>5</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história. Lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 45. Observa-se que os pretores participavam do poder geral de *imperium* (mando) de uma forma particular, pois, detinham os poderes considerados civis de disciplina e *iurisdictio* que na época era o poder de dizer o direito. Desse modo, não se assimilavam com os poderes judiciais da atualidade, posto que mais se pareciam com os poderes dos policiais: de segurança e de manutenção da ordem.

<sup>6</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 68.

<sup>7</sup> **Ibidem**, p. 194-195.

## Para Mesquita o termo

[...] *interdictum* significa *inter duos dicere*, tange à ordem do magistrado emanada entre as partes, requerida por um particular, mais especificamente, uma ordem do pretor *in iure* a pedido de um cidadão destinado a outro particular que defendia, indiretamente, a parte autora, constituindo-se em meio de coação indireta.<sup>8</sup>

Há que se destacar, no que tange aos interditos, que à semelhança do que ocorria com as *actiones*, eram formas de tutelas dos interesses perante o direito romano. Porém, diferiam dessas na medida em que os interditos não passam pelo exame de um juiz (*iudex*), pois, eram analisado e decidido diretamente pelo pretor. Ainda, enquanto as *actiones* tinham de se findar em algum direito reconhecido, os interditos eram utilizados precisamente quando não havia no direito objetivo romano, previsão de tutela para a pretensão do demandante.<sup>9</sup>

A sistemática jurídica mais importante da época era a *actio* e o *interdictum*. Na *actio* havia uma manifestação de vontades das partes, que juntamente com a participação ativa do juiz servia de fundamento para a eficácia da sentença. No *interdictum*, por sua vez, existia junto com a participação do magistrado um comando para decidir a controvérsia. Ainda, a *actio* possuía rito ordinário, bifásico, com prolação de uma sentença definitiva. O *interdictum* traduzia-se em um procedimento sumário célere, realizado somente *in iure*, firmando sua decisão provisoriamente sobre um juízo de verossimilhança e probabilidade das alegações do autor.<sup>10</sup>

O interdito ou *interdictas* é de origem incerta, porém, situa-se entre a data da instituição do pretor urbano até o final do século III a.C. Instituto criado para proteger o possuidor que, despido do domínio, não tinha meios de assegurar sua posse pacífica.<sup>11</sup>

A grande utilidade dos interditos estava na rapidez com que eram concedidos, visto que não ingressavam no exame do mérito da pretensão exercida. Limitavam a fixar, genericamente, que determinada conduta, se praticada, seria ilegal e sujeitaria o agente do fato à determinada sanção, posteriormente arbitrada pelo juiz (*iudex*). Ligava-se, ainda, aos

<sup>8</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 52). p. 187.

<sup>9</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 69.

<sup>10</sup> CORSI, Heitor Cavagnoli. A origem da tutela antecipada e o seu tratamento e o seu tratamento nos países estrangeiros. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 mai. 2012.

<sup>11</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **Loc. cit.** p. 187.

interditos a figura da *sponsio*<sup>12</sup>, espécie de multa fixada para impedir a violação da ordem pretoriana. Não obstante, a aplicação da multa poderia, ainda, sobrevir ao descumprimento do interdito à emanção de nova ordem, para a restituição da coisa tomada ilegalmente (interdito secundário), passível de realização mediante força.<sup>13</sup>

Tem-se como primeiro marco histórico do direito romano a Lei das XII Tábuas<sup>14</sup>, vista pelos próprios romanos como o fundamento da vida jurídica. Tal lei continha quase que exclusivamente normas de direito privado. Iniciava com a regulação do procedimento civil e privado e da execução forçada; abordava, também, o direito privado material de família e sucessório; tratava dos delitos privados, tais como os danos às pessoas, o furto, os danos às coisas e a relação jurídica sobre bens imóveis, ou seja, o direito de vizinhança e as ações de propriedade.<sup>15</sup>

Nesse contexto, Bedaque refere que a

[...] idéia de tutela cautelar como providência destinada a conferir efetividade à outra tela jurisdicional é relativamente recente. No direito romano antigo, mais precisamente na Lei das XII Tábuas, encontram-se modalidades de tutelas autônomas que se assemelham à cautelar: o *addictus* e o *nexus*. Em função do primeiro, o devedor era mantido em cárcere, pelo credor por sessenta dias, como verdadeira garantia do crédito. Conservava seu estado e readquiria a liberdade uma vez pago o débito. O inadimplemento transformava a medida cautelar em executiva, podendo o devedor ser vendido além do Tibre e reduzido à escravidão.<sup>16</sup>

Nota-se que a concepção de tutela cautelar rondou o direito romano antigo, mais especificamente a Lei das XII Tábuas. Nesse período, encontravam-se modalidades de tutelas que se assemelhavam à cautelar, a saber: o *addictus*<sup>17</sup> e *nexus*<sup>18</sup>. Pelo primeiro o devedor era

<sup>12</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 2. ed. São Paulo. Editora Max Limonad, 2002. Tanto a *sponsio* quanto a *stipulatio* eram obrigações verbais, entendidas como a palavra que criava vínculos, assim como nas obrigações reais que com a entrega da coisa gerava vínculo.

<sup>13</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 196-197.

<sup>14</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Op. cit.** p. 45. A lei das XII Tábuas surge no período republicano, por volta de 450 a.C.; é fruto das lutas políticas internas, resulta de uma conquista dos plebeus. Tal lei pretendia reduzir a escrito as disposições e mandamentos que antes eram guardados pelos patrícios e interpretados apenas pelos pontífices. A referida lei foi perdida no incêndio durante a invasão gaulesa de 390 a.C. Dela resulta apenas menção que os juristas fizeram. Foi uma espécie de coletânea e não um código, ou seja, colocou por escrito várias disposições sem fazer a sistematização por princípios.

<sup>15</sup> PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

<sup>16</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 30.

<sup>17</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v.52). p. 192. O *Addictus* era uma condição a que ficava submetido o devedor durante sessenta dias, encarcerado por determinação do magistrado. Após saldar a dívida era libertado. Em caso de não pagamento, a medida cautelar se convertia em executiva e, com isso, o credor poderia vender o devedor fora da cidade, como escravo, ou, ainda, matá-lo se assim desejasse.

mantido em cárcere pelo credor por um determinado tempo, como garantia do crédito. Somente após o pagamento do débito, o devedor readquiriria a liberdade, em caso de não pagamento, o mesmo poderia ser vendido e reduzido à escravidão. O *nexus* ocorria, quando o devedor se submetia espontaneamente ao *credo*, sendo liberado após saldar a dívida com o esforço de seu trabalho<sup>19</sup>.

No período clássico da *legis actiones* existiam medidas com aparência de cautelares, cuja natureza processual se revelava no momento da atuação, tendo em vista a origem contratual. Assim, na *legis actio sacramenti*<sup>20</sup> são indicadas algumas figuras com características cautelares, como o *vas*, que garantia o comparecimento do réu, e os *praedes sacramenti*, que asseguravam o cumprimento da aposta, dentre outros. Em qualquer dessas circunstâncias, quando o devedor não cumpria com a obrigação principal, a execução se voltava em face do *praes*, que assumia a figura do garante. Ou seja, esse garantia a dívida na ausência do devedor principal.<sup>21</sup>

A tutela cautelar, jurisdicional ou convencional, foi mantida pelo pretor romano, seja no processo *per legis actiones*, seja no período formular, mediante providências como o sequestro, nunciação de obra nova, interditos proibitórios, *cautiones*, *missiones in possessionem*, que se caracterizavam como tutelas possessórias mediante o *pactum*.<sup>22</sup>

Constata-se, neste período, a utilização da tutela cautelar jurisdicional ou convencional, tanto no processo, quanto em providências como: o sequestro, a nunciação de obra nova, os *interditos proibitórios*, as *cautiones*<sup>23</sup> e as *missiones in possessionem*<sup>24</sup>, os quais se caracterizavam como tutelas possessórias mediante *pactum* (acordo). Algumas dessas

<sup>18</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 2. ed. São Paulo. Editora Max Limonad, 2002. p. 45. O *nexus* era uma espécie de formalidade, no qual se estabelecia a relação de dívida. Ocorria da seguinte forma: o devedor vendia-se ao credor pronunciando certas palavras.

<sup>19</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 52). p. 192.

<sup>20</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **O direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 295. *Legis actio sacramentum* era uma espécie de ação geral utilizada sempre que a lei não recomendava outro tipo especial de ação. Era processo de direito comum, sendo, em princípio o único modo de propor a ação. Poderia ser intentada contra pessoa – *sacramentum in persona* – ou contra coisa – *sacramentum in rem*.

<sup>21</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 30.

<sup>22</sup> **Ibidem**. p. 31.

<sup>23</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **Op. cit.** p. 192-193. *Cautiones* era na época considerada espécie de garantia, imposta pelo pretor, com a finalidade de assegurar o adimplemento da dívida. Como exemplo cita-se a “[...] *caution damni infecti*, por meio da qual, o réu se comprometia a ressarcir danos produzidos na propriedade do autor decorrentes de eventual desabamento de prédio seu periclitante”.

<sup>24</sup> **Ibidem**. p. 193. *Mission in possessionem* era considerada como medida de natureza preventiva, preparatória ou coercitiva, designada por uma resolução do pretor, atendendo requerimento do interessado, contra o qual o réu só poderia opor-se se pagasse o valor correspondente àquela caução. A coisa ficava entregue a um litigante ou curador, sem posse jurídica, porém, com o poder de custódia.

providências continuam em vigor no ordenamento jurídico nacional de forma aperfeiçoada, isso em função da importância que possuem.

Com o surgimento do direito canônico desvirtua-se a concepção clássica romana e passa-se, então, a usar o mecanismo sumário dos interditos em questões possessórias. Os interditos passam a se denominar de *inhibitines* em inúmeras regiões européias (da Espanha à Alemanha), enquanto que a ordem judicial liminar para a tutela do interesse reclamado era chamada de *mandantum*<sup>25</sup>. Nesse período se apresentaram as primeiras noções a respeito de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, os quais se constituem atualmente, como requisitos indispensáveis para a concessão da tutela de urgência cautelar.<sup>26</sup>

Havia, ainda, naquele período, a dificuldade de se traçar uma linha de separação entre a autonomia privada e o poder de império do pretor, o qual impunha às partes uma *stipulatio*<sup>27</sup> cercada por garantias para assegurar o adimplemento da obrigação. Acerca do direito intermédio, a expressão *cautio* não mais representava uma espécie de cautela genérica, mas sim medidas específicas, como: a fiança, a constituição de penhor, o depósito, o sequestro, a imissão do credor na posse de uma coisa do devedor ou terceiro e a *Arrestverfügung*<sup>28, 29</sup>.

Quanto à classificação, Mesquita refere que:

Classificavam-se as estipulações em pretorianas, judiciais e comuns; as primeiras tinham natureza cautelar, fundadas no *imperium*, para tutelar determinado interesse, para prevenção de dano irreparável a um dos litigantes. As judiciais visavam assegurar o resultado da sentença ou outra ordem judicial e as comuns que englobavam os pressupostos das duas outras. [...].<sup>30</sup>

Diante da classificação, percebe-se que as pretorianas resultavam do mero ofício do pretor, eram de natureza cautelar, se fundavam no *imperium* e tinham como função tutelar

<sup>25</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **O direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 197. *Mandatum*: espécie de contrato consensual, pelo qual, uma pessoa chamada de mandante, encarrega outra pessoa chamada de mandatário (procurador), a fazer alguma coisa, gratuitamente, em seu interesse.

<sup>26</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 28-29.

<sup>27</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 45. *Stipulatio* é tipo de obrigação verbal, do direito romano em que a palavra criava o vínculo. Assim, pronunciadas as formulas, feitos os gestos, cumprido o rito, surgia a obrigação. Observa-se, que uma obrigação verbal no direito romano não é aquela que se expressa por palavras a vontade de contratar.

<sup>28</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 194. “Instituto cautelar tipicamente germânico, o *Arrestverfügung* era modalidade de seqüestro de pessoa com natureza conservativa e não judiciária, como em geral entre os romanos. Forma de tutela de crédito e não de juízo, violenta, típica autotutela a penhora arbitrária, depois chamada *arrest* e *arrêt*. Na alta idade média, assume forma pactual, em que o devedor se obriga a prestar serviços de vassalagem até o pagamento da dívida, em caso de inadimplência.”

<sup>29</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Op. cit.** p. 31.

<sup>30</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 193.

interesses para prevenção de dano irreparável a um dos litigantes. As judiciais decorriam do mero ofício do juiz e visavam assegurar o resultado da sentença ou da ordem judicial. Por fim, a comum era um misto das duas, ou seja, mesclava os pressupostos das pretorianas e das judiciais.

Na Idade Média, ressalta-se o crescimento mercantil, qual impulsionou de maneira significativa a execução provisória, bem como as diversas formas de se prevenir dos empecilhos causados pelo prolongamento dos efeitos. Foi, também, nesse período, que ocorreu a criação dos títulos executivos, como instrumentos seguros, eficazes e adequados aos novos valores culturais e voltados à realização da justiça.<sup>31</sup>

Examinando-se a legislação processual de alguns países europeus, que, antes do Brasil, admitiram, genericamente, decisões judiciais provisórias, cautelares ou tutelares antecipatórias da tutela, encontram-se medidas similares àquelas previstas no ordenamento nacional.<sup>32</sup>

Alguns países europeus foram pioneiros em admitir em seus ordenamentos, de forma genérica, decisões judiciais, cautelares ou antecipatórias semelhantes às introduzidas posteriormente na legislação nacional. No Brasil, as medidas de urgência fizeram parte do Código de Processo Civil (CPC) de 1939. Eram, naquele ordenamento, chamadas de medidas preventivas e se localizavam no Livro V, que englobava os denominados processos acessórios. Além disso, eram consideradas como procedimentos especiais a serem utilizados quando seus requisitos fossem preenchidos. Previa, ainda, aquele ordenamento, o poder geral de cautela concedido ao juiz para que diante do caso concreto, posto em julgamento, determinasse as medidas acautelatórias necessárias, com a finalidade de garantir a sua total proteção, independentemente de estarem ou não tipificadas na legislação.<sup>33</sup>

No Código de Processo Civil de 1973 o assunto foi tratado com certo rigor técnico. Assim, a tutela cautelar foi elaborada e o tema lançado à categoria autônoma de processo, restando tipificado no Livro III ao lado do processo de conhecimento e de execução, alterando a regulação prevista pelo código antecessor. Desse modo, reconheceu-se que o processo

<sup>31</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 194.

<sup>32</sup> FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 16.

<sup>33</sup> BAUERMAN, Desirê. Medidas antecipadas, medidas cautelares e fungibilidade. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 175, 2009. p. 55-56.

cautelar tinha objeto próprio, e que este visava à efetividade de outro processo com caráter meramente instrumental.<sup>34</sup>

Percebe-se que no início as tutelas de urgência equivaliam à tutela denominada de cautelar. Assim, frente à ineficiência e à lentidão do procedimento ordinário, utilizava-se a tutela cautelar, não apenas para assegurar a eficácia do julgamento de mérito obtido ao final do processo de conhecimento, mas também como forma de sumarizar tal procedimento, embora não se percebesse ou não se admitisse tal finalidade.<sup>35</sup> A demora no julgamento das lides no Poder Judiciário passou a ser contornada com o uso indiscriminado da tutela cautelar. Logo, surgiram os abusos nas concessões das cautelares, que passaram a ser aceitas não somente como instrumento de obtenção de medidas para garantir o resultado útil do processo, mas também para alcançar a tutela de mérito relativa à pretensão que reclamasse fruição urgente, comprometendo irremediavelmente a garantia ao contraditório e à ampla defesa, bem como a efetividade de eventual sucesso do réu na sentença final.<sup>36</sup>

Não obstante, em função do alto número de demandas no Judiciário, bem como da complexidade destas, as cautelares não mais conseguem corresponder efetivamente à pretensão dos jurisdicionados, implicando o surgimento de uma nova tutela chamada de antecipação de tutela. A referida tutela é um instituto processual criado pelo legislador e inserida no ordenamento jurídico brasileiro, com a mini reforma do Código de Processo Civil e o advento da lei nº. 8952 de 13 de dezembro de 1994. Essa forma de tutela foi introduzida fora do processo cautelar, porém, dentro do processo de conhecimento<sup>37</sup>.

A inserção do instituto da antecipação de tutela ao direito processual brasileiro foi sugerida durante o primeiro Congresso Nacional do Direito Processual Civil, realizado em Porto Alegre, capital do estado do Rio Grande do Sul, em julho de 1983, em comemoração aos dez anos de vigência do Código de Processo Civil. No entanto, tal inovação somente foi implantada em nosso ordenamento jurídico através da reforma processual supracitada.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> BAUERMAN, Desirê. Medidas antecipadas, medidas cautelares e fungibilidade. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 175, 2009. p. 56.

<sup>35</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 26.

<sup>36</sup> ZAVASCKI, Teori Albino: **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 44.

<sup>37</sup> TEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, 2010. p. 656.

<sup>38</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de conhecimento, arts. 270 a 280 (coord. Ovídio Araújo Batista da Silva). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 156-157. v. 4. tomo I.

Acerca do tema Gonçalves preceitua:

Diz-se, com frequência, que foi a partir da Lei n. 8952/94, que deu nova redação ao art. 273 do CPC, que a tutela antecipada foi introduzida em nosso ordenamento jurídico. A assertiva não é verdadeira, porque antes da lei já havia numerosas medidas judiciais que tinha essa natureza, embora não fosse chamada por esse nome. O que a lei fez foi **estender a possibilidade de concedê-las em qualquer ação, desde que preenchido os requisitos genericamente estabelecidos em lei.**<sup>39</sup> (grifos do autor)

Apesar de ser oficialmente inserida com a reforma em 1994, a referida tutela não foi considerada como novidade, porquanto os operadores do direito já se utilizavam de medidas judiciais que tinham essa natureza, embora não com essa nomenclatura, em situações específicas previstas no CPC, com o propósito de se beneficiar dos efeitos. Entretanto, foi com a reforma que ficou prevista a possibilidade de aplicação de forma ampla, para todas as causas, bastando que estivessem presentes os requisitos exigidos pelo art. 273 do CPC.

Percebe-se, que foi diante da desordem na aplicação da tutela cautelar que adveio a reforma processual de 1994, lei n°. 8.952, de 13 de dezembro, qual alterou o artigo 273 do Código de Processo Civil, que passou a ter a seguinte redação:

**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.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.<sup>40</sup>

Com a implementação da lei n° 8952/94, generalizou-se a possibilidade de antecipação de tutela em todos os processos de conhecimento, tanto de procedimento comum quanto de especial, desde que preenchidos os requisitos genéricos exigidos no ordenamento jurídico, a

<sup>39</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 671.

<sup>40</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

saber: requerimento da parte, existência de prova inequívoca e verossimilhança na alegação. Assim, em síntese, se antes a tutela antecipada só cabia em ações específicas, expressamente previstas pelo legislador, após o advento da referida lei, foi admitida de forma geral, desde que julgador verificasse o preenchimento dos requisitos exigidos pela legislação.<sup>41</sup>

Não obstante, o efetivo reconhecimento das medidas cautelares e medidas antecipatórias como espécies da tutela de urgência advieram somente por intermédio da lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, que deu novo texto ao artigo 273 do Código de Processo Civil. Tal lei, dentre outras significativas mudanças, inseriu o § 7º ao dispositivo, o qual trata da possibilidade de fungibilidade de tutelas. Vejamos:

[...]

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

[...]

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 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.**<sup>42</sup> (grifo próprio)

Percebe-se, da reforma ocorrida em 2002, que além de modificar visivelmente o parágrafo 3º, fez, ainda, o acréscimo dos parágrafos 6º e 7º ao artigo art. 273 do diploma supracitado. No caso do parágrafo 7º, restou expressa a necessidade de se dotar as tutelas de urgência de um mecanismo de fungibilidade<sup>43</sup>, atendendo, com isso, os reclamos doutrinários<sup>44</sup>.

Vislumbra-se, em breve comparação entre as espécies de tutelas de urgência – antecipação de tutela e tutela cautelar – que a primeira foi tratada de forma sucinta pelo Código de Processo Civil, eis que restou disposta em apenas um artigo (273) e seus parágrafos, enquanto que a segunda – cautelar – é objeto de todo um livro do Código (Livro III, arts. 796-889), distribuída, em noventa e três artigos e seus respectivos parágrafos.<sup>45</sup> Não obstante, as aludidas medidas de urgência, nesse transcurso de tempo, ultrapassaram diversas

<sup>41</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 671.

<sup>42</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

<sup>43</sup> MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 167, 2009. p. 79. Acerca do assunto autor leciona “[...] o Princípio da Fungibilidade vem a ser um desdobramento de sua projeção na medida em que prestigia a *substância* em detrimento as formas.”

<sup>44</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual e processo de conhecimento. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

<sup>45</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 90-91.

fases evolutivas até atingir o patamar atual de seu desenvolvimento. Assim, tendo-se em conta o grau de importância a elas outorgadas, muitos doutrinadores procuram adequar os principais princípios constitucionais e infraconstitucionais que ajudam a disciplinar a matéria.

## 1.2 Princípios que interagem com as tutelas de urgência

A Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88), como base do regramento jurídico, determina diversos princípios, os quais devem ser seguidos na criação e interpretação das normas infraconstitucionais. Dentre o complexo de princípios esculpido na Constituição Federal, cumpre, no presente estudo, dar ênfase àqueles destinados à composição e à efetivação processual, ou seja, princípios voltados à regência do processo efetivo, mais especificamente aos atinentes à matéria objeto da presente pesquisa, qual seja as tutelas de urgência no âmbito do processo civil.

Para melhor compreender os princípios, faz-se necessário uma breve explanação do que é princípio e a diferenciação entre esses e as regras, dentro de um todo maior que são as normas. Assim, para Vecchi, os princípios são

[...] o fundamento sobre o qual se ergue o ordenamento jurídico, informando o seu nascimento, interpretação, integração e controlando o exercício dos direitos. São fontes diretas de direitos e obrigações, como mandados de otimização, incorporando valores fundamentais de um dado sistema. Apresentam-se como diretrizes supremas, portanto não só fundamento como também ápice do sistema, que comandam todo o processo de criação e aplicação do direito. Consideramos que os princípios têm força normativa e, portanto, são obrigatórios.<sup>46</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, os princípios são os pilares, os fundamentos supremos que embasam a criação, a interpretação, a integração e o controle do exercício dos direitos. São, por muitos doutrinadores, descritos como fontes de direitos e obrigações, que incorporam valores fundamentais de determinado sistema. Os princípios têm força normativa, logo, são obrigatórios.

Para Bueno

---

<sup>46</sup> VECCHI, Ipojuca Demétrius. **Noções de direito do trabalho**: um enfoque constitucional. 2. ed. Passo Fundo: Editora UPF, 2007. p. 219. v.1.

Os princípios são importantes auxiliares no ato do conhecimento, na compreensão global do sistema. São à base do ordenamento jurídico. São as idéias fundamentais e informadoras de qualquer organização jurídica. São os elementos que dão racionalidade e lógica, um sentido de coesão e unidade ao ordenamento jurídico. Dão ao todo um aspecto coerência, logicidade e ordenação. São instrumentos de construção de um sistema, seu elo de ligação, de coordenação, sua ordem e sua unidade.<sup>47</sup>

Os princípios são normas, e, como tal, dotados de positividade. Determinam condutas obrigatórias e impedem a adoção de comportamentos com eles incompatíveis. Servem, igualmente, para orientar a correta interpretação das normas isoladas, indicar, dentre as interpretações possíveis diante do caso concreto, qual deve ser obrigatoriamente adotada pelo aplicador da norma, em face dos valores consagrados pelo sistema jurídico<sup>48</sup>. Os princípios têm caráter fundamental no sistema de fontes, pois são normas que têm papel essencial no ordenamento, devido à sua posição hierárquica, ou porque determinam a própria estrutura do sistema jurídico. São, dessa forma, tidos como instrumentos de criação e ligação do sistema jurídico.

Nota-se que quando se faz a distinção entre princípios e regras é possível reunir tanto os princípios quanto as regras sob o conceito de normas, porque ambos dizem o que deve ser.<sup>49</sup> Ainda, acerca das regras, não anseiam elas atingir o mais alto grau de exatidão, pelo contrário, admitem ser complementadas. Nesse contexto Alexy refere:

Aqui as regras e os princípios serão resumidos sob o conceito de norma. Tanto as regras como os princípios são normas, porque ambos dizem o que devem ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda da expressão deôntica básica do comando, da permissão e da proibição. Os princípios, como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.<sup>50</sup>

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que esses são normas que ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades

<sup>47</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 132. v. 1.

<sup>48</sup> TAVARNARO, Giovana Harue Jojima. **Princípios do Processo Administrativo**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 05 jul. 2012.

<sup>49</sup> CARDOSO, Cassiano Pereira. **Princípios gerais do direito**. Passo Fundo: Editora UPF, 2003. p. 19.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 83. Prescreve o doutrinador *in verbis*: “Aquí las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.”

jurídicas e reais existentes, estando caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e medidas. As regras, por sua vez, são normas que só podem ser cumpridas ou não. Em outras palavras, se uma regra é válida deve-se fazer exatamente o que ela determina, sem graduação de peso, para mais ou para menos. Portanto, as regras contêm determinações tanto no âmbito fático quanto no âmbito jurídico, significando que as diferenças entre regras e princípios são qualitativas e não somente de grau, visto que toda norma ou é uma regra ou é um princípio.<sup>51</sup>

Muito são os doutrinadores que defendem serem as regras e os princípios espécies do gênero de normas e, desse modo, suas distinções seriam, também, distinções entre normas. Sendo assim, o que limita essas duas espécies de normas seria basicamente a densidade normativa de uma e de outra. Acerca do assunto, Bueno leciona: “O que deve ser compreendido é que as normas jurídicas são gênero do qual os *princípios* jurídicos e as *regras* são espécies bem diferentes. O que distingue essas duas espécies de normas jurídicas é fundamentalmente, a densidade normativa de uma e de outra”.<sup>52</sup>

Normas jurídicas podem ser princípios ou regras, pois norma é o gênero, da qual podem ser extraídas as espécies normativas, regras ou princípios. Esses não precisam estar escritos para que sejam vigentes, basta o seu reconhecimento. Aquelas serão sempre encontradas em um dispositivo legal ou constitucional. Ainda, quanto à interpretação, diz-se que os princípios admitem ponderação em casos de conflitos. As regras, por sua vez, não admitem e são aplicadas de forma absoluta. Tratando do tema Bueno escreve:

Interpretam-se e aplicam-se “princípios jurídicos” de forma muito diferente do que as “regras jurídicas” são interpretadas e aplicadas. Porque as “regras”, por definição, têm em mira uma limitação clara e inequívoca de casos que reclamam sua incidência, o que não ocorre com os princípios; porque as regras colidem uma com as outras e revogam uma às outras e os princípios, não; eles *convivem* uns com os outros mesmo quando se encontram em estado de total colidência. Eles não se revogam, não se sucedem uns aos outros, mas, bem diferentemente, *preponderam*, mesmo que momentaneamente, uns sobre os outros. Eles tendem, diferentemente do que ocorre com regras colidentes, a conviverem, uns com os outros, predominando, uns sobre os outros mesmo que temporariamente, mas sem eliminação (revogação) recíproca. Eles, os princípios, tendem a se *acomodar* em um mesmo caso concreto que reclama sua incidência, conforme sejam as necessidades presentes ou ausentes que justificam a sua incidência.<sup>53</sup> (grifos do autor)

<sup>51</sup> VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de direito do trabalho**: um enfoque constitucional. 2. ed. Passo Fundo: Editora UPF, 2007. p. 227. v. 1.

<sup>52</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133. v. 1.

<sup>53</sup> **Ibidem**. p. 133-134.

Estabelecendo-se um conflito entre regras, este só poderá ser solucionado se introduzido em uma delas uma cláusula de exceção, que irá ou não eliminar o conflito, ou então, declarar inválida uma das regras conflitantes. Será uma decisão acerca da validade da regra. No caso de não ser possível a inclusão da cláusula de exceção, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida. Assim, o problema pode ser solucionado por meio de regras como: lei posterior derroga lei anterior, lei especial derroga lei geral ou, também, de acordo com a importância hierárquica, em que norma superior derroga norma inferior. Observa, ainda, que quando a colisão for entre dois princípios em um determinado caso concreto, um deles tem que ceder diante do outro, o que não significa declarar inválido o princípio desprezado, mas tão somente que deve prevalecer um perante outro. Assim, para solucionar a colisão entre princípios válidos, usa-se a dimensão da ponderação. Nesses, a solução se dará na dimensão do peso.<sup>54</sup>

Ávila, nesse contexto, afirma que os princípios e as regras são espécies do gênero norma. Os princípios são normas imediatamente finalísticas com pretensão de complementaridade e parcialidade, possuem dimensão de peso e estabelecem deveres provisórios, são bases precisas de comportamento e são constitutivos da ordem jurídica. Dessa forma, pode-se dizer que os princípios valem quando há colisão entre princípios, verificando qual resolve melhor o conflito, porém, ambos os princípios continuam valendo. Assim um prevalece em relação ao outro momentaneamente, mas eles não se aniquilam. As regras, por sua vez, são normas imediatamente descritivas, possuem pretensão de decidibilidade e abrangência, são aplicadas no modo tudo ou nada, estabelecem deveres definitivos, definem o modo e terminam a discussão, esgotam-se em si mesmas, descrevem o que se deve ou se pode fazer em determinadas situações. As regras vigem e, dessa forma, quando há colisão entre duas regras, resolve-se com a invalidação de uma delas.<sup>55</sup>

Nota-se que as regras vigem, porém, são os princípios que valem. O valor que neles se insere se exprime em graus distintos, pois os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime e a ordem jurídica. Os princípios podem ser definidos de forma precária e provisória como sendo verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade. Assim, resta evidenciado que os princípios possuem um papel axiológico em nosso ordenamento jurídico, pois têm por escopo nortear a aplicação das

<sup>54</sup> VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**. 2. ed. Passo Fundo: Editora UPF, 2007. v. 1.

<sup>55</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 78-79.

normas e atingir o objetivo da Magna Carta que é justamente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.<sup>56</sup>

Percebe-se que tanto os princípios quanto as regras são amparados pela Constituição Federal e se encontram presentes no ordenamento jurídico de forma distinta, ou seja, as regras estão positivadas expressamente no ordenamento, enquanto que os princípios são o fundamento, a base sobre a qual se ergue o ordenamento jurídico. Assim, em função da importância que os princípios têm nenhuma norma ou regramento pode ser erigido sem a sua análise e observação. Diante disso, faz-se necessário tecer comentários – sem o propósito de esgotar o tema – dos principais princípios constitucionais e infraconstitucionais que interagem e fundamentam as tutelas de urgência cautelar e antecipatória.

### 1.2.1 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

É um relevante dispositivo constitucional que está positivado no art. 5º<sup>57</sup>, XXXV, da CF/88. Percebe-se que a Constituição Federal consagra o referido princípio para tutelar lesão ou ameaça de lesão a direitos do cidadão. Significa dizer que a mesma assegura a todos a possibilidade de acesso ao Judiciário, toda vez que por algum motivo, o cidadão não conseguir obter, espontaneamente, a satisfação de um interesse. A garantia constitucional se estende a todas as pessoas, titulares de direitos ou de meras pretensões infundadas. É, considerado direito público subjetivo do cidadão e tem como função garantir a necessária tutela estatal aos conflitos que ocorrem na sociedade. Portanto, cabe ao Judiciário a tutela dos bens ou interesses, cujas competências constitucionais conjugadas com as leis infraconstitucionais constituem uma estrutura do Estado, com o objetivo de solucionar os litígios<sup>58</sup>.

Conforme Grinover, o

<sup>56</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 229.

<sup>57</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2011. “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]”.

<sup>58</sup> TROMBINI, Gabrielle; KELLER, Arno Arnoldo. A responsabilidade civil na reversão da tutela antecipada. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, ano 35, n. 75, set., 1999. p. 88.

[...] princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi assim se afirmando em todos os Estados modernos, indicando ao mesmo tempo o monopólio estatal na distribuição da justiça (*ex parte principis*) e o amplo acesso de todos à referida justiça (*ex parte populi*). A Constituição brasileira de 1946 consagrou o princípio, que hoje vem expresso pelo art. 5º, inc. XXXV da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.<sup>59</sup> (grifos do autor)

Constata-se que a Magna Carta garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, no entanto, somente aqueles que atendem a certos requisitos denominados pela doutrina de condição da ação é que terão direito ao provimento jurisdicional, ou seja, ao pronunciamento do juiz sobre determinada circunstância, amparada ou não pelo direito material, levada ao processo. Dessa forma, a ação proposta é considerada finalizada e satisfeita sempre que tiver sido emitido um provimento jurisdicional, seja esse favorável ou desfavorável.<sup>60</sup>

Bedaque refere que a

[...] Constituição Federal não assegura apenas o acesso a quem efetivamente possui direito. Todos podem requerer a tutela jurisdicional, ainda que dela não sejam merecedores. E o que está a disposição de todos, titulares de direitos ou de meras pretensões infundadas, é o mecanismo previsto pelo legislador constitucional, por ele minunciosamente modelado, para viabilizar a tutela jurisdicional a quem efetivamente fizer jus a ela.<sup>61</sup>

O acesso à Justiça alcança a todos, indistintamente, motivo pelo qual não pode o jurisdicionado ser impedido de ir a juízo deduzir a pretensão que entende cabível. A Constituição Federal garante que todos têm direito a uma prestação jurisdicional efetiva, ainda que dela não sejam merecedores, uma vez que é a ação um direito fundamental. Ainda, cabe referir que o princípio em análise é visto pela doutrina como a garantia das garantias, pois é o único meio de acesso ao Judiciário pelo cidadão. Frisa-se que tal princípio confere ao cidadão o direito de obter do Estado a tutela jurisdicional adequada.

Destarte, não basta apenas o direito à tutela, é imprescindível que essa seja adequada, sem a qual acabar-se-ia esvaziando o sentido do próprio princípio. Tutela jurisdicional adequada é aquela em que o Estado entrega ao jurisdicionado o cumprimento correspondente

<sup>59</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). Revista Brasileira de Direito Constitucional. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

<sup>60</sup> COSTA, Aline Moreira da. Tutela Antecipada. **Revista da Faculdade de Direito de Taubaté**. São Paulo, ano VI, n. 6, 2004. p. 93.

<sup>61</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 58.

aos objetivos pleiteados. É, em suma, a outorga ao jurisdicionado do provimento jurisdicional mais apropriado à situação posta em conflito, com o intuito de resolver completamente a lide. Ainda, em caso de ser a tutela adequada uma medida urgente, o juiz se preenchidos os requisitos legais exigidos, deve concedê-la independentemente de haver lei, autorizando-a ou proibindo-a.<sup>62</sup>

Mesquita enfatiza:

[...] o direito à inafastabilidade da jurisdição não se limita ao direito de pedir em juízo, mas, também e principalmente, ao direito de obter uma efetiva tutela. Por isso, não é suficiente a obtenção de uma restauração do direito violado, mas uma segurança preventiva do processo para que seja evitada a lesão. Coerentemente, nesse diapasão, veio o constituinte assegurar a tutela preventiva contra a ameaça de lesão, nos moldes do art. 5º, XXXV, da CF/88.<sup>63</sup>

Percebe-se que o direito não se restringe ao simples pedido em juízo, é necessário muito mais, ou seja, é indispensável, que haja a efetiva prestação da tutela requerida, visto que a Constituição Federal garante o acesso ao Poder Judiciário a todos aqueles que tiverem seus direitos violados ou ameaçados, não possibilitando o Estado-Juiz eximir-se de promover a tutela jurisdicional àqueles que demandam uma solução baseada em pretensão amparada pelo direito. É dever do magistrado atuar a jurisdição, pois essa constitui não apenas um poder, mas também um dever.

Para Grinover,

[...] o acesso aos tribunais não se esgota com o poder de movimentar a jurisdição (direito de ação, com o correspondente direito de defesa), significando também que o processo deve se desenvolver de uma determinada maneira que assegure às partes o direito a uma solução justa de seus conflitos, que só pode ser obtida por sua plena participação, implicando o direito de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem sobre o convencimento do juiz. Corolário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional são todas as garantias do devido processo legal, que a Constituição brasileira detalha a partir do inc. LIV do art. 5º, realçando-se, dentre elas, o contraditório e a ampla defesa (inc. LV do mesmo artigo).<sup>64</sup>

<sup>62</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 8. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p. 132.

<sup>63</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 256.

<sup>64</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). Revista Brasileira de Processo Constitucional. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

Destarte, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ou como denominado por alguns, o princípio do direito de ação, é uma garantia constitucional, que assegura a todos o direito de obter do Judiciário a tutela adequada. Entretanto, não basta abrir as portas do Poder Judiciário para a sociedade, é necessário mais, visto que a garantia não se esgota apenas com a movimentação da máquina judiciária, é indispensável, também, que em resposta, venha uma decisão efetiva e justa, porquanto o processo deve se desenvolver de maneira que assegure às partes uma solução de conflitos, pois só assim pode-se falar em tutela adequada<sup>65</sup>.

### 1.2.2 Princípio do acesso à justiça

O princípio do acesso à justiça é um princípio que deriva dos demais princípios, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais, em sede legislativa, doutrinária ou jurisprudencial. Tem como escopo a construção de um processo de resultados, mediante a prestação da tutela jurisdicional justa e rápida, voltada aos anseios jurídicos sociais e políticos. Tal princípio é garantido pelo preceito constitucional, insculpido no artigo 5.º, inciso LXXIV<sup>66</sup> da CF/88. Nota-se que esse princípio está alicerçado no artigo que trata das garantias fundamentais, as quais defendem a igualdade sem distinção de qualquer natureza perante a lei. Essa igualdade tem relação direta tanto com a possibilidade de que a lesão ou ameaça de lesão a direito possa ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, ou seja, o referido princípio garante e ampara aquelas pessoas que, por sua condição de hipossuficiência, não podem arcar com encargos da demanda, como custas de honorários advocatícios. Nessa esfera Bedaque leciona:

Acesso à justiça, ou mais, propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucional previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do *devido processo constitucional*. [...].<sup>67</sup> (grifos do autor)

<sup>65</sup> PORTANOVA, Rúi. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

<sup>66</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2011. “Art. 5º. [...] LXXIV- o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos [...]”.

<sup>67</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 67.

O princípio em análise pressupõe a possibilidade de que todos, indistintamente, possam pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que obedecidas às normas estabelecidas pela legislação processual para o exercício do direito. Acesso à justiça significa, em outras palavras, não se criar obstáculos a quem teve seu direito lesado, ou esteja sob a ameaça de vir a tê-lo, de submeter à pretensão ao Judiciário. Porém, isso não significa que o demandante não tenha que cumprir condições para o exercício desse direito.

Cintra, Grinover e Dinamarco afirmam:

*Acesso à justiça* não se identifica, pois, com a mera *admissão* ao *processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo. [...] para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente [...], mas para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.<sup>68</sup> (grifos dos autores)

Deve-se pensar o acesso à Justiça não apenas como a possibilidade de ingresso ao Poder Judiciário, por intermédio de uma demanda, pois o efetivo acesso à justiça é muito mais amplo, ou seja, é um aspecto formal que compreende a superação de obstáculos que dificultam o alcance dos objetivos inerentes ao processo. Para que ocorra efetivamente o acesso, é indispensável que o maior número possível de pessoas sejam admitidas a demandar e a defender-se adequadamente em qualquer esfera do âmbito jurídico.

Bedaque entende que o processo

[...] deve significar para as pessoas um mecanismo apto a proporcionar-lhes esse acesso, isto é, deve ser dotado de garantias suficientes para que as partes possam deduzir suas razões, bem como para que o real titular do direito o veja reconhecido e satisfeito de forma efetiva e eficaz.<sup>69</sup>

Assim, não basta apenas ter apenas o acesso à Justiça, é necessário que esse acesso seja efetivo, eis que a resposta apresentada pelo Estado deve dirimir o conflito existente ou regularizar a situação oferecida em prazo razoável. Em outras palavras, não basta que o Poder Judiciário receba a demanda e garanta o direito de ação processual, ou seja, o direito de agir dirigindo-se ao órgão jurisdicional deve também garantir uma decisão justa, sob pena de nada

<sup>68</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 39.

<sup>69</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 71.

adiantar essa garantia constitucional. Destaca-se que o acesso à Justiça é muito mais que um princípio e surge no ordenamento como síntese de todos os princípios e garantias do processo, visto ser instrumento posto à disposição dos jurisdicionados para efetivação útil da tutela jurisdicional.

### 1.2.3 Princípio da efetividade processual

O princípio da efetividade processual é um instrumento posto à disposição da jurisdição para proporcionar uma melhor efetividade ao processo. É uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXXV<sup>70</sup> da CF/88, a qual apregoa o princípio da inafastabilidade da jurisdição e, ainda, o princípio do livre acesso à Justiça. O princípio em análise garante o direito à tutela jurisdicional eficaz, tempestiva e adequada.

Para Costa:

A problemática da tutela antecipada gira em torno de um ponto central: o tempo. E o tempo em um dos grandes adversários do ideal de efetividade do processo. Todavia, o tempo não pode servir de empecilho à realização do direito. Se o Estado assumiu o dever de tutelar todos os conflitos existentes na sociedade, deve prestar a todos o direito à adequada tutela jurisdicional, dentro de um período de tempo razoável.<sup>71</sup>

O princípio da efetividade do processo é a reprodução daquilo que o direito processual modernamente busca, ou seja, uma prestação jurisdicional de qualidade que satisfaça os conflitos da melhor forma e com a máxima rapidez, de modo a preservar a eficácia e a utilidade da prestação jurisdicional, evitando que o tempo comprometa o direito material da parte. Assim, se o Estado assumiu o dever de tutelar conflitos, firmou o compromisso de prestar a todos indistintamente e dentro de um período de tempo razoável.

Mesquita<sup>72</sup> define efetividade como sendo o resultado de uma relação entre dividendo e divisor, existente, respectivamente, entre uma situação protegida pelo direito que se encontra plenamente intacta, e a mesma situação, uma vez violada ou sob ameaça, necessitando de meios adequados para evitar ou recompor a lesão. Assim, quanto mais

<sup>70</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2011. “Art. 5º. [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]”.

<sup>71</sup> COSTA, Aline Moreira da. Tutela Antecipada. In: **Revista da Faculdade de Direito de Taubaté**. São Paulo, ano VI, n. 6, 2004. p. 99.

<sup>72</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60.

próximo da unidade estiver o resultado da relação entre os dois fatores, mais efetiva terá sido a tutela. Para Dinamarco, a efetividade “[...] do processo constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sociopolítico-jurídica, atingindo em toda a sua plenitude todos os seus escopos institucionais”<sup>73</sup>.

A efetividade à jurisdição designa o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo – impedido-o de fazer justiça por mãos próprias – de provocar a atividade jurisdicional para reivindicar o bem de que se considera titular. A esse indivíduo devem ser assegurados meios eficazes de exame da demanda trazida ao Estado. Eficazes no sentido de consolidar ao litigante vitorioso a concretização da sua vitória. Dessa forma, o Estado, que detém o monopólio do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir, dentro do possível, que a jurisdição estatal represente um castigo, pelo contrário, deve o Estado garantir a utilidade da sentença, ou seja, a efetiva e prática concretização da tutela.<sup>74</sup>

A efetividade processual envolve, também, a concepção de tempestividade, que é condição para que se tenha um desempenho satisfatório da atividade jurisdicional. Assim, é natural que quem procura uma tutela jurisdicional a quer a tempo útil de, ainda, desfrutar dos benefícios desta, ou seja, não basta a efetividade do resultado da decisão, é imprescindível que esta seja tempestiva, pois quanto mais distante do tempo apropriado for proferida a sentença, mais fraca e ilusória será sua eficácia.

O direito à efetividade do processo compreende não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, no prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar de forma eficaz no plano dos fatos.<sup>75</sup> Considera-se processo efetivo aquele que respeita o equilíbrio entre os valores da celeridade e da segurança, oferecendo às partes o resultado desejado. Ou seja, falar em processo efetivo nada mais é do que querer que o mesmo desempenhe com eficiência o papel que lhe compete.

---

<sup>73</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo. Malheiros, 2003. p. 330.

<sup>74</sup> ZAVASCKI, Teori Albino: **Antecipação da tutela**. 3. ed.ver.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 64.

<sup>75</sup> **Idem**.

### 1.2.4 Princípio da economia processual

O princípio da economia processual encontra-se positivado do art. 5º, LXXVIII<sup>76</sup>, da CF/88. Tal princípio preceitua a tentativa de poupar, qualquer desperdício na condução do processo, bem como, dos atos processuais, tais como, trabalho, tempo e despesas que possam travar o curso da demanda. Assim, deve ser entendido como sendo a atividade jurisdicional que deve ser prestada sempre com vistas a produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços.

Bueno refere que o

[...] princípio da economia processual, tal qual explicitado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, contudo, não se refere só ao *tempo* necessário para o desenvolvimento do processo mas também à redução de custos nele envolvidos e, bem assim, à realização de uma mais ampla *otimização da prestação jurisdicional*, inclusive do ponto de vista *econômico, administrativo* e, até mesmo, *burocrático*. Em suma, trata-se de desenvolver o máximo da prestação jurisdicional no menor espaço de tempo com o menor esforço possível, obtendo o máximo de resultados coincidentes com os objetivos mais amplos de todo o sistema jurídico, entre outros a uniformidade de decisão. [...].<sup>77</sup> (grifos do autor)

Em se tratando do princípio em comento, podemos dizer que é de suma importância dentro do processo civil, visto que é um dos princípios informadores. É o princípio econômico, que faz com que o processo tenha um custo razoável, mas nunca deixando de lado a prestação da tutela jurisdicional, devendo haver um balanço entre o gasto despendido e o benefício gerado à parte. Um exemplo de aplicação do referido princípio encontra-se no art. 105 do CPC, que trata da ocorrência da conexão e continência. A conexão ocorre quando dois ou mais processos possuem o pedido e as partes idênticas. Assim, fulcro no art. 105, CPC, e com o devido respeito ao princípio em questão, o juiz, ao analisar o processo, pode de imediato uní-los para que sejam reconhecidos e apreciados conjuntamente, ocasionando, desse modo, maior celeridade e economia de atos processuais.<sup>78</sup>

Nesse contexto Theodoro Júnior prescreve:

<sup>76</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2011. “Art. 5º. [...] **LXXVIII** - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação [...]”

<sup>77</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 182-183. v. 1.

<sup>78</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 79.

O princípio da economia processual vincula-se diretamente com a garantia do devido processo legal, porquanto o desvio da atividade processual para os atos onerosos, inúteis e desnecessários gera embaraço à rápida solução do litígio, tornando demorada a prestação jurisdicional. Justiça tardia é, segundo a consciência geral, justiça denegada. Não é justo, portanto, uma causa que se arrasta penosamente pelo foro, desanimando a parte e desacreditando o aparelho judiciário perante a sociedade.<sup>79</sup>

Para se assegurar a efetividade do processo, deve-se dar prioridade à economia de custos, de tempo e buscar a obtenção de maiores resultados, com o menor uso de atividade jurisdicional, ou seja, o menor número de atos, bem como o aproveitamento dos atos que não forem prejudicados pelo vício, desde que não traga prejuízo para as partes. Ainda, para que ocorra a fiel aplicação dessa garantia constitucional, deve-se exigir das partes um comportamento leal e correto, e do magistrado um cuidado atento aos propósitos da ordem institucional, para que esse não se perca em questões fúteis ou secundárias e, sobretudo, para impedir e reprimir, toda e qualquer tentativa de conduta temerária do litigantes<sup>80</sup>.

### 1.2.5 Princípio da celeridade processual

O princípio da celeridade processual está positivado no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5º, LXXVIII<sup>81</sup>, da CF/88. No ordenamento jurídico infraconstitucional encontramos o referido princípio expresso em dois outros dispositivos, quais sejam: art. 125<sup>82</sup>, II, do CPC, que refere caber ao juiz velar pela rápida solução do litígio, e o art. 2º<sup>83</sup> da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (lei nº 9099/95), cujo texto refere que o processo se orientará pelo critério da celeridade. Constata-se, da análise dos dispositivos supra, que o processo deve se desenvolver em tempo razoável, de modo a garantir a utilidade do resultado alcançado ao final da demanda.

<sup>79</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual e processo de conhecimento**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 39. v. 1.

<sup>80</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Loc. cit.** p. 40.

<sup>81</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2011. “Art. 5º. [...] **LXXVIII** - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação [...]”

<sup>82</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 out. 2012. “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] II - velar pela rápida solução do litígio; [...]”

<sup>83</sup> BRASIL. Lei nº. 9099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 out. 2012. “Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

Para Carneiro:

[...] a tutela de urgência, como se depreende de sua nomenclatura, está ligada a uma situação singular e urgente que demanda celeridade na prestação jurisdicional, sob pena de graves prejuízos às partes. Trata-se de situação em que existe um direito em estado de periclitamento. Diante desse estado de periclitamento do direito, o processo propicia à parte a tutela de urgência, de modo que o Estado confira ao interessado uma prestação jurisdicional no limiar do processo, mediante um juízo de cognição sumária e passível de revisão por ocasião da sentença.<sup>84</sup>

Conforme se verifica, indispensável se faz, para que haja a concessão da tutela de urgência, a ocorrência de uma situação na qual se configura a urgência, a qual demanda celeridade na prestação jurisdicional. Caso não seja observada tal circunstância, a parte poderá sofrer graves e por vezes irreversíveis prejuízos. Assim, diante de um caso concreto no qual resta evidente o perigo, o magistrado poderá propiciar a parte, a tutela de urgência, mediante um juízo de cognição sumária, o qual é passível de revisão por ocasião da sentença.

Nesse sentido Theodoro Júnior explica:

É evidente que sem a *efetividade*, no concernente ao resultado processual cotejado com o direito material do ofendido, não se pode pensar em processo *justo*. E não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio a tutela não se revela *efetiva*. Ainda que afinal se reconheça o direito violado, o longo tempo em que o titular, no aguardo do provimento judicial, permaneceu privado de seu bem jurídico, sem razão plausível, somente pode ser visto como uma grande injustiça. Daí por que, sem necessidade de maiores explicações, se compreende que o Estado não pode deixar de combater a morosidade judicial e que, realmente, é dever primário e fundamental assegurar a todos quantos dependam da tutela da justiça uma duração razoável para o processo e um empenho efetivo para garantir a celeridade da respectiva tramitação.<sup>85</sup> (grifos do autor)

O princípio da celeridade consubstancia-se na busca pela prestação jurisdicional rápida levando em consideração a segurança, para se chegar o mais breve possível à solução dos conflitos existentes. Assim, deve-se buscar solucionar os conflitos existentes com uma pretensão resistida de forma mais breve possível, evitando as dilações indevidas, os recursos meramente procrastinatórios, ou seja, evitando usar mecanismos para dificultar chegar ao resultado final. Ressalva-se que nenhuma lide merece se perpetuar no tempo.

<sup>84</sup> CARNEIRO, Diego Ciuffo. Fumus boni iuris e periculum in mora. Uma análise conjunta dos requisitos das tutelas de urgência. In: **Revista dialética de direito processual**, n. 96, 2011. p. 22-23.

<sup>85</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual e processo de conhecimento**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 40. v. 1.

### 1.2.6 Princípio da fungibilidade

O princípio da fungibilidade é empregado principalmente no campo dos recursos do processo civil. Nessa seara, indica que um recurso, mesmo não podendo atacar determinada decisão, pode ser considerado válido, desde que exista dúvida na doutrina ou na jurisprudência, quanto ao instrumento apto a reformar certa decisão judicial<sup>86</sup>. Sua aplicação não se restringe a tal esfera, posto que a fungibilidade permeia diversos ramos do direito e está sempre ligada à ideia de substituição de alguma coisa por outra. E é dessa forma que a fungibilidade atinge o campo das tutelas de urgência, visto que é o próprio CPC que permite a fungibilidade entre as providências cautelares e antecipatórias no parágrafo 7º do artigo 273.

No parágrafo supracitado restou positivada a fungibilidade entre a tutela antecipada e tutela cautelar, que tem por finalidade a busca da proteção jurisdicional. Aliás, o tema fungibilidade das tutelas de urgência não é pacífico na doutrina. Assim, para Melo, “A fungibilidade constitui um princípio informativo das tutelas cautelar e antecipatórias, cujo propósito maior é facilitar a aplicação prática dos provimentos urgentes que possuem características de uma função comum preventiva”<sup>87</sup>.

Não obstante tal entendimento, outros doutrinadores defendem a tese de que a fungibilidade, entre as tutelas de urgência, não é um princípio, mas sim uma regra pelo simples fato de estar expressamente prevista no ordenamento jurídico e ser específica ao instituto, sendo norma imediatamente descritiva.<sup>88</sup> Nesse contexto Bueno, refere que a

[...] intenção do legislador é clara, confessada até, na Exposição de Motivos do Projeto que veio a se converter no referido diploma legislativo. Resolveu-se criar uma espécie de *fungibilidade* entre as tutelas “antecipada” e “cautelar” para que nenhum jurisdicionado se visse barrado na sua busca à proteção jurisdicional por causa de uma discussão que, posto ser de inegável relevância no plano teórico, não faz nenhuma diferença no dia a dia forense. Trata-se [...] de princípio

<sup>86</sup> NETO, Antônio Silveira; PAIVA, Mário Antônio de. Fungibilidade recursal no processo civil. Um modelo jurídico implícito. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/artigos>>. Acesso em: 26 de fev. 2012.

<sup>87</sup> MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 167, 2009. p. 125.

<sup>88</sup> BASTOS, Ísis Boll de Araújo. A fungibilidade como instrumento de celeridade e efetividade jurisdicional em sede de tutela de urgência. Porto Alegre: **Revista da AJURIS**. Porto Alegre. Ajuris, ano 37, n.118. jun., 2010. p. 232.

infraconstitucional do processo civil que desempenha importante papel nos temas relativos aos atos processuais.<sup>89</sup> (grifos do autor)

Percebe-se que a fungibilidade é uma necessidade eminentemente prática, na qual se busca, no caso concreto, um maior acesso à Justiça, a fim de que não seja negado ao jurisdicionado o seu direito. Aplica-se tal norma como uma forma de aproveitamento dos atos processuais com intuito de simplificar o sistema jurídico.

Nesse contexto Melo prescreve:

A fungibilidade pode ser aplicada para adequar o pedido ao regime jurídico correspondente à sua natureza. Ou seja, o juiz deve desconsiderar o revestimento formal e buscar no conteúdo da demanda o enquadramento jurídico apropriado, tanto na hipótese em que se chama medida cautelar quanto naquela que resulta de tutela antecipada.<sup>90</sup>

Cabe ao julgador, na relação processual, fazer a análise da possibilidade da aplicação ou não do princípio da fungibilidade ao caso concreto, visto que a fungibilidade é uma manifestação daquilo que se convencionou denominar de poder geral de cautela. Assim, pode o julgador determinar medidas *ex officio*, conceder medidas não especificadas pelo CPC, bem como conceder medidas diversas daquelas pleiteadas, até porque, quem pode “o mais”, que é determinar a providência de ofício, pode “o menos”, que é determinar providência diversa da que foi pleiteada.<sup>91</sup>

A aplicação do princípio da fungibilidade em sede de tutelas jurisdicionais abrange um conjunto de princípios constitucionais, principalmente o do acesso à jurisdição, significando uma adequação do pedido de acordo com a ordem jurídica justa, haja vista a flexibilização dos requerimentos. Essa flexibilização permite que o juiz se afaste um pouco dos rigores processuais e das formalidades, podendo aproximar-se da finalidade do processo, evidenciada pela instrumentalidade das formas e atos processuais, pela economia e celeridade processual. Assim, o julgador deve, de certa forma, desconsiderar o revestimento formal e buscar adequar no teor da demanda ao enquadramento jurídico apropriado evitando, dessa forma, o retardamento do andamento processual.

<sup>89</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153. v. 4.

<sup>90</sup> MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 167, 2009. p. 101.

<sup>91</sup> DESTEFENI, Marcos. **Curso de processo civil: processo cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19. v. 3.

### 1.2.7 Princípio da instrumentalidade das formas

O princípio da instrumentalidade das formas é relevante, pois tem como função orientar o funcionamento de todo o sistema processual civil contemporâneo. O legislador brasileiro propiciou ao código vigente comandos de aplicação genérica, determinando que os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente exigir, reputando-se, dessa forma, válidos os que forem realizados de outro modo e atinjam sua finalidade essencial.

O referido princípio encontra-se disciplinados nos artigos 154, 244 e 249, § 2º, do CPC. Em síntese, os dispositivos citados referem que os atos processuais não dependem de forma, exceto quando legalmente conferida, restando à discussão acerca da possível existência ou inexistência de vício nos atos processuais, passíveis de nulidade, oriundos da inobservância da forma prescrita.

Nesse contexto, Melo refere que a

[...] instrumentalidade se propõe a consolidar a cultura de que o processo constitui um instrumento de realização do direito material com justiça. Tudo parte do princípio de que a sua razão de ser repousa na necessidade de restaurar a estabilidade nas relações sociais, solucionando a situação conflituosa com adequação.<sup>92</sup>

Por visar à finalidade do ato, independentemente da forma, o princípio da instrumentalidade das formas está em sintonia com o devido processo legal, pois a sua aplicação está vinculada a presença ou não de prejuízo. Em havendo prejuízo pela violação da ampla defesa e do contraditório, também não deverá ser invocada a instrumentalidade das formas, já que o devido processo legal também não foi observado.

---

<sup>92</sup> MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 167, 2009. p. 79.

### 1.3 Tutelas de urgência no ordenamento jurídico brasileiro

Para melhor compressão do instituto das tutelas de urgência, far-se-á uma breve análise das especificidades da tutela jurisdicional. A expressão “tutelar” deriva do latim *tueor, tueri* que significa dentre outras coisas ver, olhar, observar, velar, vigiar. Para o mundo jurídico, conotam as expressões proteger, amparar, defender, assistir. É nesse sentido que o verbo e os substantivos *tutor* e *tutela* dele derivados, são empregados na linguagem jurídica especificamente nas expressões tutela jurídica e tutela jurisdicional. Dessa forma, quando se fala em tutela jurisdicional se está falando na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância, que o Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos.<sup>93</sup>

O conceito de tutela jurisdicional está extrinsecamente relacionado com a atividade de atuar a jurisdição e com o resultado dessa atividade. Prestar tutela jurisdicional, ou seja, apreciar as lesões ou ameaças a direitos, significa, em última análise, formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, ainda, impor as medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos.<sup>94</sup>

Em síntese, pode-se descrever jurisdição como sendo atividade de poder exercida pelo Estado por meio de seus órgãos, para a solução de conflitos, com a finalidade de pacificação da sociedade. Destarte, em regra, o Estado-Juiz permanece inerte e para que haja uma solução dos conflitos que surgem na sociedade, os interessados deverão buscar perante os órgãos que compõem o Poder Judiciário – representantes do Estado – a solução da pretensão almejada. Essa provocação se dará via processo, visto que é este o meio utilizado para o alcance da atividade fim, que é a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

O processo deve adequar-se aos desígnios do direito material, de sorte a não simplesmente assegurar a composição do litígio e a reparação do dano que o titular do direito lesado suportou, mas também a propiciar a melhor e mais rápida concretização do direito da parte que tem razão. Assim, o processo tem que estar voltado para a efetividade, evitando, quando possível, o dano ou agravamento deste, ao direito subjetivo.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> ZAVASCKI, Teori Albino: **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 05.

<sup>94</sup> **Ibidem**. p. 06. O autor, ainda, refere que esse compromisso de *apreciar* as lesões ou ameaça a direitos – compromisso de prestar *tutela jurisdicional* – constitui um dever estatal, que ser cumprido de modo eficaz, sob pena de se consagrar à falência dos padrões de convívio social e do próprio estado de direito. Ressalta, todavia, que é um dever que supõe poder.

<sup>95</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 653. v. 2.

Para Destefenni,

**Qualquer** cidadão tem o direito de se dirigir ao Estado e afirmar a ocorrência de uma situação de lesão ou ameaça de lesão a direito e, em consequência pleitear *tutela*. Tal prerrogativa é conferida a qualquer pessoa, natural ou jurídica, pela Constituição Federal (art.5º, XXXV). Por isso, à prerrogativa do cidadão corresponde o dever do Estado de dar uma resposta à pretensão. Não há o dever de acolher a pretensão, mas sim de, num prazo razoável e por meio de justo e adequado processo, decidir o pedido.<sup>96</sup>

Ao estabelecer em seu texto a promessa de tutela para um ilimitado número de situações em que o indivíduo possa se encontrar, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, determinou que a tutela jurisdicional prometida pelo Estado se destina a evitar que lesões venham a efetivar-se – tutela preventiva – além de, evidentemente, reparar lesões sofridas por alguém em seu direito – tutela reparatória ou sancionatória.<sup>97</sup>

Nesse contexto Mesquita afirma:

Não pode a demora jurisdicional ser imputada ao jurisdicionado, que não lhe rendera ensejo e, portanto, tem direito a uma tutela tempestiva e adequada, devendo ser eliminado qualquer desvio que possa comprometer o gozo integral do bem da vida que lhe é próprio. O monopólio estatal da jurisdição impõe uma atividade tendente a coibir qualquer dano que por ventura venha a ser causado pelo próprio Estado.<sup>98</sup>

O Estado, quando proibiu a tutela de mão própria entre os indivíduos, adquiriu o monopólio da jurisdição e, por conseguinte, assumiu o dever de fazer com que as pessoas submetidas à jurisdição não sofram danos em decorrência da demora da prestação. Ou seja, é direito de quem litiga em juízo obter do Estado a entrega da tutela em tempo e em condições adequadas a preservar, de forma efetiva, a pretensão que entende devida, ou, se for o caso, obter dele medida de garantia de que tal tutela será efetivamente prestada no futuro. Sem a qualificação da efetividade, a tutela jurisdicional estará comprometida e poderá ser completamente inútil. Assim, em situações de risco, de perigo de dano, de comprometimento da efetividade da função jurisdicional, será imprescindível uma espécie de providência imediata, tomada antes do esgotamento das vias ordinárias.<sup>99</sup>

<sup>96</sup> DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento: tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36. v. 1: tomo 2.

<sup>97</sup> COSTA, Aline Moreira da. Tutela Antecipada. **Revista da faculdade de Direito de Taubaté**, ano VI, n. 6, 2004. p. 94.

<sup>98</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 173-174.

<sup>99</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 27-28.

Essa espécie de tutela protetora, apropriada e imediata, que é capaz de combater circunstâncias que podem tornar desfavorável o resultado do trâmite processual é chamada pela doutrina de tutelas de urgência.<sup>100</sup> Tais medidas protetivas foram especificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro de antecipação de tutela e tutela cautelar. Acerca do assunto, Ovídio Batista leciona que “[...] as formas de tutelas de urgência, sejam cautelares ou não, devem ser postas [...] como remédios processuais extraordinários, para situações especiais, quando os meios jurisdicionais comuns se mostrarem incapazes de tutelar adequadamente o direito eventual [...]”<sup>101</sup>.

O uso de tutela de urgência somente se legitima nos casos em que se torna indispensável salvaguardar outro valor de igual grandeza e que circunstancialmente venha a ser considerado prevalente. Assim, não se pode em situações normais prestar a jurisdição por medidas de tutela provisória. As tutelas em análise são formas legítimas de se prestar jurisdição, desde que utilizadas adequadamente.

Lamy afirma que:

A tutela jurisdicional terá natureza urgente quando cuidar das situações em que determinado pronunciamento jurisdicional necessitar ser proferido em curto período de tempo, através de cognição sumária, por meio de técnicas antecipatórias ou assecuratórias, dada a possibilidade de dano ao direito material envolvido.<sup>102</sup>

As tutelas de urgência são modalidades de tutela jurisdicional que, em razão das especificidades da relação de direito material a que tem correspondência, ou em razão de técnicas legislativas, podem ser caracterizadas em uma única categoria. Têm como função principal acelerar a eficácia prática da tutela jurisdicional, evitando que o decurso do tempo comprometa a sua efetividade. Caracterizam-se, basicamente, pela urgência e pela sumariedade da cognição<sup>103</sup> exercida pelo juiz.<sup>104</sup>

Mesquita lembra que quando

<sup>100</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **Op. cit.** p.174.

<sup>101</sup> SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 89.

<sup>102</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

<sup>103</sup> ALMEIDA, Rafael Augusto Paes de. A cognição nas tutelas de urgência no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 27 mar. 2012. Por cognição entende-se a aquisição de um conhecimento pelo magistrado no decorrer do processo. A cognição pode ter grau de intensidade vertical ou de amplitude horizontal, obedecendo à peculiaridade de direito material a ser tutelada. Assim, pode-se dizer que a primeira está ligada na produção de provas necessárias ao conhecimento do caso concreto, são por sua vez, classificadas em cognição exauriente, sumária e superficial.

<sup>104</sup> RUANOBA, Sebastian Waternberg. Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelar) no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

[...] se está diante de um risco plausível de que a tutela jurisdicional não se possa efetivar, medidas devem ser promovidas, imediatamente, para garantir a execução ou antecipar os efeitos da decisão final, sob pena de nulificação da execução futura e do direito em lide, respectivamente.<sup>105</sup>

Portanto, diante de situações em que se vislumbrem a possibilidade de risco de a tutela jurisdicional não se efetivar, deve-se, imediatamente, promover medidas, para garantir a execução ou antecipar os efeitos da decisão final, sob pena de tornar nula a execução prometida e o direito posto em litígio. O deferimento da prestação jurisdicional em regime de urgência não exige a demonstração cabal e indiscutível da existência do direito afirmado pelo autor, contenta-se a lei com um juízo em grau maior ou menor de probabilidade<sup>106</sup>.

Antes de adentrarmos ao tema específico das tutelas de urgência, necessário se faz dividir as tutelas jurisdicionais em categorias. Destaca-se que as tutelas de urgência se inserem na classificação das tutelas jurisdicionais de acordo com o grau de cognição adotado pelo magistrado para proferir sua decisão. Por tal critério, as tutelas são classificadas em provisórias/sumárias ou definitiva/exaurientes.<sup>107</sup>

Assim, de forma simplificada, pode-se dizer que a tutela provisória é baseada na cognição sumária<sup>108</sup>, tem como característica não ser definitiva, é acautelatória de direitos. Foi criada para que não seja comprometida a efetividade da tutela jurisdicional ou definitiva. Por sua vez, a tutela definitiva ocorre quando se tem uma cognição exauriente<sup>109</sup>, no qual há um amplo e profundo debate acerca do processo. Essa não se opera, muitas vezes, com a rapidez esperada pelas partes, ou com a agilidade necessária para resolver a lide, acarretando consequências indesejáveis, ensejando muitas vezes riscos de dano irreparável ou de difícil reparação.<sup>110</sup>

Nota-se que as tutelas definitivas fundam-se na ideia de certeza e levam a solução definitiva da lide, produzindo coisa julgada material. As tutelas provisórias de urgência, no

<sup>105</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v.52). p. 173-174.

<sup>106</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 11. v. 3

<sup>107</sup> CARNEIRO, Diogo Ciuffo. *Fumus boni iuris e priculum in mora* - uma análise conjunta dos requisitos das tutelas de urgência. **Revista dialética de direito processual**, n. 96, 2011. p. 23.

<sup>108</sup> ALMEIDA, Rafael Augusto Paes de. A cognição nas tutelas de urgência no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 27 mar. 2012. O autor refere que a cognição sumária é caracterizada pelo juízo de probabilidade, como ocorre na antecipação da tutela do art. 273 do CPC, em conformidade com as palavras da lei, quais sejam, prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança. Assim entende-se probabilidade como sendo a situação em que há o predomínio dos motivos convergentes sobre os motivos divergentes. Em poucas palavras pode se dizer que probabilidade seria menos do que a certeza e mais do que a verossimilhança.

<sup>109</sup> **Idem**. Para o autor a cognição exauriente é típica dos procedimentos que objetivam resolver definitivamente o conflito posto em juízo, pois permite a produção de todas as provas necessárias para a solução do litígio.

<sup>110</sup> BASTOS, Ísis Boll de Araújo. A fungibilidade como instrumento de celeridade e efetividade jurisdicional em sede de tutela de urgência. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, ano 37, n.118, jun., 2010. p. 235.

entanto, têm como finalidade uma prestação mais célere e destinam-se a assegurar a efetividade e a utilidade da prestação jurisdicional principal, sem resolver definitivamente a questão de mérito, ou seja, sem produzir a coisa julgada material. Ainda, as definitivas produzem efeito após o trânsito em julgado e têm como função principal a pacificação dos conflitos através de uma sentença de mérito. Em contrapartida, as provisórias de urgência exercem as funções: conservativa/cautelar e satisfativa/antecipatória.<sup>111</sup>

Para Zavascki:

Tutela definitiva é a tutela-padrão prometida pelo Estado, formada no âmbito de um processo contraditório, com garantia de meios adequados de defesa para as partes, e coberta, ao final, pela marca da coisa julgada. Tutela definitiva é, pois, tutela vocacionada para a imutabilidade, apta a perpetuar seus efeitos enquanto não exauridos integralmente. Tutela definitiva de mérito em favor do autor é a que consolida a situação jurídica por ele almejada e requerida na petição inicial.<sup>112</sup>

As tutelas de urgência tornaram-se indispensáveis ao atual sistema processual, pois a urgência existe em determinados casos e demandam tempestividade na prestação jurisdicional, principalmente porque, muitas vezes, a pretensão demandada será apenas mais uma dentre a enxurrada posta em apreciação do Poder Judiciário. Sem as tutelas de urgência, só se decidiria em cognição exauriente e isso não denotaria uma decisão segura. Destaca-se que na atualidade é preferível uma decisão efetiva oriunda de cognição sumária do que uma decisão definitiva marcada pela não efetividade.<sup>113</sup>

Acerca do tema, Figueira Júnior preleciona:

As **tutelas de urgência** - sejam do tipo cautelar ou antecipatória - apresentam primeiramente uma característica que lhes é ínsita, qual seja, a **sumarização** procedimental. Este recurso consiste na redução do lapso destinado ao conseqüimento da providência jurisdicional emitida em forma de liminar, *inaudita altera parte* ou após justificação prévia, mas, em qualquer caso, sempre norteadas por uma cognição sumária.<sup>114</sup> (grifos do autor)

As tutelas baseadas em cognição sumária surgiram exatamente para servirem de instrumentos para a realização dos direitos materiais que não podem esperar o tempo

<sup>111</sup> DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento: tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42-43. v. 1: tomo 2.

<sup>112</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 50.

<sup>113</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 40.

<sup>114</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Tipologia das tutelas de urgência. Disponível em: <<http://joelfigueira.com/artigos/>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

necessário para a cognição exauriente. Assim, as decisões baseadas nessa cognição têm por alicerce apenas a aparência, a probabilidade, e não a suposta existência do direito material pleiteado. Dessa forma, por não definirem com precisão a existência ou inexistência do direito, não estão, em regra, aptas a gerar coisa julgada material.

Lembra-se que é comum confundir-se medidas de urgência com liminar, assim, para dar clareza ao assunto, serão feitas algumas anotações a respeito da liminar. A expressão liminar, na linguagem jurídica, é usada para identificar qualquer medida ou provimento tomado pelo juiz na abertura do processo. Juridicamente, liminar significa o provimento judicial emitido no mesmo momento em que o processo se instaura e, via de regra, ocorre antes da citação do réu. Não obstante, o CPC considera como liminar a decisão de medida a ser tomada depois de justificação, para o qual foi o réu citado, porém, antes de abertura do prazo para a resposta à demanda.<sup>115</sup>

Para Bedaque:

Liminar é indicativa de decisão proferida no início do processo, antes mesmo da citação do réu. O indeferimento da inicial, o reconhecimento de incompetência absoluta de ofício e a antecipação de efeitos *inaudita altera parte* são exemplos de liminares.<sup>116</sup> (grifos do autor)

A liminar é o provimento judicial emitido no mesmo momento em que o processo se instaura, o que, em regra, ocorre antes da citação do réu. A rigor, se caracteriza como sendo qualquer medida judicial tomada antes do debate do contraditório do tema objeto do processo. Em outros termos, liminar é qualquer medida determinada logo no início da relação processual e tanto pode ter cunho cautelar como satisfativo<sup>117</sup>. São, portanto, inconfundíveis as expressões liminar e cautelar, posto que esta indica a natureza da prestação jurisdicional, que poderá ser de conhecimento, de execução ou cautelar, enquanto aquela indica o momento processual em que uma medida pode ser concedida. Assim, nem toda medida liminar é cautelar, pois existem medidas liminares de natureza antecipatória<sup>118</sup>.

No atual sistema, apesar de divergências doutrinárias, são as tutelas de urgência – cautelar e antecipatória – remédios que podem ser utilizados em sede liminar, durante a

<sup>115</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 654-655. v. 2.

<sup>116</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 278.

<sup>117</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Op. cit., loc. cit.**

<sup>118</sup> DESTEFENNI, Marcos: **Curso de processo civil**: processo de conhecimento: tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49-50. v. 1: tomo 2.

prolongada marcha processual, ou, ainda, na fase recursal, em decorrência de situações de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Podem ser concedidas a qualquer tempo, inclusive na fase da sentença ou depois dela. Porém, ainda assim, serão elas anteriores à solução final, definitiva do processo. O objetivo principal das tutelas de urgência é impedir que o decurso do tempo prejudique direitos, que, ao final do trâmite processual, possam ser reconhecidos e satisfeitos em favor da parte autora.<sup>119</sup>

Theodoro Júnior observa que não há como evitar a diversidade evidente que se verifica entre os distintos efeitos da tutela cautelar e da tutela antecipatória. Assim sendo, a primeira não vai além do preparo de execução útil de futuro provimento jurisdicional de mérito, por sua vez, a antecipatória proporciona a provisória atribuição do bem, objeto da pretensão à parte, permitindo-lhe desfrutá-la juridicamente, de tal forma, como se a demanda tivesse sido decidida em seu favor.<sup>120</sup>

Para Dinamarco:

Nem sempre as medidas urgentes se apresentam nitidamente definidas em seu enquadramento como medida cautelar ou como antecipação de tutela, grassando ainda muita insegurança entre os cultores brasileiros do processo civil. Acostumados a englobar entre as cautelares todas as medidas urgentes, inclusive as antecipatórias [...].<sup>121</sup>

Ambas as tutelas – cautelar e antecipatória – integram a um só gênero, qual seja, o das tutelas de urgência, concebidas para compatibilizar o perigo de dano pela demora do processo. Nota-se que em muitos casos, haverá dificuldade em descobrir a qual das duas espécies pertence tal providência que, no caso concreto, será necessário adotar para contornar o *periculum in mora*.<sup>122</sup> As tutelas de urgência são, portanto, reações ao *periculum in mora* e têm por objetivo principal combater os males do tempo, ou seja, agem no sentido de evitar que o decurso do tempo prejudique os direitos a serem reconhecidos e satisfeitos ao final da demanda.<sup>123</sup>

<sup>119</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 694.

<sup>120</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 658. v. 2.

<sup>121</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela de urgência: o regime jurídico das medidas urgentes. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Editora Notadez, ano 49, n. 286, ago., 2001. p. 7.

<sup>122</sup> **Ibidem**. p. 661.

<sup>123</sup> COSTA, Aline Moreira da. Tutela Antecipada. **Revista da Faculdade de Direito de Taubaté**: Unitaú, ano VI, n. 6, 2004.

Para Bauerman, a

[...] tutela de urgência tem a função de distribuir o risco decorrente da demora do processo, pois, ao invés de ele recair todo sobre o autor, opta-se por transferir parte do mesmo ao réu, desde que preenchidos os requisitos impostos por lei para tanto. Dessa forma, se o autor demonstrar *ab initio*, mesmo que de forma sumária, os efeitos negativos da demora do processo sobre o seu direito, que não resistira à espera por uma decisão final após cognição exauriente, e demonstrando que os efeitos decorrentes da execução da medida deferida nesse momento são reversíveis, poderá (ou mesmo deverá) ele ser tutelado de imediato.<sup>124</sup>

Percebe-se, que preenchidos os requisitos exigidos pela lei, o juiz poderá amparar o pedido da tutela de urgência do autor e, com isso, distribuir parte do risco do retardamento do processo ao réu. Todavia, caberá ao autor demonstrar os efeitos negativos da demora do processo, ou seja, que o objeto posto em lide por algum motivo não resistiria até a decisão final. Deverá, ainda, o mesmo, demonstrar que os efeitos da medida deferida pelo magistrado em sede de urgência são reversíveis, ou seja, que poderão ser revogados ou modificados a qualquer momento.

Nesse sentido Theodor Júnior leciona que:

[...], para evitar que o autor se veja completamente desassistido pelo devido processo legal, proceder-se a medidas como as cautelares e as de antecipação de tutela. Isto se faz logo porque não há outro caminho para assegurar a tutela de mérito ao litigante que aparenta ser merecedor da garantia jurisdicional. No entanto, o adversário não fica privado do devido processo legal, porque depois da antecipação, que se dá em moldes de provisoriedade, abre-se o pleno contraditório e a ampla defesa, para só afinal dar-se uma solução definitiva à lide.<sup>125</sup>

São, portanto, espécies da tutela de urgência, a cautelar e a antecipatória, as quais se diferenciam basicamente pelo efeito jurídico que produzem, embora ambas compartilhem da mesma finalidade. Eis que, na tutela antecipada/satisfatória, a palavra chave é satisfazer e, na cautelar/acautelatória, é assegurar. Ainda, a medida cautelar visa garantir o resultado útil do processo e na antecipação de tutela o receio de lesão só poderá ser prevenido com a antecipação dos próprios efeitos da sentença final.

<sup>124</sup> BAUERMAN, Desirê. Medidas antecipadas, medidas cautelares e fungibilidade. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n. 175. set., 2009. p. 61.

<sup>125</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 670-671. v. 2.

## 2 TUTELAS DE URGÊNCIA CAUTELAR E ANTECIPATÓRIA

As tutelas de urgência são o gênero do qual a tutela cautelar e a tutela antecipada são espécie, diferenciam-se, basicamente, pelo efeito jurídico que produzem, embora ambas partilhem da mesma finalidade. São institutos distintos que apresentam funções processuais, diferenciadas. O cabimento de uma das espécies de tutela de urgência será determinado pelo risco decorrente da urgência, visto que, se o risco atingir o próprio instrumento – o processo – cabível será a medida acautelatória, entretanto, no caso da demora provocar risco para o direito material – o próprio objeto da pretensão – será adequado conceder medida antecipatória dos efeitos da tutela.<sup>126</sup>

Outrossim, muitas vezes apenas uma tutela imediata – antecipatória ou cautelar – é apta a tornar efetiva a prestação jurisdicional, visto que o tempo do processo não pode trazer dano ao litigante que necessita do Poder Judiciário<sup>127</sup>. Dessa forma, as tutelas de urgência corresponderiam ao resultado rápido e necessário que a jurisdição, através do processo, não poderia deixar de abranger ao litigante, em situações de dano que ocorrem no cotidiano forense.

### 2.1 Diferenças e semelhanças entre as tutelas de urgência cautelar e antecipatória

Para melhor compreender o tema, objeto da análise desta pesquisa, far-se-á a diferenciação das tutelas de urgência de caráter cautelar das tutelas de urgência de caráter antecipatório. Observa-se, de início, que alguns doutrinadores referem ser quase imperceptível a linha que separa ambas as tutelas, inclusive dando ensejo a grandes confusões, principalmente entre operadores do direito<sup>128</sup>.

Bueno prescreve que

<sup>126</sup> BAUERMAN, Desirê. Medidas antecipadas, medidas cautelares e fungibilidade. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n.175. set., 2009. p. 62.

<sup>127</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 356.

<sup>128</sup> BASTOS, Ísis Boll de Araújo. A fungibilidade como instrumento de celeridade e efetividade jurisdicional em sede de tutela de urgência. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, ano 37, n.118. jun. 2010.

[...] a linha que separa uma da outra é tênue e repousa muito mais na ênfase do que é pedido ao Estado-juiz e ao modo de se beneficiar da tutela jurisdicional do que propriamente, em algo cientificamente comprovado ou que pertença, ontologicamente, à espécie “tutela antecipada” ou “tutela cautelar”. É como se dissesse que, em alguns casos, a medida jurisdicional, tal qual pedida e concedida, mais *assegura* do que *satisfaz* e vice-versa; mais *conserva* do que *antecipa* e vice-versa.<sup>129</sup> (grifos do autor)

Não obstante, Fidelis<sup>130</sup> entende que a antecipação não se confunde com a cautelar, pois a cautelar tem sentido publicista, garante em primeiro plano a própria eficácia do processo, é de natureza instrumental e não se identifica com a medida satisfativa, tem como requisito próprio apenas o *fumus boni iuris*, isto é, a simples possibilidade de bom êxito do que se almeja com o pedido feito ou a se fazer. A antecipatória, por sua vez, tem reflexos do mesmo conteúdo que se pretende no pedido, por meio do julgamento definitivo. Embora seja de provimento provisório, exige prova que gere convicção plena dos fatos e juízo de certeza da definição jurídica respectiva.

A tutela antecipada, sob o ângulo de seu resultado prático, antecipa ao autor, de forma satisfativa, total ou parcialmente, a pretensão que persegue com a demandada. Diversamente a cautelar, apenas preserva, sem entregar à parte o que se almeja como provimento final, através da sentença. Em outras palavras, a cautelar é medida de segurança do juízo, para garantir a finalidade útil do processo e a tutela antecipada é a própria entrega do objeto da pretensão, de forma a assegurar a efetividade do processo. Em síntese, a tutela cautelar preserva sem a preocupação de satisfazer e a tutela antecipada satisfaz sem a preocupação de preservar.<sup>131</sup>

Nesse contexto Dinamarco refere:

[...], são cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil para correto exercício da jurisdição e conseqüentemente produção, no futuro, de resultados úteis e justos; e são *antecipações de tutela* aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, ainda pendente o processo, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhes. As primeiras são medidas de apoio ao processo e as segundas, às pessoas.<sup>132</sup> (grifos do autor)

<sup>129</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 147. v. 4.

<sup>130</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de processo civil: processo de conhecimento**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>131</sup> FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 79.

<sup>132</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela de urgência. O regime jurídico das medidas urgentes. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Editora Notadez, ano 49, n. 286, ago., 2001. p. 9.

Infere-se do exame conjunto dos provimentos em análise as seguintes afirmações: As cautelares são medidas instrumentais ao processo, destinadas a lhe dar apoio e possibilitar que ele seja capaz de oferecer uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva, justa e útil, enquanto que as antecipações vão diretamente à vida das pessoas, oferecendo-lhes, desde logo, no todo ou em parte, a fruição daquilo que se pretende obter como resultado final do processo. Não obstante, ambas têm em comum um objetivo primordial, obstar os males do tempo. Tal objetivo resulta também em extrema semelhança entre os referidos institutos.<sup>133</sup>

Portanto, a tutela antecipatória confunde-se com o próprio resultado final, o que não ocorre com a cautelar, que apenas assegura determinado direito. Podemos dizer, então, que enquanto a tutela cautelar apenas assegura o direito material da parte, a tutela antecipatória satisfaz a pretensão desta. Ainda, ambas as espécies de tutela pressupõem cognição sumária, regem-se pela instrumentalidade, são precárias e fundadas em juízo de probabilidade. Na tutela antecipada a precariedade exige um requisito especial, qual seja, só pode ser concedida se puder ser revogada a qualquer tempo, de forma eficaz.<sup>134</sup>

No que concerne à urgência, na tutela cautelar é traduzida pelo perigo na demora. Na tutela antecipada, nem sempre se exige a urgência, pois pode ser concedida quando houver abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, que nada tem a ver com a urgência, mas sim com a efetividade do processo, como forma de garantir ao autor os efeitos da tutela pretendida pelo fato de o réu estar se utilizando do processo com o propósito protelatório. Assim, em que pese figurar em alguns casos de antecipação de tutela, a urgência não é comum a esta, entretanto, é elemento essencial para a concessão da cautelar.<sup>135</sup>

A finalidade da medida cautelar é essencialmente a de evitar ou minimizar o risco de eficácia do provimento final. A tutela antecipada, por sua vez, pressupõe direito que desde logo aparece como manifesto e que por isso deve ser tutelado de forma especial pelo sistema. Assim, na tutela antecipada, há o adiantamento total ou parcial da providência final, o que não ocorre na cautelar, a qual se concede uma providência destinada a conservar uma situação até o provimento final, ainda que tal providência conservativa não incida naquela que será outorgada pelo provimento final.<sup>136</sup>

<sup>133</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela de urgência. O regime jurídico das medidas urgentes. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Editora Notadez. ano 49, n. 286, ago., 2001. p.12.

<sup>134</sup> RUANOBA, Sebastian Watemala. Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelar) no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

<sup>135</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1996. p. 68-69.

<sup>136</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

Cumpra ressaltar, que no atual estágio das garantias constitucionais, as tutelas de urgência exercem relevante papel, visto que tendem a promover a plenitude do acesso à justiça e asseguram a efetividade da tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça de direitos subjetivos.<sup>137</sup> Acerca do tema, Lamy preceitua:

As técnicas antecipatórias e assecuratórias possuem idêntica função constitucional, consoante o art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal (1988), já que afastam a ocorrência de danos: ambas asseguram e satisfazem, possuindo apenas preponderância numa ou noutra característica.<sup>138</sup>

Em síntese, tem-se que tutela antecipada visa ao adiantamento dos efeitos que só seriam obtidos com posterior provimento jurisdicional, enquanto que a tutela cautelar tem por fim assegurar a eficácia do provimento jurisdicional que se pretende. Verifica-se, desse modo, que a cognição do juiz para conceder a tutela antecipada há de ser mais profunda do que a cognição necessária para deferir a tutela cautelar. Além disso, o critério da satisfatividade é um marco diferenciador que afastada a tutela antecipada da cautelar.

## 2.2 Da tutela cautelar

A análise da tutela cautelar deve ser feita a partir da concepção de tutela jurisdicional, sendo irrelevante o aspecto em que será concedido, pois a medida pode ser concedida mediante o exercício do direito de ação, em processo autônomo ou como decisão incidental no procedimento em curso. Desse modo, ação cautelar, processo cautelar e medida cautelar incidente são apenas mecanismos para obtenção da tutela cautelar.<sup>139</sup>

Podemos definir a tutela cautelar como sendo a providência concreta tomada pelo órgão jurisdicional para eliminar uma situação de perigo para o direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolver as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal.<sup>140</sup> Para Mesquita, a “[...] tutela cautelar presta-se à segurança do processo principal, para que este não se traduza em inocuidade ao cabo de seu desiderato, pois não mais haveria direito algum a ser deferido

<sup>137</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 663.

<sup>138</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 125.

<sup>139</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 115.

<sup>140</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Ibidem**. p. 492.

pela intempestividade da prestação jurisdicional”.<sup>141</sup> Portanto, sua função é preservar a eficácia de um provimento cognitivo ou executivo, dos riscos inerentes à demora do processo.

Tutela cautelar assecuratória é aquela que se refere a todo o tipo de providência que pode ser requerida ao Estado-Juiz, a fim de que se proteja a tutela jurisdicional principal que se quer obter pela via de processo jurisdicional. Podem ser preparatórias e incidentais. São preparatórias as medidas prévias pleiteadas para assegurar a atividade principal e condicionam a propositura de ações principais. São incidentais as requeridas no bojo da ação principal com o objetivo de assegurar o pedido final. Ainda, as cautelares podem ser nominadas ou inominadas. As nominadas são as previstas pelo CPC e possuem procedimentos especiais. São também chamadas de cautelares típicas. As cautelares inominadas, por sua vez, não têm previsão na lei processual, foram criadas em razão de situações que surgiam para o Judiciário se manifestar a respeito, tornando-se, após, jurisprudências.<sup>142</sup>

O que se alcança por meio de uma tutela cautelar é, apenas, a prevenção contra o risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte e que compromete a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito. Em função disso, pode-se dizer, a tutela cautelar é apenas de prevenção ou de garantia, porque quem a obtém, mesmo vitorioso, não consegue, só com ela, a satisfação de seu direito pretendido, que continua na pendência do processo principal. Destarte, com a medida cautelar, a parte beneficiada apenas se previne contra uma temida alteração na situação fática ou jurídica que poderia inutilizar o resultado do processo principal, caso lhe venha a ser favorável.<sup>143</sup>

Não há como admitir tutela cautelar de ofício antes da propositura da ação principal, visto que em tal hipótese o juiz não pode sequer pensar no *fumus boni iuris*. Ainda, quando o juiz conceder tutela cautelar de ofício a parte afetada deve ser imediatamente comunicada, para que possa voluntariamente eliminar a situação de perigo e defender-se perante aquele juízo, ou então interpor agravo de instrumento ao Tribunal.<sup>144</sup> Dessa forma, alguns doutrinadores abrem exceção para concessão de ofício da medida cautelar, sem a ouvida da outra parte, todavia, referem ser providência que só deve ser tomada pelo juízo em situações excepcionais. Além disso, o julgador só poderá tomar tal providência se já tiver ação em andamento, posto que a autorização contida na norma só abrange medidas cautelares

<sup>141</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 200.

<sup>142</sup> GUAICURUS, Delaine de Barros. A fungibilidade nas tutelas de urgência. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 01 out. 2012.

<sup>143</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 492.

<sup>144</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 767-768.

incidentais, não sendo permitido, ao juiz, iniciar de ofício ações cautelares preparatórias ou antecedentes<sup>145</sup>.

A tutela em análise exerce função predominantemente conservativa, uma vez que não permite ao requerente a possibilidade de usufruir o bem pretendido no processo principal. A mesma garante, basicamente, que o objeto da pretensão não venha desaparecer e, com isso, comprometer a utilidade da prestação jurisdicional.<sup>146</sup> Ainda, a cautelar não se presta a conceber mais do que seria possível obter com o provimento resultante do processo cognitivo ou de execução, uma vez que ela tem por finalidade assegurar a otimização de efeitos práticos, concretos, tangíveis, desses.<sup>147</sup> Deve ser aplicada sempre que houver possibilidade de procedência do pedido do autor na ação principal e se verificar perigo de dano ao bem jurídico daquela ação, em razão da demora da efetivação do provimento jurisdicional final resultante de cognição exauriente.<sup>148</sup>

Verifica-se que a tutela cautelar é um instrumento que tem como finalidade garantir o resultado útil da demanda principal, buscando afastar situação capaz de prejudicar sua eficácia. Agrega a ideia de segurança e efetividade à prestação jurisdicional. A referida medida não tutela o direito material em si, eis que visa proteger o provimento jurisdicional. É admitida sob a esfera incerta e possível de dano a um direito a ser reclamado processualmente. Qualquer restrição da medida em análise esbarra na CF/88.

### 2.2.1 Características essenciais da tutela cautelar

As características da tutela cautelar são exploradas pelos doutrinadores de forma bastante diversificada, adotando-se na presente pesquisa uma mescla das principais, localizadas na doutrina examinada. Tais características são consideradas fundamentais para a fundamentação e desenvolvimento do estudo.

---

<sup>145</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 1074.

<sup>146</sup> DESTEFENNI, Marcos: **Curso de processo civil: processo de conhecimento: tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43. v. 1: tomo 2.

<sup>147</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 255.

<sup>148</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 43.

### 2.2.1.1 Instrumentalidade

Ao apreciar a cautelar, é necessário que o julgador verifique o processo principal para ter certeza da medida mais adequada. Daí surge à natureza instrumental, visto que essa medida não tutela o direito material em si, uma vez que visa, apenas, proteger o provimento jurisdicional. Por ser o meio que procura resguardar o resultado final positivo a favor do pedido do autor, essa medida é considerada por alguns autores como sendo instrumento do instrumento.

Para Bedaque, essa “[...] instrumentalidade faz com que a tutela cautelar seja teleologicamente provisória, pois sua finalidade de proteger o resultado do processo, que se obtém mediante outra tutela jurisdicional. Faz com que ela tenha duração limitada, ou seja, até a emissão da tutela final”.<sup>149</sup>

Ressalta-se que por instrumentalidade deve ser entendida a circunstância do processo cautelar, visto que não se volta à proteção imediata do próprio direito material, mas, sim, do próprio plano processual.<sup>150</sup> É, dessa forma, instrumental a função cautelar, porque não se liga à declaração de direitos, nem promove a eventual realização dele.<sup>151</sup>

Nota-se que a instrumentalidade é apontada como uma característica típica da tutela cautelar, uma vez que essa tutela, nos termos do CPC, é sempre dependente da ação principal.<sup>152</sup> Aliás, exatamente por ser instrumento de outra tutela, a cautelar é provisória, ou seja, seus efeitos perduram, apenas enquanto não for proferida a decisão destinada a eliminar o conflito de direito material, após, cessa automaticamente a eficácia, pois, cumprida estará sua função no sistema processual.<sup>153</sup>

A medida cautelar possui caráter nitidamente instrumental, não constituindo um fim em si mesma. Pelo contrário, ela é utilizada como instrumento para garantir o bom resultado de um processo principal, não sendo, portanto, o meio idôneo para a satisfação imediata da pretensão da parte.

<sup>149</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 132.

<sup>150</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 492.

<sup>151</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 184. v 4.

<sup>152</sup> DESTEFENNI, Marcos: **Curso de processo civil:** processo de conhecimento: tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19. v. 1: tomo 2.

<sup>153</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Ibidem.** p. 133.

### 2.2.1.2 Urgência

Por ser espécie do gênero tutela de urgência, a tutela cautelar, por óbvio, tem a urgência como característica. Trata-se de atributo marcante, porém, não exclusivo dessa espécie de medida, porquanto se apresenta, também, nas demais espécies do gênero. Conseqüentemente, haverá a existência de urgência toda vez que o direito controvertido estiver na iminência de um dano irreparável.

Nesse contexto, afirma Destefenni:

[...] deve-se deixar consignado que a urgência é uma razão de ser da tutela cautelar, mesmo porque não haveria fundamento para uma prestação jurisdicional provisória se não fosse à presença de uma situação de urgência, onde a intervenção do judiciário deve, antes de tudo, ser célere, rápida e eficaz.<sup>154</sup>

A urgência está consubstanciada na expressão latina *periculum in mora* (perigo da demora), que caracteriza a circunstância de que o direito e, por consequência, o objeto do processo, pereça caso não seja tomada alguma providência tendente a eliminar o risco tão- logo possível. Daí diz-se que o risco da demora é o risco da ineficácia.<sup>155</sup> Gonçalves compartilha de tal entendimento prescrevendo: “A tutela cautelar é sempre de urgência, e pressupõe perigo na demora. Inexiste tutela cautelar quando não houver o *periculum in mora*”.<sup>156</sup>

Nota-se que a urgência pressupõe uma situação de risco, que deve ser afastado de imediato ou em curto espaço de tempo. Isso ocorre em função do magistrado não ter tempo hábil para fazer uma reflexão mais aprofundada e definitiva e nem colher todos os elementos necessários para a verificação do direito.

### 2.2.1.3 Provisoriedade

A provisoriedade é característica das cautelares, uma vez que o provimento cautelar se destina a preservar determinada situação durante um espaço de tempo limitado. Nota-se nas

<sup>154</sup> DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 15. v. 3.

<sup>155</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); DE ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Processo cautelar e procedimentos especiais**. In: **Curso avançado de processo civil**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 32. v. 3

<sup>156</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 694.

cautelares que não há possibilidade de definitividade, uma vez que é emanada no aguardo de um procedimento definitivo.<sup>157</sup> Em outras palavras a provisoriedade significa que as medidas cautelares têm duração temporal limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo.<sup>158</sup>

O caráter provisório da tutela cautelar não se relaciona com eventual alteração do provimento do juiz, pois comporta mudanças e extinguir-se-á com o desaparecimento da situação de perigo.<sup>159</sup> Para Bedaque, “[...] o provimento cautelar, embora possa ter características cognitivas ou executivas, será sempre e necessariamente provisório, ou seja, interino. Jamais assume caráter definitivo. Os efeitos da tutela cautelar estão limitados no tempo, invariavelmente”.<sup>160</sup>

A tutela cautelar se caracteriza pela sua natureza provisória e instrumental com relação ao provimento final. Possui como função principal assegurar a efetividade das tutelas cognitivas e executivas contra eventual dano causado pelo retardamento da declaração jurisdicional definitiva. Trata-se, pois, de providência assecuratória que busca evitar a ineficácia da tutela definitiva, que visa à satisfação do interesse protegido pelo direito material.<sup>161</sup> É esse também o entendimento de Alves, qual leciona que a cautelar “[...] é de natureza provisória e instrumental, tendo como objetivo único afastar possíveis embaraços à jurisdição. Somente por via de consequência é que protege a cautelar o direito material”.<sup>162</sup>

A referida tutela tem por escopo, apenas, a extinção da situação de perigo, sem a qual se perderia o objeto buscado na pretensão.<sup>163</sup> Por ter natureza acessória e servir de garantia, a cautelar é, via de regra, temporária em relação ao processo principal. Será provisório quando puder ser confirmado ao final da demanda.<sup>164</sup> Desse modo, a tutela cautelar possui caráter de provisoriedade, que só permanece enquanto durar sua causalidade, não sendo, assim, definitivas e perdurando no estado de urgência ou até que se proceda à tutela definitiva, ocasião em que serão substituídas ou absorvidas pela solução definitiva de mérito.

<sup>157</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 204.

<sup>158</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 493.

<sup>159</sup> ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 435.

<sup>160</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 120.

<sup>161</sup> COSTA, Aline Moreira da. Tutela Antecipada. **Revista da Faculdade de Direito de Taubaté**. São Paulo. Unitaú, ano VI, nº 6, 2004.

<sup>162</sup> ALVES, Eliana Calmon. Tutelas de urgência. Informe Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 11, n. 2, p. 159-168, jul./dez. 1999. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

<sup>163</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 47.

<sup>164</sup> **Ibidem**. p. 44.

#### 2.2.1.4 Revogabilidade e modificabilidade

É, também, característica da tutela cautelar, a revogabilidade, visto ser provimento de emergência e, como tal, possuir a possibilidade de revogação, modificação ou substituição. Assim, desaparecendo a situação fática que levou à concessão da cautelar, cessará, também, as razões de se acautelar o direito. A existência da cautelar está, portanto, ligada a um direito. Inexistindo direito a ser protegido, ter-se-á então uma satisfatividade, característica da antecipação de tutela no processo de conhecimento.

Acerca do assunto, Theodor Júnior escreve: “Decorrem, outrossim, a mutabilidade e a revogabilidade da medida cautelar de sua própria natureza e objetivos. Se desaparecer a situação fática que levou o órgão jurisdicional a acautelar o interesse da parte, cessa a razão de ser da precaução”<sup>165</sup>.

Percebe-se que quando deferida uma tutela cautelar o juiz pode, a qualquer tempo, modificar ou revogar, desde que tenha havido alteração nas circunstâncias que a justifique. Ou seja, se alterado a situação por aparecerem fatos ou provas novas ou se o juiz avaliou melhor o que tinha concedido anteriormente. Se houver agravo de instrumento o juiz poderá fazê-lo por força da retratação mesmo sem alteração fática, eis que, mesmo sem alteração, o juiz pode modificar ou revogar sua decisão, se novos elementos de convicção forem trazidos aos autos.<sup>166</sup>

Nesse sentido, Bedaque leciona:

Como a concessão da tutela cautelar pressupõe cognição superficial, pode ocorrer que a dilação probatória inerente à tutela definitiva afaste a plausibilidade do direito. Também é possível que o perigo de ineficácia do provimento final deixe de existir. Tais circunstâncias, sugeridas após a concessão da medida provisória, revelam o seu não cabimento e acarretam a sua revogação (CPC, art. 807, 2ª parte).

Vislumbra-se, pois, nessa característica, a possibilidade de mudança do provimento cautelar, tendo por finalidade oferecer proteção contra situações de perigo que esteja exposto o alegado direito. Esta tutela pode ser modificada ou alterada sempre que situação de perigo se modifique ou desapareça no curso do processo.

<sup>165</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 493.

<sup>166</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 697.

### 2.2.1.5 Sumariedade

A cautelar por ser espécie de tutela de urgência, é precedida de cognição sumária, afinal se estará diante de situações de perigo de danos irreparáveis, que exigem solução urgente. E, como se sabe, na cognição sumária o grau de conhecimento é menor, quase sempre fundado em juízo de aparência de direito, pois a demanda não é analisada com profundidade.

Acerca do tem Mesquita refere:

No processo cautelar, sumariedade significa que, conquanto o juiz possa aprofundar-se no exame das questões de fato e de direito suscitadas pelas partes, deve contentar-se com a *plausibilidade* do direito ou interesse alegado, em cognição sumária ou superficial, sem implicar cerceamento de defesa.<sup>167</sup> (grifo do autor)

No ponto de vista da profundidade a cognição é superficial, porquanto não incide com base na certeza da existência do direito, mas apenas na plausibilidade do mesmo. Assim, para o acolhimento da pretensão, basta o julgador se convencer da boa aparência do direito alegado, o qual, às vezes, pela dimensão da urgência, defere a medida sem ouvir a parte contrária, o que basta para mostrar que o faz sem ter ainda todos os seus elementos de convicção. Destarte, ao proferir a sentença cautelar, o juiz não dirá se o direito invocado existe ou não, visto que isso somente ocorrerá ao final do tramite da demanda.<sup>168</sup>

Assim, em função da urgência, a decisão de conceder ou não a tutela cautelar não precisa nem pode ser tomada em nível de certeza, mas apenas com base em juízo de probabilidade na qual basta a verificação do *fumus boni iuris*, que é requisito de fundamental importância da tutela cautelar, juntamente com o *periculum in mora*.

## 2.2.2 Requisitos para a concessão da tutela cautelar

Para que a parte possa obter a tutela cautelar que almeja, é preciso que se comprove a existência da plausibilidade do direito por ele afirmado, ou seja, *fumus boni iuris* e a

<sup>167</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 208.

<sup>168</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 696.

irreparabilidade ou difícil reparação desse direito, ou seja, *periculum in mora*. Sem esses requisitos não é possível demandar sobre a referida urgência.

No entendimento de Theodoro Júnior os requisitos para se alcançar uma providência de natureza cautelar são basicamente:

I – *Um dano potencial*, um risco que ocorre 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, *fumus boni iuris*.<sup>169</sup> (grifos do autor)

O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* estão relacionados com o interesse de agir. Assim, se a descrição feita pelo requerente da tutela cautelar revela, em tese, a necessidade e a adequação da medida pleiteada, isso significa que tais requisitos foram corretamente afirmados na inicial. Se provados, concederá o juiz a tutela pretendida. Observa-se, porém, que ao juiz não é dado o poder de optar pela concessão ou não da tutela cautela, visto que tem esse o dever de concedê-la quando restarem demonstrados os requisitos acima referidos. Alias, há que se ponderar a respeito, porquanto exista um percentual de subjetividade na análise dos requisitos objetivos para a concessão da tutela cautelar, contudo, não se pode falar em poder discricionário do juiz nesses casos.

### 2.2.2.1 Do *fumus boni iuris*

Para que o juiz possa conceder a tutela cautelar, é necessário que requerente aparente ser o titular da pretensão deduzida, qual se encontra sob a ameaça de dano e, ainda, que esse direito mereça proteção. Ou seja, significa que há indícios de que quem está requerendo a medida tem direito ao que está sendo pedido.

O termo *fumus boni iuris* significa a fumaça do bom direito, e consiste na demonstração razoável de um direito subjetivo favorável e, não numa declaração de certeza e de prova da existência do direito. Nesse contexto, Theodoro Júnior leciona: “Pelo *fumus boni*

<sup>169</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 500.

*iuris*, reclama-se do requerente a demonstração de *aparência de um direito subjetivo* envolvido no litígio”<sup>170</sup>.

A fumaça do bom direito, não implica na certeza do direito material, pois se assim fosse poder-se-ia fazer o julgamento definitivo e não uma simples cautelar. Ainda, a plausibilidade do direito material não significa que os fatos que o fundamentam serão profundamente analisados, mas apenas que o autor da cautelar tem direito ao processo de mérito com possível provimento favorável. Assim, uma vez demonstrado que o autor da cautelar possui todas as condições que lhe permitirão ingressar com o processo principal, ou seja, que este é viável e não lhe será claramente desfavorável, terá ele direito ao processo cautelar, pois o *fumus boni iuris* consiste na existência do interesse que justifica o direito de ação, sendo que na prática só não existe quando a pretensão do requerente configurar caso de inépcia da inicial.<sup>171</sup>

O *fumus boni iuris* está relacionado ao fato de que o provimento cautelar somente pode ser emitido antes da cognição exauriente, isto, é, antes que o magistrado tenha todo o contexto probatório para analisar. Ainda, o referido requisito está relacionado com a probabilidade de êxito do requerente.<sup>172</sup> Assim, para Ovídio Baptista:

O *fumus boni iuris*, enquanto simples verossimilhança do direito invocado pela parte, é pressuposto inafastável do juízo cautelar. Seja no sentido de fundar a procedência da ação, em se demonstrando a aparência do bom direito do pretendente a medida cautelar, seja enquanto se lhe nega a proteção assegurativa uma vez não demonstrada à plausibilidade do direito invocado, seja, finalmente, porque a mera possibilidade do direito que se invoca como fundamento da ação, sendo, em sede cautelar, irrelevante a prova irretorquível e incontroversa do direito alegado pelo postulante [...].<sup>173</sup>

A fumaça do bom direito que se exige para a concessão da tutela cautelar deve ser, apenas verossímil, provável, não há a necessidade de demonstrar que o direito existe, nem o julgador deve, a princípio, buscá-lo, bastando, portanto, uma mera probabilidade. Porém, não se pode deslembrar que o requerente da tutela cautelar deve apresentar, ao menos, indícios daquilo que afirma para merecer a tutela pretendida; ou seja, fatos não comprovados e simples alegações de direito não são aptos a demonstrar o *fumus boni iuris*. Para se obter a tutela

<sup>170</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 705.

<sup>171</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Ibidem**. p. 500-501.

<sup>172</sup> DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil: processo cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20. v. 3.

<sup>173</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. A ação cautelar inominada no direito brasileiro. In: DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil: processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 121-122.

cautelar, a parte deverá demonstrar o fundado temor de que, enquanto aguarda a decisão definitiva, pode vir a faltar condições de efetivar a pretensão solicitada.

### 2.2.2.2 Do *periculum in mora*

O *periculum in mora* relaciona-se com a urgência, que é inerente ao provimento cautelar. Nesse a parte deve demonstrar que enquanto aguarda a tutela definitiva há circunstâncias que podem acarretar risco de perda da eficácia da tutela principal, isso é, significa que se o magistrado não conceder a medida imediatamente, depois poderá ser muito tarde, em função do direito da pessoa já terá sido danificado de forma irreparável.

O perigo da demora se refere ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, em favor de uma das partes, o que não poderá ser alcançado no caso de se concretiza o dano temido. Assim, esse dano corresponderia a uma alteração na situação de fato existente ao tempo do surgimento da lide.<sup>174</sup> Nesse contexto Destefenni leciona que “[...] exatamente por isso que se busca por meio das referidas cautelares um solução mais rápida, mesmo que provisória, pois a providência de urgência poderá afastar o perigo da demora, até que se obtenha um provimento jurisdicional definitivo”<sup>175</sup>.

Assim, enquanto não é prolatada a decisão definitiva, poderão ocorrer danos graves ou de difícil reparação ao bem pretendido com a demanda, para tentar proteger esse bem, utiliza-se da tutela cautelar. Todavia, há a necessidade, para a concessão da referida medida, que o risco seja fundado, provável, pois, se for improvável, remoto ou que resulte de temores subjetivos o juiz não a concederá<sup>176</sup>. Frisa-se, porém, que não se pode exigir a prova desse dano. Ainda, a plausibilidade do dano será avaliada pelo julgador, conforme seu livre convencimento motivado.

---

<sup>174</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 501.

<sup>175</sup> DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil: processo cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 20. v. 3.

<sup>176</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 705.

No entendimento de Theodoro Júnior o

[...] dano temido, para justificar a proteção cautelar, há de ser a um só tempo grave e de difícil reparação, mesmo porque as duas ideias se interpenetram e se completam, posto que para ter-se como realmente grave uma lesão jurídica é preciso que seja irreparável sua consequência, ou pelo menos de difícil reparação.<sup>177</sup>

A tutela cautelar é sempre de urgência e pressupõe perigo na demora, assim, inexistente tutela cautelar, quando não houver *periculum in mora*. Em função da urgência, a medida cautelar é deferida em cognição sumária, visto que o juiz se contenta com a mera plausibilidade ou verossimilhança do direito alegado, sem um exame aprofundado, que possa levá-lo à cognição definitiva.

Cumprido observar que a ausência de um dos requisitos acima analisados torna inviável o deferimento da medida cautelar. E, por ser de cognição sumária, esta não tem o condão de exaurir o pedido da inicial, porquanto visa, apenas, resguardar o direito da parte para no final efetivar a futura sentença.

Destaca-se que os requisitos necessários para a obtenção da tutela cautelar são mais brandos do que os necessários para a concessão da tutela antecipatória, pois enquanto a antecipatória requer a produção de prova inequívoca e possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, a cautelar requer, apenas, a possibilidade de futuro acolhimento do direito alegado e a possibilidade de um dano, que não precisa ser iminente nem irreparável ou de difícil reparação.

### 2.3 Da tutela antecipada

Considera-se tutela antecipada o ato do juiz, por meio de decisão interlocutória, adiantar ao postulante, total ou parcialmente, os efeitos do julgamento de mérito, quer em primeira instância, quer em sede de recurso. O instituto está previsto no artigo 273 e incisos do CPC, qual autoriza ao juiz conceder ao autor um provimento imediato que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere à prestação do direito material reclamado no litígio. É considerada uma espécie do gênero tutela de urgência.

---

<sup>177</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 501-502.

A tutela antecipada será proferida em processo de conhecimento e terá escopo de evitar dano ao direito subjetivo do autor pressupõe, portanto, controvérsia acerca do direito material.<sup>178</sup> O que se almeja com a referida tutela é a celeridade e a rapidez da prestação jurisdicional satisfativa, entregando-se desde logo ao autor, embora de modo provisório, o objeto pretendido.<sup>179</sup> Para Gonçalves: “A antecipação de tutela consiste na possibilidade de o juiz antecipar os efeitos da sentença para uma fase do processo anterior àquela em que normalmente tais efeitos seriam produzidos”<sup>180</sup>.

Antecipar os efeitos constitui meio para assegurar a efetividade jurídica do provimento, destinado a eliminar com eficácia a crise de direito material, proporcionando ao autor uma situação mais próxima possível daquela que deveria ter sido alcançada espontaneamente, quando do cumprimento voluntário do dispositivo legal. Assim, a tutela antecipatória atua como instrumento da tutela final<sup>181</sup> e tem como principal objetivo minimizar os efeitos do tempo no processo, visto que, a fruição do bem pretendido somente seria possível ao final, depois do trânsito em julgado da lide.<sup>182</sup> Essa antecipação de efeitos acontece quando o julgador se convencer da prova apresentada nos autos em conjunto com os fatos narrados na petição. Há, portanto, um convencimento íntimo do julgador que acredita ser verossímil o direito alegado<sup>183</sup>.

A pretensão do autor quando requer o deferimento da medida antecipatória é de obter no início ou no curso do processo resposta judicial que apenas lhes seria apresentada por acasão da sentença. Logo, quando o julgador defere a medida, confere ao autor não apenas um alento de proteção, uma resposta acautelatória, mas parte ou a totalidade do que lhes seria conferido após a prática de todos os atos processuais. Vislumbra-se dessa forma que a antecipação de tutela é de índole satisfativa.<sup>184</sup>

O pedido da referida tutela prescinde de qualquer base procedimental própria. É exercitável incidentalmente, via requerimento em meio a um processo já existente e que se desenvolve validamente. Como a lei não fixou o momento adequado para a antecipação de

<sup>178</sup> NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 185.

<sup>179</sup> FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 82.

<sup>180</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 672.

<sup>181</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 292.

<sup>182</sup> DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil: processo de conhecimento: tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 44. v. 1: tomo 2.

<sup>183</sup> NICOLEIT, Rudolfo Radaelli. A valoração da prova e a verossimilhança nas medidas de urgência. Disponível em: <<http://www.text.pro.br>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

<sup>184</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 13. v. 3.

tutela, nada impede que seja postulada na inicial, cabendo ao juiz apreciá-la antes ou depois da citação do réu, conforme maior ou menor urgência do caso *sub judice*.<sup>185</sup>

Nota-se que o art. 273, deixou a matéria sob o regime procedimental livre e flexível, porquanto não há um momento certo e preclusivo para a postulação e deferimento da mesma. Assim, poderá ela sobrevir no despacho da inicial, ou posteriormente, conforme o desenvolvimento da marcha processual e a superveniência de condições que justifiquem a providência antecipatória.<sup>186</sup> Isso, tanto em primeiro quanto em segundo grau de jurisdição. Desse modo, poderá a referida tutela ser concedida via decisões liminares, emitidas no início do procedimento, se não deferida no início nada impede que seja deferida no curso da relação processual ou mesmo na sentença. Aliás, não só, visto que, também, poderá ser objeto de apreciação em sede recursal.<sup>187</sup> Nesse contexto Wambier elucida que “[...] estando presentes os pressupostos, a tutela antecipada pode ser concedida no tribunal, se já tiver sido proferida a sentença de primeiro grau de jurisdição, e até mesmo nos tribunais superiores, em fase de recurso especial ou extraordinário”<sup>188</sup>.

Percebe-se que estar o processo na fase recursal não é obstáculo para ter-se a pretensão atendida, quando ficar evidenciado que a tutela antecipatória é indispensável para afastar perigo de dano irreparável ao direito afirmado e tido pelo julgador como verossímil. Negar a medida nessas circunstâncias implicaria o sacrifício da efetividade da jurisdição.<sup>189</sup> Ressalta-se, ainda, que a referida tutela não é utilizada apenas nos casos de perigo iminente, vez que uma das garantias oferecidas pelo Estado à sociedade é o direito a uma resposta jurisdicional em tempo razoável. Assim, qualquer abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu é suficiente para dar ensejo à antecipação de tutela, mesmo não estando vinculada a existência de perigo de dano.<sup>190</sup>

A antecipação da tutela é, portanto, medida que atende a uma pretensão de direito material do autor antes do momento considerado adequado, baseado em documentos juntados, qual é concedida liminarmente mediante cognição sumária. A referida tutela jurisdicional proporciona à parte provisoriamente, com contornos definitivos, o direito material objeto da

<sup>185</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 675.

<sup>186</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Op. cit.** p. 675.

<sup>187</sup> DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil: processo de conhecimento: tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 50-51. v. 1: tomo 2.

<sup>188</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

<sup>189</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 120.

<sup>190</sup> COSTA, Aline Moreira da. Tutela Antecipada. **Revista da Faculdade de Direito de Taubaté**. São Paulo, Unitaú, ano VI, nº 6, 2004.

pretensão a ser provavelmente alcançado no provimento de mérito. Para que isso ocorra, imprescindível a presença de características e pressupostos que a embasam. Assim sendo, passa-se a analisar as principais características e após serão, também, trabalhado os requisitos indispensáveis concessão da mesma.

### 2.3.1 Características da tutela antecipada

Para melhor compreender e embasar a tutela em estudo, indispensável que se proceda à análise das principais características encontradas na doutrina a respeito do tema. Cumpre observar que os doutrinadores não são unânimes a respeito da divisão e nomenclatura das características da tutela antecipatória.

Destaca-se que algumas características a serem analisadas são comuns às espécies tutelas de urgência em estudo – cautelar e antecipatória – dentre elas encontramos a cognição sumária, o caráter provisional e a possibilidade de serem concedidas por meio de liminares. Assim, dentre as principais características da tutela antecipada encontram-se as abaixo analisadas.

#### 2.3.1.1 (Ir)Reversibilidade do provimento

O parágrafo 2º<sup>191</sup> do artigo 273 do CPC refere que ao analisar o pedido o juiz terá que verificar sobre a possibilidade de reversibilidade da medida. Ou seja, deve haver a possibilidade da coisa ser repostada ao estado anterior ao da providência ou, ao menos, a possibilidade de indenização a parte que tenha efetivamente sofrido o dano em função do deferimento da mesma.

A irreversibilidade que trata o dispositivo supracitado diz respeito aos efeitos que decorrem da decisão, que antecipa a tutela. Isso porque a decisão não é objeto da antecipação de tutela. O provimento que se refere é aquele que se pretende com a antecipação, ou seja, os efeitos que serão produzidos por esta tutela ao final da sentença. Trata-se, portanto, de irreversibilidade de efeitos práticos e concretos,<sup>192</sup> pois o provimento, enquanto ato

<sup>191</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 jan. 2012. O parágrafo 2º do art. 273 prescreve *in verbis*: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

<sup>192</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45. v. 4.

processual, sempre poderá ser revogado<sup>193</sup>. Considera-se, reversível o provimento toda vez que puder haver indenização e que esta seja capaz de compensar efetivamente o dano sofrido. Porém, isso nem sempre pode ocorrer, pois há danos que são insubstituíveis por pecúnia.<sup>194</sup>

A vedação insculpida no § 2º não deve ser aplicada de forma absoluta, mas relativa, uma vez que pode comprometer o próprio instituto da antecipação de tutela. Nota-se em alguns casos que a reversibilidade corre riscos, especialmente quanto à reposição *in natura* da situação fática anterior e mesmo nessas hipóteses é viável o deferimento da medida, desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e do risco decorrente da sua não fruição imediata. Entretanto, impõe-se ao julgador equipar-se de meios adequados à reversibilidade da situação, ou seja, exigir caução, para garantir a reparação de eventuais indenizações.<sup>195</sup> Assim, não se pode desprezar a possibilidade de em situações extremas se permitir a satisfatividade irreversível da tutela antecipada, sob pena de perecimento do direito. Ou seja, que se a única forma de se evitar essa consequência e assegurar a efetividade do processo for antecipar efeitos irreversíveis, não se pode excluir de plano a medida.<sup>196</sup> Portanto, é indispensável que o julgador sopesse os valores dos bens em conflito no caso concreto e decida com bom senso.<sup>197</sup>

Greco entende que, atualmente,

[...] a exegese que deve ser dada a suposta reversibilidade da tutela antecipada é a de que, para a concessão da medida antecipatória, o juiz precisa realizar um juízo de proporcionalidade, de ponderação dos interesses em jogo. Ao apreciar o pedido de tutela antecipada, o juiz deve examinar, a luz do princípio da proporcionalidade, não apenas o direito do autor, mas igualmente o possível direito do réu; deve sopesar não apenas os riscos ou o perigo de dano que a não antecipação causaria ao direito do autor, mas também os que a antecipação poderia causar ao direito do réu. Assim, o juiz não deve conceder a tutela antecipada quando o dano que ela possa causar ao réu seja muito mais grave do que aquele que sofrera o autor se a tutela não for concedida.<sup>198</sup>

Percebe-se que a solução será o juiz valer-se do princípio da proporcionalidade, determinando a proteção do interesse mais relevante e afastando o risco mais grave. Assim, a

<sup>193</sup> CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil**: do processo cautelar, arts. 796 a 812. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2011. p. 356.

<sup>194</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2006. v. 1.

<sup>195</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 97.

<sup>196</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 322.

<sup>197</sup> NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 188.

<sup>198</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 331. v. II.

irreversibilidade deve ser levada em conta tanto para negar quanto para conceder, ou seja, se a concessão gerar situação irreversível e a denegação não, o juiz deve denegá-la, porém, se a denegação gerar situação irreversível e a concessão não, o juiz deve concedê-la, contudo, se ambas gerarem situação irreversível, a solução será aplicar o princípio acima citado.<sup>199</sup>

Nota-se que a tutela antecipatória é, por natureza, satisfativa, isto é, permite a fruição, ao menos em parte, do bem reclamado pelo autor da demanda. Tal satisfatividade pode ter consequência reversível ou irreversível no plano dos fatos. Será reversível quando permitir a recomposição total da situação fática anterior ao seu deferimento e irreversível na situação inversa. Ainda, essa reversibilidade diz respeito aos fatos decorrentes do cumprimento da decisão e não com a decisão em si, pois a decisão é sempre reversível, ainda que sejam irreversíveis as consequências fáticas decorrentes de seu cumprimento.

### 2.3.1.2 Revogação e modificação

O parágrafo 4º<sup>200</sup> do art. 273 prevê a possibilidade de que a decisão que concedeu ou negou a antecipação da tutela seja alterada pelo juiz a qualquer tempo, em decisão fundamentada, desde que ocorra a modificação na situação de fato e do quadro instrutório. Ou seja, desaparecendo ou surgindo os pressupostos necessários para concessão da referida tutela, a decisão poderá sofrer alteração.

Verifica-se que o preceito legal acima citado permite que o juiz inverta ou modifique a decisão proferida em função das alterações no plano dos fatos – externos ou internos ao processo – adequando a sua decisão à existência e à subsistência dos requisitos que terão autorizado a concessão da medida. Fora essa hipótese, a alteração da decisão antecipadora da tutela só pode ocorrer mediante a interposição de agravo, no qual o juiz exerce o juízo de retratação.<sup>201</sup> Em outros termos, tanto a decisão que concede quanto a decisão que denega o provimento requerido poderão ser modificados ou revogados a qualquer tempo, especialmente quando ocorrer mudança no estado de fato ou quando o aprofundamento no nível de cognição

<sup>199</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 677.

<sup>200</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 jan. 2012. O parágrafo 4º do art. 273 prescreve: “A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

<sup>201</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2006. v. 1.

evidenciar situação diversa da que primitivamente se entendeu verificada, estando à decisão sujeita a recurso de agravo de instrumento.<sup>202</sup>

Lembra-se que as razões que permitem a revogação ou a modificação da tutela antecipada são as novas circunstâncias da causa, ou seja, são as razões que não foram apresentadas no momento da concessão. Assim, não somente a alteração fática do objeto do processo permite a modificação ou revogação, mas também o surgimento, derivado do desenvolvimento do contraditório, de outras evidências sobre a situação de fato.<sup>203</sup> Nesse contexto, Wambier leciona: “O que não poder ocorrer, em nosso sentir, é a alteração da decisão concessiva ou denegatória da antecipação dos efeitos da sentença porque o juiz simplesmente mudou de ideia. É necessária alteração dos fatos e, ou do quadro probatório”<sup>204</sup>.

A modificação só será cabível quando a situação de fato subjacente ao processo se alterar, ou seja, em caso desaparecimento dos requisitos da manutenção da medida concedida ou no caso surgimento dos requisitos que determinem a sua concessão. Assim, não se poderá dizer que a decisão terá sido propriamente alterada, mas que terá havido a prolação de outra decisão para outra situação. Portanto, inaceitável a alteração da decisão concessiva ou denegatória da antecipação dos efeitos da sentença quando o juiz mudou de ideia, sem a alteração dos fatos ou do quadro probatório.

Nesse sentido Bueno Prescreve:

[...] a “revogação” e a “modificação” a que se refere o § 4º do art. 273 devem ser limitados aos casos em que há alguma oportunidade procedimental para o magistrado *redecidir* o que já decidiu; coisa bem diferente de *decidir* de novo o mesmo pedido pelos mesmos fundamentos. A revogação ou modificação da tutela antecipada não se pode dar, portanto, diante de novas reflexões sobre o caso sem que haja oportunidade processual para tanto. Nem pelo juiz prolator da decisão, nem por outro que por qualquer razão, atue em seu lugar. O *juízo* decide uma única vez, e só *redecide* quando o sistema processual civil o autoriza a tanto.<sup>205</sup>

<sup>202</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 49.

<sup>203</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 275.

<sup>204</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

<sup>205</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59. v. 4. Acerca do assunto o autor refere que: “É o que se dá por exemplo, quando a hipótese é de antecipação da tutela *inaudita altera pars*, isto é, em que a tutela é antecipada antes mesmo da citação do réu. Nestes casos, o magistrado antecipa a tutela forte no princípio da “efetividade do processo”, postergando a incidência do princípio da “ampla defesa” [...] com a apresentação pelo réu de sua defesa, legítimo que ele, juiz *redecida* o que já havia decidido.”

Assim, de acordo com o § 4º do art. 273, é possível que a decisão que concedeu ou negou a antecipação da tutela seja alterada pelo juiz a qualquer tempo, em decisão fundamentada, desde que ocorra a modificação na situação de fato e ou do quadro instrutório, desaparecendo ou surgindo os pressupostos necessários para concessão ou não da tutela antecipada. Aliás, não ocorre a alteração da decisão, mas uma nova decisão para uma nova situação, pois, enquanto a causa de pedir identifica o pedido, a razão de decidir identifica a decisão.

Não obstante as características acima elencadas, mister, também, se faz trabalhar os requisitos da tutela em apreciação. Assim, é da leitura atenta do *caput* e dos incisos do art. 273 do CPC, que se extraem os requisitos que, conduzirá o magistrado à concessão da tutela antecipada. Percebe-se que os requisitos apresentados do preceito em análise são fundamentais para a formação da convicção do julgador antes da concessão ou denegação da tutela antecipada. Aliás, não basta a simples alegação da parte de seu direito para que se alcance a referida tutela, faz-se necessário ir além, apresentar prova inequívoca para que se convença o julgador e se estabeleça a verossimilhança da alegação.

### **2.3.2 Requisitos da tutela antecipada.**

Da leitura do *caput* e dos incisos do art. 273 do CPC, revelam-se os requisitos, que, quando presentes, devem conduzir o magistrado à concessão da tutela antecipada. Os doutrinadores, em sua maioria, se posicionam no sentido de não haver liberdade ou discricionariedade do julgador para a concessão ou rejeição do pedido da antecipação de tutela. Assim, deverá o julgador deferir o pedido quando estiver diante dos requisitos autorizadores, ou então, rejeitá-lo, quando da falta deles. Portanto, a concessão da medida não seria uma faculdade do magistrado.

Os requisitos trazidos pelo dispositivo supracitado são fundamentais para a formação da convicção do julgador antes da concessão ou denegação da tutela antecipada. Para Bueno, os requisitos legais

[...] são de duas ordens: (i) necessários e (ii) cumulativo-alternativos. São sempre necessárias, para a concessão da tutela antecipada, a “prova inequívoca” e a “verossimilhança da alegação” a que se referem o *caput* do art. 273. São cumulativo-alternativos o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e o “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, de que se ocupam, respectivamente os incisos I e II do mesmo dispositivo. São “alternativos” porque basta a situação descrita no inciso I *ou* no inciso II para a concessão da tutela antecipada. É sempre necessário, contudo, estar diante de uma prova inequívoca que convença o magistrado da verossimilhança na alegação. Daí serem esses dois pressupostos *alternativos* (em relação às situações descritas nos incisos) e *cumulativos*, com o que exige o *caput* os pressupostos *necessários* para a concessão da tutela antecipada.<sup>206</sup>

Para se obter provimento jurisdicional pela tutela antecipatória, faz-se necessária a demonstração do perigo iminente de dano irreparável ou difícil reparação, somada à prova inequívoca, que induz a verossimilhança das alegações do requerente. A tutela antecipatória em casos de comportamento manifestamente protelatório do réu, não constitui tutela de urgência, visto que o requisito referente a esse comportamento protelatório não denota a necessidade de tutela de urgência, mas sim de uma sanção.<sup>207</sup> Assim, duas são as situações distintas e não cumulativas entre si, que ensejam a antecipação dos efeitos da tutela, a saber: a existência do *periculum in mora* prescrito no art. 273, I, do CPC e a existência do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, descrito no art. 273 II do mesmo diploma. Lembra-se, todavia, que esse independe da existência daquele (*periculum in mora*).<sup>208</sup>

Portanto, da análise do artigo 273 do Código de Processo Civil, verifica-se que os requisitos necessários, exigidos para concessão da tutela antecipada são em síntese: requerimento da parte; existência de prova inequívoca; verossimilhança da alegação; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou caracterização do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Ressalta-se que esses dois últimos são alternativos, todavia, os demais são cumulativos e devem obrigatoriamente estar presentes para que a medida possa ser concedida. Na sequência será analisado cada um deles em separado.

<sup>206</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34. v. 4.

<sup>207</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 89-90.

<sup>208</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 617-618.

### 2.3.2.1 Requisitos obrigatórios para a concessão da tutela antecipada

Em que pese ser a tutela antecipada espécie de pedido feito ao julgador, que adianta total ou parcialmente os efeitos da sentença judicial de mérito, necessário se faz a presença de certos requisitos, que devem ser atentamente observados a fim de que se garanta a segurança jurídica que incide nas relações processuais. Como requisitos obrigatórios a doutrina cita o requerimento da parte, a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

#### 2.3.2.1.1 Requerimento da parte

É prevalente o entendimento por parte da doutrina e da jurisprudência no sentido de que o pedido da parte, insculpido no art. 273 *caput*, é o primeiro requisito para a antecipação dos efeitos da tutela, a qual não poderá ser concedida de ofício pelo magistrado. Assim, em princípio, o pedido de antecipação de tutela é formulado pelo autor, que no processo, poderá ser além, daquele que apresenta a petição inicial, o oponente, o denunciante, o que apresenta a declaratória incidental, o assistente litisconsorcial do autor, o réu, em casos em que propõe reconvenção ou em ação dúplice e o Ministério Público, quando atuar como fiscal da lei, a favor da parte<sup>209</sup>.

Nesse contexto Zavascki leciona:

Considera-se parte, para esse efeito quem está postulando a tutela definitiva cujos efeitos se busca antecipar, ou seja, o autor, o reconvinente, o oponente, o substituto processual. Nos casos de ação dúplice, em que a tutela definitiva poderá vir a ser conferida ao réu, mesmo sem reconvenção, nada impede que, presentes os requisitos exigidos, venha ele, réu, pedir medida antecipatória em seu favor.<sup>210</sup>

De acordo com a letra expressa do art. 273, *caput*, a tutela antecipada só pode ser deferida a pedido da parte. Portanto, ter havido o pedido é requisito para poder ser antecipados os efeitos da sentença. Não haveria antecipação dos efeitos da sentença sem provocação da parte<sup>211</sup>. É esse, também, o entendimento de parte dos doutrinadores nacionais, os quais asseguram ser vedado ao juiz conceder *ex officio* a antecipação de tutela,

<sup>209</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso de processo civil**. teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2006. v. 1.

<sup>210</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>211</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Ibidem**. p. 310.

pois o dispositivo legal só permite ao juiz conceder a referida tutela, diante de pedido expresso do autor.<sup>212</sup> Não obstante, outra parte da doutrina tem entendimento diverso. Assim, para Arenhart:

[...] duas consequências podem ser de pronto vistas: de um lado, embora a tutela antecipatória exija requerimento da parte para ser concedida (art. 273, *caput*, do CPC), pode o Juiz, dentro de certos limites, conferir outra providência, se entendê-la mais conveniente e adequada para o caso concreto; de outro lado, concedida a tutela antecipatória, pode ela ser alterada, ter seu conteúdo ampliado ou diminuído, conforme as necessidades da situação concreta, existente em cada momento específico em que a proteção provisória visa atuar.<sup>213</sup>

Percebe-se que há divergências doutrinárias a respeito da antecipação de ofício, uma vez que alguns doutrinadores entendem ser possível a concessão de ofício, enquanto outros entendem não ser possível, apegando-se a literalidade do dispositivo legal. O entendimento que tem obtido adesão majoritária é no sentido de não possível a concessão de ofício.<sup>214</sup> Assim, em regra, a tutela antecipada deve ser requerida pela parte, porém, excepcionalmente em casos graves e de evidente disparidade de armas entre as partes, a luz do princípio da razoabilidade, é possível antecipar a tutela de ofício.<sup>215</sup>

A regra é o autor deduzir a pretensão em juízo, de sorte que só ele poderá fazer pedido e se beneficiar da tutela antecipada. Porém, essa legitimidade para requerer a antecipação da tutela é estendida, em tese, a todos aqueles que deduzem pretensão em juízo, como o denunciante, na denúncia da lide; o oponente, na oposição; o autor da ação declaratória incidental. Aliás, não só, pois o réu, quando reconvém, é autor da ação de reconvenção, de modo que pode, também, pleitear a antecipação dos efeitos da tutela pretendida na petição inicial da reconvenção. Portanto, prevalece o entendimento de que em regra a tutela antecipada deverá ser requerida pela parte, não sendo possível sua concessão de ofício.

<sup>212</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 613.

<sup>213</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 318.

<sup>214</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 674.

<sup>215</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 271.

### 2.3.2.1.2 Prova inequívoca

A antecipação de tutela, apresentada no art. 273 do CPC, exige cognição sumária e se baseia na existência de prova inequívoca, que pode ser definida como sendo os elementos de convicção, presentes nos autos do processo. A prova inequívoca referida na norma processual não significa necessariamente a produção de provas plenas, mas tão somente o oferecimento de provas que proporcionem ao juízo a probabilidade de acolhimento das alegações deduzidas pelo autor. Assim, se esta não se presta a certeza decisiva, também não pode ser superficial. A ideia é de ser um conjunto forte de provas que ampara o direito afirmado pelo autor.

Nesse contexto Ruanoba explica que

[...] para a concessão da tutela antecipatória o *fumus boni iuris* deverá ser acrescido de um plus, qual seja, a prova inequívoca, a qual implica num grau mais intenso de probabilidade acerca da existência do direito, não bastando à versão verossímil dos fatos. Não é suficiente para a obtenção de tutela antecipada, portanto, a demonstração dos fatos por intermédio de prova tênue, exigindo-se prova robusta que torne factível a concessão da providência.<sup>216</sup>

Destarte, a antecipação não deve ser desperdiçada com simples alegações ou suspeitas, haverá de apoiar-se em prova pré-existente, não necessariamente documental, porém, terá de ser clara, evidente e portadora de determinado grau de convencimento que a seu respeito não se possa levantar dúvida provável.<sup>217</sup> A expressão prova inequívoca refere-se a qualquer tipo de prova (documental, testemunhal, pericial, laudos e pareceres de especialistas etc.), desde que lícita.<sup>218</sup> Inequívoca seria, portanto, uma qualidade atribuída à prova.<sup>219</sup> Para Bueno: “O melhor entendimento para a expressão ‘prova inequívoca’ é o de tratar-se de prova robusta, contundente, que dê, por si, a maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato e de suas consequências jurídicas”.<sup>220</sup>

<sup>216</sup> RUANOBA, Sebastian Watemberg. Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelar) no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

<sup>217</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 674.

<sup>218</sup> RUANOBA, Sebastian Watemberg. Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelar) no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

<sup>219</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. rev.atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 271.

<sup>220</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36. v. 4.

Existirá prova inequívoca toda vez que houver prova consistente capaz de formar o convencimento provisório do juiz, a respeito da verossimilhança das alegações do autor, insculpidas na inicial, as quais ensejam a pretensão de natureza emergencial em questão<sup>221</sup>. Essa prova capaz de convencer o julgador pode ser compreendida como a prova suficientemente verossímil, robusta, que se aproxime do juízo de verdade. Em outros termos, é o fato de o julgador ter um juízo formado quando ainda não foi realizado plenamente o contraditório em primeiro grau de jurisdição.<sup>222</sup>

Inequívoca é a prova suficiente que leva o julgador a acreditar que a parte é titular do direito material disputado, o qual, naquele momento processual, poderia ensejar uma sentença de mérito favorável ao requerente da antecipação de tutela. Acerca do tema Bueno: “O que interessa, pois, é que adjetivo ‘inequívoca’ traga à prova produzida, qualquer que ela seja, e por si só, segurança *suficiente* para o magistrado decidir sobre os fatos e as consequências jurídicas que lhe são apresentadas”.<sup>223</sup>

Destaca-se que pouco importa se posteriormente, no julgamento final, a convicção for outra, pois para a concessão da tutela antecipada, não se exige que da prova surja à certeza das alegações, contentando-se com a verossimilhança delas, isto é, a aparência da verdade.<sup>224</sup> Portanto, além da prova inequívoca, o requerente terá de apresentar ao julgador uma versão verossímil das circunstâncias justificadoras de sua pretensão.<sup>225</sup>

Em síntese, a prova inequívoca mencionada no art. 273, *caput*, é qualquer meio de prova, em geral a documental, capaz de influenciar, positivamente, o convencimento do julgador, tendo por objeto a verossimilhança da alegação de risco ou de abuso do réu. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença e que não apresente dubiedade, é mais intenso que o juízo assentado em simples alegações, que somente permite a visualização de mero contorno de um direito.

<sup>221</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil**: processo de conhecimento, arts. 270 a 281; [coord. de Ovídio Araújo Batista da Silva]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 185. v. 4: tomo I.

<sup>222</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. rev.atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>223</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36. v.4.

<sup>224</sup> NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso de processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.187.

<sup>225</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 706.

### 2.3.2.1.3 Verossimilhança da alegação

A verossimilhança da alegação é, também, requisito exigido para o deferimento da tutela em análise, está positivado no *caput* do art. 273 CPC, e refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende ver reconhecida a antecipação de tutela, não apenas quanto a seu direito subjetivo material, mas principalmente no que refere ao perigo de dano e sua irreparabilidade e ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.<sup>226</sup>

Bueno explica que

[...] é a prova inequívoca que conduz o magistrado a um estado de verossimilhança da alegação. Verossimilhança no sentido de que o que foi narrado e *provado* ao magistrado parece ser verdadeiro. Não que o seja, e nem precisa sê-lo; mas é fundamental que a alegação tenha *aparência* de verdadeira. É demonstrar ao magistrado que, a luz das provas que lhes são apresentadas (documentais ou não), o fato jurídico conduz a solução e aos efeitos que o beneficiário da tutela jurisdicional pretende.<sup>227</sup> (grifo do autor)

A verossimilhança exigida no dispositivo significa um juízo de plausibilidade do direito alegado em relação à parte adversa, ou seja, verificando o juiz ao apreciar o pedido de antecipação, que o direito do autor é evidente, haverá de deferir a providência, com base em cognição sumária.<sup>228</sup> Percebe-se que a lei não exige a prova de verdade absoluta, mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxima o juízo de probabilidade do juízo de verdade.<sup>229</sup> Ainda, para que ocorra a concessão da tutela antecipatória, requer-se do autor a demonstração probatória hábil a gerar na consciência do julgador muito mais do que a simples plausibilidade das alegações ensejadoras da pretensão emergencial, deverá ensejar, a percepção de verossimilhança, em razão dos efeitos que serão produzidos no mundo fático.<sup>230</sup>

Acerca do tema Greco refere:

<sup>226</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 674.

<sup>227</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37. v. 4.

<sup>228</sup> ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 413.

<sup>229</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 76.

<sup>230</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil: processo de conhecimento, arts. 270 a 281**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 185. v. 4: tomo I.

A verossimilhança da alegação, fundada em prova inequívoca, nada mais significa, em linguagem exótica, do que o mesmo juízo de probabilidade da existência do direito (*fumus boni iuris*), que é pressuposto das medidas cautelares. Hoje está razoavelmente assentado na doutrina brasileira que não há diferença entre o juízo de probabilidade na medida cautelar e na tutela antecipada. Na verdade, é indispensável que o juiz se convença de que o autor ou recorrente tem razão, ou seja, que ele formule um juízo positivo acerca da sua pretensão.<sup>231</sup>

A prova inequívoca da verossimilhança da alegação põe-se no meio termo entre o *fumus boni iuris* e a certeza, obtida pelo magistrado após o término da fase de instrução probatória, autorizando-o a prolatar a sentença judicial devidamente fundamentada. No caso da antecipação da tutela, há uma razoável probabilidade de que os fatos afirmados pelo autor tenham se passado da forma relatada, de que sejam verossímeis e amparados em prova idônea.<sup>232</sup> Essa concepção de convencimento e de verossimilhança a que alude o art. 273, *caput*, corresponde à cognição sumária ou superficial, na qual o juiz tem uma razoável impressão de que o autor tem razão, mas não certeza absoluta, como ocorre na cognição exauriente.<sup>233</sup>

Percebe-se que antecipação de tutela somente terá lugar quando estiver presente a razoabilidade das alegações da parte postulante e, ainda, restar demonstrado o perigo na demora da prestação jurisdicional da tutela final. Em outros termos, exige-se que os fundamentos da pretensão à tutela antecipada sejam relevantes e apoiados em prova idônea. Observa-se que a lei não se contenta com a simples probabilidade, já que, na situação do art. 273 do CPC, reclama-se a verossimilhança a seu respeito, a qual somente se configurará quando a prova apontar para uma probabilidade muito grande de que sejam verdadeiras as alegações de litigantes.<sup>234</sup>

A verossimilhança das alegações significa, em termos não técnicos, a semelhança com a verdade, ou seja, que ocorra um fato que dê mais razões para se acreditar que seja verdadeiro do que falso. Assim, exige-se tanto que o fato pareça verdadeiro, como a prova que o ampare, ainda que superficialmente. Em outras palavras, verossimilhança seria se aproximar da verdade e do direito, pois, o que se exige é um grau de probabilidade da verdade, uma aparência da verdade.

<sup>231</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II.

<sup>232</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2005. v. 3.

<sup>233</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2006. v. 1.

<sup>234</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 707.

### 2.3.2.2 Requisitos alternativos para a concessão da tutela antecipada

A presença dos requisitos genéricos acima analisados não é suficiente para a concessão da tutela antecipada, pois ao lado daqueles deve estar presente, ainda, os denominados pela doutrina como sendo requisitos específicos ou alternativos. São eles: o receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Assim, estando presente a prova inequívoca e a verossimilhança, a antecipação da tutela deve se fundamentar, ou no receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

#### 2.3.2.2.1 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

O requisito em análise encontra-se expresso no inciso I do artigo 273 do CPC e aparece no mundo jurídico como um risco que pode ser considerado visível, pois a demora na prestação jurisdicional pode conduzir a uma injustiça. O citado preceito pressupõe que o dano ainda não tenha ocorrido, mas deverá estar na iminência de ocorrer, devendo o fundado receio encontrar abrigo em circunstâncias fáticas atuais sobre as quais se baseiam as pretensões daquele que pretende a antecipação. Entretanto, se o dano tiver ocorrido, poderá a antecipação de tutela fazer com que cesse o mesmo, apagando ou minimizando os seus efeitos.<sup>235</sup>

Para Figueira Júnior:

[...] o alegado *periculum* de prejuízo irreparável ou de difícil reparação pressupõe temporalmente que o dano ainda não tenha ocorrido; todavia, deverá estar na iminência de ocorrer, tratando-se, pois, de um *futuro próximo*, sendo que o *fundado receio* haverá de encontrar respaldo em circunstâncias fáticas atuais sobre as quais se baseiam as alegações do pretendente à obtenção de tutela antecipada.<sup>236</sup>

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação consiste em mostrar ao juiz que o tempo de duração da entrega da prestação jurisdicional definitiva levará ao perecimento do direito do requerente ou, então, poderá lhe ocasionar um prejuízo de difícil

<sup>235</sup> RUANOBA, Sebastian Watemberg. Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelar) no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

<sup>236</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil**: processo de conhecimento, arts. 270 a 281; Coord. Ovídio Araújo Batista da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 185. v. 4: tomo I.

reparação, sendo necessária a concessão da tutela de forma imediata sob pena de em uma decisão positiva futura nada adiantar a parte vencedora, tornando se inútil vencer. Esse perigo deverá ser sério iminente e real.

Acerca do tema Zavaski escreve:

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta eminentemente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela [...].<sup>237</sup>

A justificativa do perigo da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação deve ser muito bem demonstrada, não bastando o mero temor desacompanhado de elementos que corroborem para com as assertivas deduzidas no pedido. Ou seja, o fundado receio de sofrer dano futuro não se confunde com a mera possibilidade ou especulação do autor, é necessário que haja elementos concretos que levem o julgador ao convencimento de que o referido dano ocorrerá ou se agravará, se a tutela não for concedida.<sup>238</sup> O dano a ser evitado com a antecipação da tutela é o de direito material. Será o dano irreparável quando os seus efeitos não forem reversíveis<sup>239</sup>.

O fundado receio, como expõe o texto do dispositivo, não pode ser apenas um temor da parte, deve estar além, deve decorrer de riscos efetivos, ocasionadas por situações concretas, no qual se demonstre que a falta da tutela poderá resultar em dano, que será irreparável ou de difícil reparação para o autor. Esse dano a ser evitado com a antecipação da tutela diz respeito ao direito material do autor.

### 2.3.2.2.2 Abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu

Inicialmente, é necessário mencionar que a norma insculpida no inciso II, do art. 273 do CPC, prevê duas situações distintas entre si, quais sejam: o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu, que ora passam a ser analisadas.

<sup>237</sup> ZAVASCKI, Teori Albino: **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 77.

<sup>238</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 676.

<sup>239</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 270.

Por abuso do direito de defesa entendem-se os atos protelatórios praticados no processo<sup>240</sup>. Ocorrerá abuso do direito de defesa quando a argumentação apresentada na peça de defesa não for, no mínimo, possível ou, ainda, quando da interposição abusiva de recursos sem fundamentação jurídica ou argumentação séria por parte do réu. Ou seja, comportando-se o réu de forma temerária e, havendo junção dos requisitos previstos no *caput*, poderá ser deferida a antecipação dos efeitos da tutela.<sup>241</sup>

Para Theodoro Júnior ocorre o abuso de direito de defesa quando

[...] o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso, e, ainda, emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Esse abuso tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores a propositura da ação, como notificação, interpelações, protestos ou troca de correspondência entre os litigantes. Já na própria inicial pode o autor demonstrar o abuso que vem sendo praticado pelo réu, para pleitear a antecipação de tutela.<sup>242</sup>

Percebe-se que ocorre abuso de direito de defesa quando se exercita, mais do que o necessário, o direito que se tem, ou ainda, quando esse exercício visa alcançar, não a tutela objetivamente devida ao seu titular, mas outro fim. Em outras palavras, isso ocorrerá quando se extrapolar os limites impostos pela lei. Destaca-se que mesmo antes da integração do réu ao processo é possível aventar a possibilidade da antecipação da tutela, fundado nesse requisito.

Nota-se que o requisito em análise faz referência ao comportamento processual do réu quanto à concessão da medida antecipatória. Assim, restando configurados comportamentos tendentes ao retardamento da boa marcha processual, trazendo por consequência prejuízos ao autor no tocante à efetividade jurisdicional, deve o julgador conceder a tutela antecipatória requerida. Percebe-se, ainda, que tal requisito está ligado à litigância de má-fé, delineada no artigo 17 do Código de Processo Civil.

Marinoni e Mitidiero relatam que:

<sup>240</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 77.

<sup>241</sup> ALMEIDA, Renato Franco de. Tutela Antecipada (art. 273). **Site do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

<sup>242</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 680.

[...] quando a defesa do réu se mostrar possivelmente infundada é possível supor que o réu está requerendo prova, e assim abusando de seu direito de defesa, apenas para retardar a realização do direito do autor, protelando-a, o que não pode ser permitido quando se deseja construir um processo que realmente concretize o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, que é necessária e tempestiva.<sup>243</sup>

A verificação do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu é requisito que só poderá se verificar no curso da relação processual. Mas não só em situações endoprocessuais, como também extraprocessuais praticadas pelo réu no intuito de postergar eventual solução jurisdicional<sup>244</sup>. Assim, para saber se há ou não intuito protelatório do réu ou abuso de direito de defesa, é preciso que o réu tenha já se manifestado nos autos, exteriorizando, ainda que não expressamente, mas por atos ou fatos, uma ou outra intenção.<sup>245</sup> Para Zavascki o manifesto propósito protelatório “[...] há de ser assim considerado o que resulta do comportamento do réu – atos e omissões – *fora do processo*, embora, obviamente, com ele relacionado. Por exemplo: ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença”<sup>246</sup>.

O requisito em apreciação se caracteriza, por exemplo, quando o réu, na contestação, argui matéria de defesa manifestamente improcedente ou incabível ou quando propõe produção de provas absolutamente inúteis, assim como na hipótese em que, agindo com reconhecida deslealdade, formula defesas destituídas de qualquer fundamento ou expondo os fatos com evidente desconformidade com a verdade. Assim, diante de manobras protelatórias ou desleais, deve o juiz indeferi-las ou reprimi-las e não antecipar a tutela, prolongando o desfecho do processo e submetendo-se aquelas manobras.<sup>247</sup>

Nota-se que o abuso do direito de defesa é o exercício impertinente do direito de contestar ou recorrer e, o propósito protelatório do réu é todo e qualquer ato não relacionado à contestação, que tenham por fim retardar o processo. Portanto, estará caracterizado o abuso do

<sup>243</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 271.

<sup>244</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 43-44. v 4. Acerca dos atos endoprocessuais, o autor explica: “[...] são variadíssimas as situações em que isso pode ocorrer [...] menciona-se o caso do réu que retira os autos do processo de cartório para se manifestar e só os devolve depois de esgotado o prazo respectivo, quiçá por ter intimado para tanto; do réu que peticiona reiteradamente ao juízo para impedir que o magistrado possa deliberar sobre questões pendentes ou que requer a produção de provas claramente descabidas. Situação bastante comum também é a de o réu interpor recursos absolutamente infundados” e extraprocessuais tem-se “quando o réu cria embaraços desnecessários (devidamente documentados por notificação, cartas com aviso de recebimento por *e-mails*), em negociação que antecede – e que acabam por justificar – a necessidade da busca da tutela jurisdicional, ou quando se constata, antes do ingresso em juízo dilapidação do patrimônio do réu ou a prática de atos voltados ao mesmo fim”.

<sup>245</sup> FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 32.

<sup>246</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 77.

<sup>247</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: processo de conhecimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 331. v. II.

direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu quando no curso da demanda o julgador verificar que a conduta do réu não é adequada, ou seja, que o mesmo está protelando o julgamento ou buscando auferir vantagem indevida.

### 2.3.3 Tutela antecipada e o pedido incontroverso (§ 6º do art. 273)

Cabe, ainda, fazer uma breve análise da tutela antecipada nos pedidos incontroversos, hipótese prevista no parágrafo 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil. Pedidos incontroversos são aqueles não contestados pelo réu, de modo que incidem sobre si a presunção de veracidade. Aliás, não só, pois, também, são incontroversos os pedidos formulados pelo autor e confessados pela parte contrária. Ou seja, a incontrovérsia consiste na ausência de um confronto de afirmações em torno de um fato alegado pelo autor.

Assim se o autor afirma um determinado fato e o réu o nega a controvérsia instaurada gera uma questão de fato, porém, se o autor afirma o fato e o réu não o nega, não haverá questão alguma com respeito a esse ponto, por ser pacífico, terá o autor a seu favor a presunção de corresponder à verdade. Desse modo, o juiz reputará existente o fato confessado ou não impugnado, sem a necessidade de prova.<sup>248</sup>

No entendimento de Zavascki a

[...] “incontrovérsia” ensejadora da medida antecipatória somente se configura com a presença de um elemento essencial, a saber: a ausência de controvérsia deve considerar e envolver a posição do terceiro figurante da relação processual, que é o juiz. Portanto, além da ausência de controvérsia entre as partes, somente poderá ser tido como incontroverso o pedido que, na convicção do juiz, for verossímil. “Incontroverso”, em suma, não é o “indiscutido”, mas sim o “indiscutível”.<sup>249</sup>

A tutela será antecipada, com fundamento no § 6º do artigo 273, quando forem os fatos incontroversos, seja em virtude da não apresentação da contestação, sejam em razão da não impugnação desses mesmos fatos, em que se fundam o pedido. Assim, para Gonçalves: “A incontroversa não gera presunção absoluta de veracidade, mas apenas relativa: mesmo na

<sup>248</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 95.

<sup>249</sup> ZAVASKI, Teori Albino. Antecipação da tutela em face de pedido incontroverso. Disponível em: <<http://www.gov.ufsc.br>>. Acesso em: 19 out. 2012. p. 3-4.

ausência de impugnação, o juiz pode indeferir a antecipação, se concluir que o pedido é descabido ou inverossímil”.<sup>250</sup>

O autor da ação apresentará, na peça inicial, os fatos constitutivos do seu direito e em decorrência destes fatos formulará seus pedidos. O réu, na contestação, deverá impugnar os fatos alegados pelo autor, um a um. Caso o mesmo não conteste, incidirão sobre ele os efeitos da revelia, quais sejam: todos os fatos alegados serão presumidos verdadeiros e, uma vez presumidos verdadeiros, os fatos tornar-se-ão incontroversos. No entanto, se o réu contestar a ação, porém silenciar-se quanto a um ou mais pontos afirmados pelo autor, deixando de impugná-los, os mesmos serão igualmente presumidos verdadeiros e, conseqüentemente, também se tornarão incontroversos. O mesmo ocorrerá nos casos de confissão quanto a um ou mais fatos, onde será afastada a necessidade da produção de provas relativamente aos fatos confessados.

Assim, ocorrendo o parcial reconhecimento do pedido, ou parcial renúncia, ou parcial transação, restando parcela de conflito ainda a dirimir, o sistema autoriza o juiz a homologar o ato negocial celebrado por uma das partes ou ambas fazendo-o por decisão interlocutória e não por sentença, porque o processo não terá fim. Ainda, embora interlocutória, essa decisão que homologa o ato terá a mesma eficácia da sentença homologatória, valendo como título executivo se for o caso e ficando sujeita à autoridade da coisa julgada na mesma medida que essa sentença.<sup>251</sup>

Para Marinoni e Mitidiero:

O art. 273, § 6º, CPC, possibilita a tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda. Não se trata de simples antecipação provisória da tutela. Antecipa-se o momento do julgamento definitivo da parcela incontroversa do mérito da causa, tendo em conta que é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controverso [...] e que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão em seu pleito.<sup>252</sup>

Nota-se que citado preceito legal permite, ainda, o verdadeiro julgamento antecipado da lide de uma parte da demanda. Assim, a decisão referente à parte incontroversa não pode ser entendida como provisória por tratar-se de providência definitiva, veiculado por um julgamento antecipado. Além disso, o julgamento antecipado da lide pode ser total ou parcial,

<sup>250</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 678.

<sup>251</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 98-99.

<sup>252</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 279.

no primeiro o juiz julga antecipadamente toda a ação, no segundo (parcial) o juiz poderá proferir julgamento definitivo acerca de um pedido ou parte de um pedido.<sup>253</sup>

No que tange à distinção, Nery Júnior preceitua:

[...] a tutela antecipatória também não se confunde com o julgamento antecipado da lide (CPC 330). Neste, o Juiz julga o próprio mérito da causa, de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo com a apreciação da lide (CPC 269). Nos casos do CPC 273 o juiz antecipa os efeitos da sentença de mérito, por meio de decisão interlocutória, provisória, prosseguindo-se no processo. No julgamento antecipado da lide há sentença de mérito, impugnável por apelação e sujeita a coisa julgada material; na tutela concedida antecipadamente há decisão interlocutória, impugnável por agravo e não este sujeita à coisa julgada material.<sup>254</sup>

Não se confunde, portanto, a tutela antecipada com o julgamento antecipado, pois aquela se destina a antecipar o próprio provimento final, não seus efeitos. O julgamento antecipado da lide embora destinado a acelerar o resultado do processo, está fundado na suficiência do conjunto probatório para possibilitar o julgamento definitivo da demanda. Quer pela necessidade de prova oral em audiência, quer porque a controvérsia envolve apenas matéria de direito, ou, ainda, em razão da revelia.<sup>255</sup>

Nota-se que a tutela antecipatória e o julgamento antecipado da lide são institutos com efeitos distintos, porquanto o julgamento antecipado da lide é uma decisão conforme o estado do processo que se dá por circunstâncias que autorizam o proferimento de uma sentença antecipada, a qual extingue o processo. Já a antecipação da tutela é provimento temporário, dado mediante decisão interlocutória, modificável ou revogável a qualquer tempo, até a prolação da sentença final.

Cabe ainda fazer uma breve diferenciação entre tutela antecipada e tutela de evidência. Assim, a primeira visa entregar antecipadamente a pretensão almejada, já a segunda (tutela de evidência) visa estender aos direitos evidentes o regime jurídico da tutela de urgência, no sentido da concessão de provimento imediato, satisfativo, admitindo-se na mesma relação processual, eventuais perdas e danos caso advenha a reforma diante da irreversibilidade gerada pela decisão.

<sup>253</sup> DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo civil**: processo de conhecimento: tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71. v. 1: tomo 2.

<sup>254</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 68.

<sup>255</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 345.

Para Alvim:

[...], a principal diferença entre a tutela de urgência e a tutela da evidência reside no fato de que, em relação à tutela da evidência não há a necessidade de demonstrar o periculum in mora, tal como ocorre na tutela de urgência, pois se trata de situações em que a evidência do direito já se encontra configurada nos autos. Também não se há que falar, propriamente, em *fumus boni iuris*, porquanto a ausência de defesa consistente (CPC, art. 273, II) ou de controvérsia sobre o pedido ou parte dele (CPC, art. 273, § 6º), denotam, mais que a plausibilidade do direito – autorizada por cognição superficial ou sumária –, a própria verificação de sua existência, fundada em cognição judicial exauriente.<sup>256</sup>

Percebe-se que tutela de evidência é possível quando o julgador se depara com uma verdade nitidamente manifesta, uma certeza palpável, que reflete liquidez e certeza. A comprovação deve ser feita através das provas que não permitem qualquer espécie de contestação razoável, logo, devem, tais provas, ser incontrovertidas. Por óbvio que não pode exigir uma certeza absoluta, mas deve ser extremamente provável, de uma verossimilhança ímpar. Tal evidência deve ser demonstrada através de meios documentais de fatos de notório conhecimento, já contestados judicialmente ou, ainda, resultantes da prescrição e da decadência.<sup>257</sup>

Observa-se que a tutela da evidência recomenda sumariedade formal, ou seja, um procedimento comprimido, que pode dinamizar-se conforme o juízo considere ou não evidente o direito alegado. É evidente o direito líquido e certo assentado em fatos incontrovertidos, notórios e sob presunção de veracidade. Ainda, a tutela da evidência, é mais ampla e alcança todos os níveis de satisfatividade, processos e procedimentos, tendo como finalidade ampliar a tutela antecipatória a todos os direitos manifestos, pela inegável desnecessidade de aguardar-se o andamento custoso e ritualizado em busca de algo que se evidencia no limiar da causa posta em juízo.<sup>258</sup>

<sup>256</sup> ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto de novo código de processo civil. Disponível em: <<http://www.arrudaalvim.com.br>>. Acesso em: 19 jan. 2012.

<sup>257</sup> ZAVASKI, Teori Albino. Antecipação da tutela em face de pedido incontrovertido. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 19 out. 2012

<sup>258</sup> FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

### 3 A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

Desde a inclusão do § 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, que preceitua a fungibilidade entre as tutelas de urgência, a questão fungibilidade tem gerado divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu alcance. O tema continua importante na atualidade, pois envolve não apenas regras procedimentais imprescindíveis à boa marcha do processo, como também está diretamente relacionado com aspectos constitucionais, atinentes à efetividade da prestação jurisdicional.

A palavra fungível deriva do latim *fungibilis* de fungir (cumprir, satisfazer), entendendo-se, no conceito jurídico, como tudo aquilo que possa ser substituído. No Código de Processo Civil de 1939, entendia-se que podia ser substituído o recurso interposto erroneamente pela parte por aquele que seria o adequado à hipótese legal e ao entendimento do magistrado. Na processualística moderna, o princípio da fungibilidade significa impedir que a parte seja prejudicada ou responsabilizada quando surge dúvida objetiva e fundada no uso de um instrumento processual (seja ação, seja recurso, seja tutela) no seio doutrinário e jurisprudencial, tendo como pressuposto de aplicação a existência de uma “zona cinzenta”.<sup>259</sup>

Apesar de inúmeras tentativas, nem a doutrina, nem a jurisprudência conseguiram chegar a um consenso quanto ao critério ideal para distinguir tutela antecipada de tutela cautelar. Embora haja algumas conclusões sobre as quais há maior concordância, não existe, em termos gerais, uniformidade em relação aos critérios de classificação capazes de distinguir tais institutos. Assim, desde a introdução do § 7º<sup>260</sup> ao art. 273 no Código de Processo Civil, pela lei nº 10.444/2002, passou-se a admitir verdadeira fungibilidade entre as duas providências jurisdicionais.<sup>261</sup>

Para Gonçalves, é a satisfatividade o elemento mais útil para destingir ambas as tutelas, visto que as duas são provisórias e podem ter requisitos muito assemelhados, como a verossimilhança do alegado, e o perigo de prejuízo irreparável. Entretanto, somente a antecipada tem natureza satisfativa, pois o julgador já concede os efeitos que, sem ela, só poderiam ser concedidos no final. Na cautelar, o julgador não concede os efeitos pedidos,

<sup>259</sup> NADER, Philippe de Oliveira. As novas dimensões do postulado da fungibilidade no processo civil, 2007. Monografia. Curso de graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do RJ. Disponível em: <<http://www.fesmpdft.org.br>>. Acesso em: 18 jan. 2012.

<sup>260</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 jan. 2012. Lembra-se que o § 7º prescreve *in verbis*: “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”.

<sup>261</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 151. v. 4.

defere apenas uma medida protetiva, assecuratória, que preserva o direito do autor que corre o risco em decorrência da demora no processo.<sup>262</sup>

Observa-se que o § 7º do art. 273 destina-se à hipótese de equívoco do autor em formular pedido de tutela antecipatória, quando o adequado seria a proteção cautelar. Assim, é necessário que exista a dúvida fundada e razoável. No entanto, caso o autor postule, na forma antecipada, exatamente a mesma providência solicitada como tutela final, haverá certamente tutela antecipatória e, portanto, não será caso de fungibilidade<sup>263</sup>.

O referido preceito serve para possibilitar a fungibilidade, evitando a necessidade de requerer nova medida cautelar, em atenção ao princípio da economia processual. Alias, não só isso, pois, além do princípio da economia processual, há outros fundamentos do direito processual que também, justificam o instituto da fungibilidade, são eles: o poder geral de cautela, o princípio específico da instrumentalidade das formas, decorrente da economia processual, o conceito de tutela jurisdicional, bem como, a própria busca pela efetividade do processo. Ainda, a fungibilidade expressamente permitida pelo preceito em comento, vai além dos fundamentos apresentados, visto que possibilita a flexibilização em todo o sistema de aplicação das técnicas cautelar e antecipatória.<sup>264</sup>

Acerca da fungibilidade, Figueira Júnior preceitua:

Em síntese, são os seguintes os requisitos à aplicação do princípio da fungibilidade: a) pedido articulado pelo autor; b) lide pendente de natureza cognitiva, ou seja, estar tramitando processo de conhecimento; c) possibilidade de ser concedida em qualquer fase procedimental ou grau de jurisdição, enquanto não exaurida a instância pela preclusão máxima (coisa julgada); d) postulação equivocada do autor (pedido de antecipação total ou parcial dos efeitos práticos da providência jurisdicional perseguida com a demanda); e) presença dos elementos hábeis a concessão da tutela antecipatória; f) momento procedimental conveniente à concessão de tutela incidental (fungibilidade facultativa); g) impossibilidade jurídica de não conhecimento do pedido de tutela antecipatória por se tratar de postulação revestida de natureza cautelar.<sup>265</sup>

Delfino, no entanto, em posição contrária afasta a subordinação aos requisitos para a aplicação da fungibilidade das tutelas de urgência, tendo em vista que não há, no dispositivo

<sup>262</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 673.

<sup>263</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 205.

<sup>264</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 88-89.

<sup>265</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Tutela antecipatória e acautelatória fungibilidade dos pedidos: análise do art. 273 § 7º, instituído pela lei 10.444, de 7 de maio de 2002. Disponível em: <<http://www.joelfigueira.com/artigos/>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

em análise, intenção de prevenir abuso de direito ou má-fé daqueles que pleiteiam a tutela, mas somente o objetivo de desburocratizar e flexibilizar o processo.<sup>266</sup> Percebe-se que existem divergências acerca do assunto, prevalecendo o entendimento de que não há requisitos além dos expressos no § 7º do artigo 273 do CPC, para a aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência.

Destaca-se que fungibilidade é um princípio processual implícito, decorrente do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, como pode ser observado na análise do art. 244<sup>267</sup> do CPC, o qual refere que o ato só se considera nulo e sem efeito se, além de inobservância da forma legal, não tiver alcançado a sua finalidade. Assim, resta evidenciada a intenção legislativa no sentido de lutar pelo objetivo do ato e não pelo ato em si.

A fungibilidade consiste na possibilidade de se reverter uma tutela em outra, seja pela circunstância processual alterada, seja pelo requerimento viciado da parte. Está baseada essencialmente no poder geral de cautela, inerente à figura do magistrado. Ainda, a fungibilidade minimiza a regra da estrita adstrição da decisão judicial ao pedido da parte, dando maior poder aos magistrados para determinar, ao caso concreto, uma providência mais adequada do que a solicitada pela parte.<sup>268</sup>

Ressalta-se que na forma como está redigido o § 7º do art. 273, tem-se a impressão que a fungibilidade se limita a hipótese de divergência a respeito da qualificação adequada da tutela de urgência, ou seja, nas hipóteses em que o autor qualifica de tutela antecipada uma providência que o juiz considera cautelar. No entanto, a extensão da fungibilidade é muito maior, visto que, o juiz pode conceder uma tutela de urgência diferente daquela que foi postulada, quando lhe parecer mais conveniente para alcançar o resultado culminando, que é afastar a situação de perigo.<sup>269</sup>

<sup>266</sup> DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. **Revista de Processo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. v. 30, n. 122, abr. 2005. p. 187-220.

<sup>267</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 jan. 2012. O citado artigo dispõe: “Art. 244. 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.”

<sup>268</sup> DESTEFENNI, Marcos: **Curso de processo civil**: processo de conhecimento: tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 46-47. v. 1: tomo 2.

<sup>269</sup> GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 673.

Figueira Júnior entende que

[...] a discricionariedade reside apenas na aplicação ou rejeição da fungibilidade preconizada entre as duas formas de tutela, não se confundindo com a possibilidade de conhecimento do pedido incidentalmente e o seu indeferimento. Em outras palavras, se o juiz aplica a fungibilidade aludida, deverá conhecer do pedido cautelar incidental, momento em que poderá deferir ou indeferir a medida pleiteada, tratando-se de liberdade de escolha conferida pelo sistema ao julgador em decidir-se entre versões igualmente validadas e admissíveis, através de convencimento motivado e fundado na prova dos autos.<sup>270</sup>

Verificando o julgador a inadequação da medida requerida ou então, não sendo o caso de se conceder uma espécie determinada de medida de urgência, poderá aplicar o princípio da fungibilidade e adaptar o pedido do autor, concedendo-lhe a tutela que julgar mais conveniente para o caso, obedecendo aos limites legais<sup>271</sup>.

Nesse contexto, Lamy refere que “[...] a fungibilidade entre as técnicas antecipatória e cautelar é o principal veículo já existente para demonstrar a possibilidade de flexibilização das técnicas de urgência, sob o ponto de vista do bom senso do estudioso que se preocupa em aproximar a teoria da prática<sup>272</sup>”.

Nesses termos, a fungibilidade possibilitará ao julgador conhecer um instrumento jurídico proposto erroneamente tal qual fosse adequado. Sobre esse instituto, há que se referir, ainda, que a fungibilidade entre as tutelas antecipatória e cautelar tem o objetivo de facilitar a utilização e aplicação prática das tutelas urgente, contribuindo para a solução de problemas. Além disso, não restam dúvidas de que o princípio da fungibilidade é um instrumento adequado e eficaz utilizado para satisfazer as pretensões formuladas ao Poder Judiciário. Ou seja, nada mais visa do que proporcionar a parte tudo aquilo que pretende ao pleitear a tutela jurisdicional.

<sup>270</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Tutela antecipatória e acautelatória fungibilidade dos pedidos: análise do art. 273 § 7º, instituído pela lei 10.444, de 7 de maio de 2002. Disponível em: <<http://www.joelfigueira.com/artigos>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

<sup>271</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual e legislação em vigor**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 1069-1070.

<sup>272</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 88.

### **3.1 Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da fungibilidade**

Nem a doutrina, nem a jurisprudência são pacíficas no que tange à fungibilidade das tutelas de urgência. Desse modo, existem tanto em uma quanto na outra, posicionamentos que acolhem apenas a fungibilidade de mão única, como também existem posicionamentos que acolhem a fungibilidade de mão dupla. Ou seja, grande parte da doutrina e da jurisprudência aceita com certa tranquilidade a fungibilidade em duplo sentido, nas tutelas de urgência, enquanto que outra parte se posiciona de maneira negativa, defendendo a tese de que a tutela de urgência tem um único sentido, qual seja tutela antecipada para tutela cautelar, conforme texto expresso no § 7º do art. 273. Para os que entendem dessa forma, o dispositivo, não trouxe a possibilidade de fungibilidade recíproca, mas apenas e tão somente em uma única via de direção, assim, não estaria o juiz autorizado, a conceder medida antecipatória de tutela, quando a medida pleiteada for de natureza cautelar. Observa-se que ambas as correntes divergentes valem-se de fortes e fundamentados argumentos jurídicos.

Diante de tais divergências, estabelecer-se-á uma bipartição de posicionamentos, tanto da doutrina, quanto da jurisprudência, sobre a aplicabilidade ou não da fungibilidade em ambos os sentidos nas tutelas de urgência. Ainda, cumpre referir que no texto a ser trabalhado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência utilizam-se de termos diferenciados, que ao final equivalem a uma só coisa, seriam sinônimos. São eles: fungibilidade de mão dupla, fungibilidade recíproca, fungibilidade em duplo sentido vetorial, fungibilidade de duas vias de direção, fungibilidade em ambos os sentidos, fungibilidade progressiva, dentre outros. Todos designam a possibilidade de fungibilidade ampla – de cautelar para antecipatória e de antecipatória para cautelar. Assim, serão inicialmente tratadas as posições doutrinárias concernentes à fungibilidade e, após, noutro momento, os posicionamentos jurisprudenciais a respeito de tal questão.

#### **3.1.1 Posicionamentos doutrinários acerca fungibilidade nas tutelas de urgência**

Quando o assunto é tutelas de urgência, a doutrina brasileira não é unânime, uma vez que parte dela se posicionou de maneira contrária à fungibilidade recíproca (corrente não favorável), aduzindo que § 7º do art. 273 do CPC não trouxe a possibilidade de fungibilidade em duplo sentido e, dessa forma, não estaria o juiz autorizado a conceder medida

antecipatória de tutela quando pleiteada a medida cautelar. Ou seja, para essa corrente a fungibilidade se restringiria apenas àquela contida expressamente no texto legal do referido dispositivo.

Entretanto, a outra parte da doutrina brasileira (corrente dos favoráveis) defende a possibilidade de substituição de um instituto pelo outro, e vice versa, o que significa que a fungibilidade não se aplicaria em uma só mão de direção, mas sim em ambas. Resumidamente, uma parte da doutrina entende que a fungibilidade se daria apenas da medida antecipatória para a medida cautelar – fungibilidade em único sentido – enquanto que outra parte entende que a fungibilidade tanto ocorreria da medida antecipatória para a cautelar, como também da medida cautelar para a antecipatória – fungibilidade em duplo sentido.

### **3.1.1.1 Corrente doutrinária favorável à fungibilidade de mão única**

Para os defensores da corrente de mão única, o parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil não pode ser aplicado quando o autor, a título de medida acautelatória, requer providência antecipatória. Segundo essa parcela da doutrina, se o legislador objetivasse autorizar a possibilidade de fungibilidade em ambos os sentidos o teria feito expressamente. Asseveram, ainda, que o legislador tomou a precaução de autorizar sua incidência, apenas e tão somente, quando o pleito antecipatório estiver revestido dos requisitos cautelares, omitindo-se, propositalmente, sobre a ocorrência inversa. Na defesa, utilizam-se de fortes argumentos, inclusive apegando-se a literalidade do referido dispositivo legal, o qual é omissivo quanto à fungibilidade de medida cautelar para a antecipatória.

Os membros da corrente em análise sustentam que a fungibilidade de mão dupla é incompatível, em razão dos requisitos mais robustos, exigidos para a concessão da antecipação de tutela. Igualmente, entendem que, pedindo-se “o mais” o juiz poderá conceder “o menos”, mas não o inverso, ou seja, pedindo-se “o menos” o juiz não poderá conceder “o mais”. Sustentam, ainda, que a fungibilidade é inadmissível no sentido inverso em face do princípio da inércia.

Nesse contexto, Zavascki destaca:

[...] mesmo depois do advento do § 7º do art. 273, introduzido pela Lei n. 10.444, de 2002, segundo o qual “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”. Com efeito, a “fungibilidade” estabelecida nesse parágrafo tem mão única: diz respeito à medida cautelar, que pode ser deferida em caráter incidental. **Não autoriza, todavia, o contrário, ou seja, que a medida antecipatória possa ser requerida, como a cautelar,** por ação autônoma. Se assim fosse entendido, estar-se-ia atentando contra a lógica do sistema atual, um dos principais avanços trazidos pelo movimento reformador do sistema, que é a de concentrar em uma única relação processual, tanto quanto possível, toda a atividade jurisdicional.<sup>273</sup> (grifo próprio)

Observa-se que o doutrinador é defensor da referida corrente e como tal, entende que a inclusão do parágrafo 7º, não possibilitou a fungibilidade de forma inversa daquela prescrita. Afirma que o legislador só permitiu a aplicação da fungibilidade em única mão. Corroborar tal entendimento o também doutrinador Alvim, que expõe:

[...] há, expressamente, uma modalidade de fungibilidade, prevista na lei, na hipótese em que a tutela antecipada impropriamente requerida poderá vir a valer, como medida cautelar, desde que isso seja possível. A razão de ser dessa fungibilidade – pela letra da lei- “de uma mão só”, i.e., da tutela antecipada para o campo da cautelar, mas não inversamente, decorre do fato de que pela opinião uniforme os requisitos da tutela antecipada são mais robustos – pois há maior intensidade na exigência em relação à aparência do direito, i.e., verossimilhança é requisito mais *denso* do que o *fumus boni iuris* - do que os das cautelares, ainda que, em rigor e fundamentalmente, se trate de uma questão de grau. Se os requisitos são ontologicamente os mesmos, que se há é de reconhecer que a intensidade do mesmo requisito por ser de calibre menor comporta a medida cautelar e não a tutela antecipada. É nisso que a lei inovou, ainda que na *práxis*, já houvesse esse entendimento.<sup>274</sup> (grifos do autor).

Assim, através da fungibilidade aplicada às tutelas de urgências, é possível o magistrado, quando presentes os requisitos necessários para concessão, deferir o requerimento formulado pela parte, ainda que esse tenha o feito por meio da antecipação dos efeitos da tutela, quando o provimento pretendido tem natureza acautelatória. Todavia, se a parte ajuizar ação cautelar e tratar-se de situação que exige a formulação de tutela antecipada, tal corrente entende que se configurará o chamado erro grosseiro, situação que não admite a aplicação da fungibilidade, devendo o magistrado, em tais casos, indeferir a inicial e, com isso, a parte requerente deverá elaborar seu pleito antecipatório no bojo do processo principal de conhecimento.

Em outra passagem o autor se posiciona da seguinte forma:

<sup>273</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46-47.

<sup>274</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 393-394. v. 2.

A “fungibilidade”, no caso ocorre da *antecipação da tutela* para a *medida cautelar*, e, em nosso sentir, não inversamente. Isto porque em conformidade com o que decorre da lei, e do entendimento assente, os requisitos da antecipação de tutela – ainda que em substância possam ser coincidentes – expressam exigência maior da lei comparativamente aos da medida cautelar: Com isto significou o legislador que, *pedindo-se o mais, o juiz poderá vir a conceder o menos*. Mas não inversamente.<sup>275</sup> (grifos do autor).

Percebe-se que o doutrinador, não nega a existência da fungibilidade no ordenamento jurídico, porém, não admite que possa o magistrado com seu poder geral de cautela conceder uma medida antecipatória quando requerida uma medida cautelar. Isso porque o deferimento de tutela antecipada dentro da cautelar implicaria em decisão *ultra petita*, visto que o magistrado deferiria “o mais” quando pleiteado “o menos”. Ressalta, ainda, que a tutela antecipada é mais rigorosa no que tange à presença dos requisitos para sua concessão do que a cautelar.

Para Almeida, a aplicação de

[...] mão única é a via possível de alcance do princípio da fungibilidade, ou seja, **só pode haver fungibilidade da medida antecipada para a cautelar e nunca o inverso**. Porque isto prejudicaria flagrantemente o réu, porque a concessão de medida cautelar é mais simples que a antecipação de tutela em razão dos requisitos processuais mais brandos. A instauração da desigualdade processual e a ofensa à ampla defesa e ao contraditório seriam flagrantes.<sup>276</sup> (grifo do autor)

A mão única é a via possível de aplicação da fungibilidade, porquanto, para a referida corrente, só pode haver fungibilidade da medida antecipada para a cautelar e não o inverso. Assim, a fungibilidade não poderia ser de mão dupla porque isso prejudicaria diretamente o réu, visto que a concessão de medida cautelar é mais simples que a da antecipação de tutela, em razão dos requisitos processuais e, ainda, seriam flagrante a instauração da desigualdade processual e a ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

Para esses defensores não cabe a aplicação da fungibilidade quando o pedido formulado for cautelar e a providência correta para o caso seria a tutela antecipada, ou seja, verificando o juiz não ser possível a antecipação dos efeitos da tutela diante da gravidade de tal provimento para o réu, poderá conceder uma medida cautelar urgente, através de seu poder geral de cautela. No entanto, o mesmo não se diga em relação à possibilidade de substituição

<sup>275</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. Processo de Conhecimento. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 393. v. 2.

<sup>276</sup> ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fungibilidade e a tutela antecipada no direito processual civil moderno: tonalidade inovadora da lei nº 10.444/2002. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/658>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

de uma medida liminar cautelar por uma satisfativa, pois são incongruentes os graus de conhecimento necessários para a concessão das referidas medidas.<sup>277</sup>

Nesse contexto Almeida ainda prescreve:

Acreditamos que não há possibilidade da conversibilidade inversa, ou seja, a medida antecipatória ser analisada como medida acautelatória porque o legislador quis contemplar apenas e tão somente a conversibilidade da medida antecipada em cautelar. Admitir que há possibilidade de conversibilidade da medida cautelar em antecipada geraria uma confusão procedimental, além do que quem pode o menos, não poderá o mais, porque o legislador assim não o quis. Caso o intento legislativo fosse diverso, haveria um dispositivo determinando a permissão do inverso ocorrer.<sup>278</sup>

Percebe-se que, para essa corrente, a fungibilidade prevista no § 7º, do art. 273 só pode verificar-se em um único sentido, qual seja, da tutela antecipada para a tutela cautelar e não o inverso. Assim, de acordo com silêncio da lei, que só previu a fungibilidade em um único sentido, parece impossível aceitar que venha a ser concedida medida que está pautada em requisitos mais intensos (prova inequívoca e verossimilhança), com base na constatação de que no caso em concreto fazem-se presentes o receio de dano e o *fumus boni iuris*.<sup>279</sup>

É esse também o entendimento de Ferreira, que preceitua:

Conversibilidade inversa no pleito cautelar para antecipatório: é possível? É muito mais simples responder afirmativamente a esta pergunta, mas para nós na cautelar haver um pedido de natureza antecipatória e sua conversibilidade, não nos parece possível, pois a antecipação necessita encontrar-se no processo principal [...].<sup>280</sup>

Além de negarem a possibilidade de conversão entre as tutelas, os doutrinadores filiados a essa corrente mencionam que há como encontrar num pedido cautelar os requisitos da tutela antecipada, contudo, tais requisitos são diametralmente opostos, ou seja, a fumaça do bom direito de uma é diversa da outra, não havendo espaço para confusão. Não limitado a isso, pois trazem à baila que os requisitos da cautelar estão contidos na tutela antecipada, porém, os requisitos da tutela antecipada não estão contidos na tutela cautelar.

<sup>277</sup> LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. Aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência cautelar e genérica. **Revista de Processo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, n. 182, 2010. p.325.

<sup>278</sup> ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fungibilidade e a tutela antecipada no direito processual civil moderno: tonalidade inovadora da lei nº 10.444/2002. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/658>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

<sup>279</sup> ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Notas para uma teoria geral do processo cautelar. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 77–118.

<sup>280</sup> ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fungibilidade e a tutela antecipada no direito processual civil moderno: tonalidade inovadora da lei nº 10.444/2002. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/658>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

Mezzomo, analisando o § 7º do art. 273, escreve:

Observando a redação do dispositivo, aspecto que salta aos olhos é que a menção é a um pedido de antecipação de tutela em lugar da cautelar. Não mencionou o legislador pedido de cautelar em lugar de antecipação de tutela, tampouco fez menção a que esta exegese, ou seja, que permite uma “mão dupla” na fungibilidade cautela-antecipação estivesse implícita, ou fosse recíproca.<sup>281</sup>

Percebe-se que foi nitidamente rechaçada a fungibilidade na via inversa, prevalecendo o entendimento de que os requisitos da tutela antecipada são mais difíceis de serem comprovados do que os da medida cautelar. Ou seja, a primeira exige, em regra, prova inequívoca dos fatos, verossimilhança das alegações e demonstração de dano irreparável ou de difícil reparação. Já, na segunda – tutela cautelar – imprescindível a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Significa dizer que o § 7º do art. do art. 273 não serviria para igualar, mesclar ou confundir os dois institutos – tutela acautelatória e tutela antecipatória – pois, essa não seria a vontade da lei ou do legislador. Ao contrário, sua finalidade está voltada à resolução de problemas que na prática forense comumente se enfrenta, buscando evitar dano ou perecimento de direito, muitas vezes decorrentes do apego excessivo do juiz ao formalismo ou em função da interpretação diversa dos fatos quando conferidos pela compreensão formulada pela parte interessada, em razão da questão posta encontrar-se em zona confusa entre a cautelaridade e a antecipação dos efeitos da sentença de procedência, chancelada pela urgência da medida perseguida.

Destaca-se que, para a corrente em análise, em que pese grande parte da doutrina defender a fungibilidade ampla, afirmando que há possibilidade de mão dupla, o que faz com base em afirmação de que a interpretação do referido dispositivo seria mais benéfica aos jurisdicionados, sanando as dúvidas objetivas existentes ou então explicitando casos em que a urgência não pode aguardar, defendem a tese de que quando o legislador omite-se sobre alguma situação, infere-se que esta omissão foi proposital, de modo a demonstrar o verdadeiro escopo legislativo. Em outras palavras, o intuito do legislador foi somente tornar possível a fungibilidade da medida antecipada para a medida cautelar e não o inverso, porquanto sobre a questão teria havido omissão legislativa intencional, no sentido de vedação implícita.

---

<sup>281</sup> MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Fungibilidade cautela-antecipação e o artigo 273, §7º do código de processo civil – reflexões e condicionantes. **Site do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br>>. Acesso em: 9 fev. 2012.

### 3.1.1.2 Corrente doutrinária favorável à fungibilidade de mão dupla

Os defensores da corrente intitulada de fungibilidade de mão dupla referem que da leitura literal do § 7º do art. 273 do CPC constata-se que não há a expressa autorização para a conversão ou fungibilidade da tutela cautelar em tutela antecipada, mas tão somente da tutela antecipada em tutela cautelar. Todavia, tal interpretação, chamada de restrita, deve ser afastada, pois conspira contra o modelo constitucional do processo civil brasileiro.

Para Delfino

[...] a doutrina, em sua maioria, já se ergueu contra uma possível interpretação literal do art. 273, § 7º, do CPC. Acertadamente, o entendimento prevalecente exalta-se no rumo de que **a fungibilidade de tutela deve ser vista em mão dupla**, admitindo-se, assim, sua utilização naquelas situações em que reclama antecipação de tutela travestida em pedido cautelar liminar [...]. Portanto, muito embora o legislador tenha previsto apenas uma hipótese de aplicação à fungibilidade de tutelas, tal mecanismo também deverá ser utilizado nos casos em que a situação inversa àquela contida no texto da lei ocorrer [...].<sup>282</sup>

Não é porque a literalidade do dispositivo não autoriza a conversão da tutela cautelar em tutela antecipada que diante dos pressupostos exigidos pelo art. 273 e/ou pelo art. 798, ambos do CPC, que o magistrado deverá indeferir o pedido de tutela jurisdicional que lhe é endereçado. Desse modo, um pedido de tutela cautelar ou um pedido de tutela antecipada deve ser concedido um pelo outro, ou vice-versa, justamente, por estar se protegendo direito lesionado ou ameaçado.<sup>283</sup>

Theodoro Júnior lembra que haverá

[...] sempre situação de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joeirar com precisão uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo, a qual se liga à meta da instrumentalidade e da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos a que sonegar a prestação justa a que o Estado obrigou-se perante todos os que dependem do poder judiciário [...].<sup>284</sup>

<sup>282</sup> DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n.122, abr., 2005. p. 209-211 **passim**.

<sup>283</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 154-155. v. 4.

<sup>284</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 22. ed. São Paulo: Atual, 2005. p. 456.

Destarte, poderão ocorrer circunstâncias em que se torne difícil estabelecer qual a tutela de urgência – cautelar/antecipatória – adequada ao caso concreto, em função da tênue diferença entre elas. Nesses casos, em que impere a dúvida, em relação à espécie de tutela apropriada a ser aplicada, o juiz não deve adotar posição de intransigência, ao contrário, deverá ele agir com flexibilidade, fazendo com que o processo cumpra sua função, qual seja, de instrumento de maior efetividade da tutela jurisdicional.

Diante da dificuldade em distinguir a natureza jurídica do pedido de urgência surgiu o princípio da fungibilidade entre as espécies de tutela. Era o passo ousado que o ordenamento jurídico pátrio precisava dar para flexibilizar o rigor formalista que se revestia o pedido e a concessão de uma ou de outra tutela de urgência em cada caso.

Acerca da dificuldade em precisar a natureza da tutela de urgência, Marinoni e Arenhart elucidam:

Após a alteração do CPC ocorrida no final de 1994, com a instituição do novo art. 273, verificou-se na prática forense certa dificuldade em precisar a natureza da tutela de cognição sumária contra o periculum in mora, especialmente daquela que pode ser concedida nas ações declaratória e (des) constitutiva. Isto pela razão de que não é tão simples reconhecer a tutela antecipatória nestas ações. Nestes casos há uma 'zona de penumbra' que pode embaralhar os operadores do direito menos familiarizados com discussões teóricas de maior profundidade [...] Este novo dispositivo [...] tem por objetivo permitir que o juiz conceda a necessária tutela urgente no processo de conhecimento, e assim releve o requerimento realizado, quando for nebulosa a natureza da tutela postulada, vale dizer, quando for fundado e razoável o equívoco do requerente. O novo § 7º do art. 273 adota o chamado 'princípio da fungibilidade', muito ligado à questão dos recursos. Esse parágrafo, ao aceitar a possibilidade de confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, frisa a diferença entre ambas. Isto por uma razão de lógica básica: somente coisas distintas podem ser confundidas.<sup>285</sup>

Lembra-se que foi em decorrência da dificuldade de se identificar no caso concreto a diferença entre as espécies de tutelas de urgência que o legislador brasileiro buscou, por meio da lei nº 10.444/2002, introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da fungibilidade.

---

<sup>285</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 269-270.

Acerca da problemática, Costa destaca que o Código de Processo Civil, quando da reforma,

[...] procurou diminuir essa dificuldade estabelecendo a regra da fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, na qual pode o juiz, se presentes os respectivos pressupostos, substituir uma pela outra. Houve, portanto, uma equiparação entre as cautelares e antecipações (parágrafo 7º do art. 273, com redação dada pela Lei nº 10.444/02). Vale lembrar que, apesar de somente elencar uma hipótese de substituição, **o novo texto legal não autorizou apenas a concessão de uma medida cautelar quando pedida antecipação de tutela. Também o contrário está autorizado, podendo o juiz conceder antecipação de tutela se o pedido feito for a título de cautelar**, desde que satisfeitos os pressupostos.<sup>286</sup> (grifo próprio)

Não obstante, infere-se da leitura do dispositivo em análise que o fator erro no pedido é essencial para a concessão da fungibilidade, pois o equívoco no presente caso reflete a situação limite, em que não se tem certeza sobre qual instituto deve a parte utilizar. Desse modo, o pedido feito pela parte deverá ser entendido como um pedido errôneo proveniente da boa-fé decorrente de sua dúvida. Ou seja, para que ocorra a concessão da fungibilidade, o pedido deve ser feito sempre "a título de...", e não de maneira direta e explícita.<sup>287</sup>

Marinoni e Mitidiero observam que em uma

[...] interpretação literal poder ser dito que o art. 273, § 7º, CPC, pretende somente viabilizar a concessão no bojo do processo de conhecimento da tutela cautelar que foi chamada de maneira inadequada de tutela antecipatória. Se a tutela foi batizada de antecipatória, mas sua substância é cautelar, ela pode ser deferida dentro do processo de conhecimento, desde que haja dúvida fundada e razoável quanto a sua natureza. [...] Entretanto, aceitando-se a possibilidade de requerimento de tutela cautelar no processo de conhecimento, é correto admitir a concessão de tutela de natureza antecipatória ainda que ela tenha sido postulada com o nome de cautelar, desde que devidamente preenchidos os pressupostos inerentes à concessão da tutela antecipatória. Nesse caso, **não existindo erro grosseiro do demandante ou, em outras palavras, havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela, aplica-se a idéia de fungibilidade**, uma vez que seu objetivo é o de evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento da tutela urgente no processo de conhecimento, obstando a concessão da tutela jurisdicional à parte que a ela tem direito.<sup>288</sup> (grifo próprio)

É preciso, portanto, que haja razoável incerteza sobre qual a providência adequada ao caso concreto, se a antecipação da tutela ou a cautelar, para justificar o erro do postulante; do

<sup>286</sup> COSTA, Aline Moreira da. Tutela Antecipada. *Revista da Faculdade de Direito de Taubaté*. São Paulo. Unitaú, ano VI, n. 6, 2004.

<sup>287</sup> MORBACH, Cristiano Barata. A fungibilidade de mão dupla no campo das tutelas de urgência: uma outra visão. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

<sup>288</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 276-277.

contrário se estaria generalizando o procedimento simples do art. 273, § 7º, com a prática revogação do procedimento previsto nos arts. 800 e seguintes do Código de Processo Civil.<sup>289</sup>

Diante da dificuldade de aplicação, por parte de alguns operadores do direito, da fungibilidade nas tutelas de urgência, acabou-se criando situações extremamente prejudiciais aos jurisdicionados, pois, por diversas vezes, ocorreu o indeferimento de medidas postuladas, porquanto divergente era sua classificação e seu entendimento. Assim, para essa corrente o indeferimento de medida urgente por erro da natureza da medida, no mínimo se apresenta como formalismo exagerado, vez que o direito tutelado encontra-se diante de risco iminente de dano irreparável. Eis, que a situação que autoriza uma decisão urgente terá amparo Constitucional – art. 5º, XXXV – de forma que qualquer divergência de rito não poderá impedir a tutela de direito. Sendo assim, entendem os mesmos que deve se deixar de lado o rigorismo excessivo para deferir a tutela discutida e, após, sendo o caso, proceder-se a devida adequação.

Nesse contexto Delfino leciona:

Revela-se, daí, o *princípio constitucional do direito à ação*, evidenciando, dentre outras consequências, 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 não previu tal caminho”, porquanto é a própria Carta Magna que reza que lei alguma excluirá da apreciação do Poder Judiciário “ameaça de direito” [...].<sup>290</sup> (grifos do autor)

Destaca-se que a corrente em análise é unânime no que tange à fungibilidade entre as tutelas de urgência, todavia divergem a respeito da aplicação. Assim, há dois grupos. Um que permite a fungibilidade entre as tutelas de urgência, desde que preenchido os requisitos e, ocorra no caso dúvida objetiva acerca da natureza da medida ou, então, impere a extrema urgência na concessão da providência para afastar o dano, neste último caso se dispensa a

<sup>289</sup> MALACHINI, Edson Ribas. A fungibilidade das tutelas antecipatória e cautelar (CPC, art. 273, § 7º). In: ARMELIN, Donaldo (Coord). **Tutelas de urgência e cautelares**. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 421.

<sup>290</sup> DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. **Revista de Processo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, ano 30, n.122, abr., 2005. p. 210.

dúvida objetiva. O outro grupo, por sua vez, não faz qualquer exigência, apenas afirma que se uma coisa é fungível com outra, a outra necessariamente será fungível com uma.

Para Dinamarco, o

[...] novo texto legal não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação da tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que *tanto se pode substituir um por outro, como outro por um* [...].<sup>291</sup>  
(grifos do autor)

Para a corrente em análise a melhor doutrina é a que vem pacificando entendimento no sentido de que o § 7º do art. 273 do CPC realmente deve funcionar em mão dupla. Isso é, feito um pedido cautelar no bojo de um processo de conhecimento, deverá o juiz conhecê-lo e decidir sobre ele; se o pleito é satisfativo antecipatório, mas realizado num rito evidentemente cautelar, impõe-se ao órgão julgador, igualmente, examinar tal pedido, levando-se em consideração, evidentemente, a presença dos requisitos ensejadores à sua concessão.<sup>292</sup>

No entendimento de Ruanoba<sup>293</sup> dois são os pressupostos da fungibilidade. O primeiro seria o preenchimento dos requisitos de uma ou outra tutela cuja fungibilidade se pretende, cautelar ou antecipatória e o segundo seria a ocorrência de erro escusável. Refere, ainda, que sem tais pressupostos não haveria que falar em fungibilidade.

Nesse contexto Theodoro Júnior destaca:

Não se recomenda, todavia, um rigor inflexível na conceituação e delimitação dos dois institutos, sendo de admitir-se a fungibilidade entre as medidas de um e outro, desde que, in concreto, se observe a existência de pressupostos legais da providência de urgência pretendida. As divergências de rito ou forma procedimental não devem impedir a outorga da tutela de urgência realmente necessária.<sup>294</sup>

É sabido que o excesso de formalismo contido na legislação processual dificulta o alcance de uma prestação jurisdicional justa e célere. Ainda, o excessivo rigor procedimental

<sup>291</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. p. 92.

<sup>292</sup> DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 30, n.122, abr., 2005. p. 215.

<sup>293</sup> RUANOBA, Sebastian Waternberg. Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelar) no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

<sup>294</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 663.

trará, somente, prejuízos à parte que busca tutela jurisdicional. Logo, o formalismo a ser admitido deve ser apenas o suficiente a garantir a preservação dos direitos dos litigantes, consubstanciados através do devido processo legal. Ou seja, o excesso de formalismo não deve obstar a outorga da tutela de urgência quando realmente se fizer necessária.

Ainda sobre o tema Nery Júnior assinala:

Fungibilidade. Generalidades. O autor não será prejudicado por haver feito pedido fora da técnica processual. Caso tenha direito ao adiantamento, é irrelevante que haja interposto cautelar incidente ou haja pedido antecipação de tutela. O juiz deverá aplicar a fungibilidade, nada obstante a norma aparentemente possa indicar faculdade: presentes os requisitos para a tutela de urgência (cautelar ou antecipatória), cabe ao juiz concedê-la.<sup>295</sup>

Percebe-se que a fungibilidade se constitui na possibilidade de concessão de uma técnica de urgência diversa daquela requerida, ou seja, tanto no sentido da técnica antecipatória requerida como cautelar, como também no sentido da técnica assecuratória requerida como antecipatória, desde que presentes os requisitos legais necessários aos provimentos de urgência, seja para o mais antecipatório, seja para o menos cautelar. Isso porque a verdadeira dosagem de requisitos não é feita pela lei, mas sim pelo juiz, na presença de provas, de indícios e de alegações tidas nos casos concretos.<sup>296</sup>

A respeito do tema Wambier questiona:

Formulando a parte pedido de antecipação de tutela, pode o juiz conceder providência de índole cautelar? E vice-versa? A resposta genérica que num primeiro momento se pode dar a estas perguntas é a de que razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada ou afinal, ou em outro processo, seja de conhecimento, seja de execução. É indisputável que, como regra geral, *nas zonas de penumbra, se decida a favor dos valores fundamentais*.<sup>297</sup> (grifo do autor)

Verifica-se na análise desta corrente doutrinária que não interessa o nome dado ao pedido nem o preceito legal invocado em sua fundamentação, o juiz concederá a medida cautelar se estiverem presente os seus pressupostos, mesmo que tenha sido requerida a título

<sup>295</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual e legislação em vigor**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 460.

<sup>296</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 107.

<sup>297</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais**. Fungibilidade de meios uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 1096-1097. v. 4.

de tutela antecipada. Da mesma forma se estabelecido o sentido contrário, ou seja, se a título de medida cautelar a parte requerer providência de natureza antecipatória, o juiz concederá a medida se presentes os requisitos da tutela antecipada.<sup>298</sup>

Não obstante, referem que se o legislador construiu uma ponte no sistema e lógico que ela poderá ser atravessada tanto para um lado como para o outro, e não apenas de um lado para o outro. Assim, a ideia trazida no § 7º do art. 273 do CPC é a de reavivar o relacionamento interrompido das duas principais tutelas de urgência do ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que proporciona a aplicação da fungibilidade como possível solução para a confusão que ainda atinge a doutrina e jurisprudência pátrias.<sup>299</sup>

Nesse sentido Silva sustenta: “[...] não se pode negar que a fungibilidade entre a tutela antecipada e cautelar veio extirpar do mundo jurídico interpretações estritamente formalistas que, na prática, diante da urgência das situações trazidas a juízo, acabam por sacrificar o direito dos jurisdicionados”.<sup>300</sup>

Diante de situações em que impere a urgência não pode se negar a fungibilidade, visto que esta é aplicada para adequar o pedido ao regime jurídico correspondente à sua natureza. Ou seja, o juiz deve desconsiderar o revestimento formal e buscar no conteúdo da demanda o enquadramento apropriado, tanto na hipótese em que se chama de medida cautelar quanto naquela que se rotula de tutela antecipada.<sup>301</sup>

Ainda, evidencia-se que a regra da fungibilidade entre as tutelas antecipatória e cautelar não pode ser interpretada de forma literal, conforme dispõe o § 7º do artigo 273 do CPC. Nesse contexto, Bueno destaca: “O § 7º do art. 273, portanto, deve ser interpretado de forma a permitir a fungibilidade ampla e *recíproca* entre a ‘tutela antecipada’ e a ‘tutela cautelar’ ”.<sup>302</sup>

Para os defensores dessa corrente, o dispositivo em análise, deixou ao magistrado o dever constitucional de promover a conversão entre pedidos antecipatório e cautelar e vice-versa, com as devidas ressalvas quanto à presença dos requisitos essenciais de cada pedido, evitando-se, assim, sua inviabilização. Portanto, explicitamente autorizou a concessão de

<sup>298</sup> MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: Um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado. **Revista de Processo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, n. 167, 2009. p. 121.

<sup>299</sup> MORBACH, Cristiano Barata. A fungibilidade de mão dupla no campo das tutelas de urgência: uma outra visão. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

<sup>300</sup> SILVA, Bruno Freire e. A alteração do art. 489 do CPC e a fungibilidade na utilização da medida cautelar e tutela antecipada. **Revista de Processo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, n. 175, 2009. p. 189.

<sup>301</sup> MELO, Gustavo de Medeiros. **Ibidem**.

<sup>302</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156. v. 4.

tutela cautelar quando requerida como tutela antecipatória e implicitamente autoriza a concessão de tutela antecipatória quando requerida como tutela cautelar. Em síntese, para essa corrente doutrinária, não existe fungibilidade que comporte via única.<sup>303</sup>

Nesse sentido Greco refere:

É a chamada fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, que também pode dar-se no sentido inverso, em razão da identidade substancial dos dois institutos, isto é, pode ser concedida, a título de medida cautelar antecedente ou incidente, uma medida de urgência satisfativa ou antecipatória do provimento final no processo de conhecimento.<sup>304</sup>

Nessa perspectiva, tem-se que a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada opera no duplo sentido. Demonstra a diferença entre ambas, posto que se fosse a mesma coisa não seriam fungíveis. Além disso, destaca-se que a tutela cautelar está relacionada com a efetividade do processo principal, ao passo que a tutela antecipada interessa às partes, antecipando o momento satisfativo da pretensão.

Se a recíproca é verdadeira – como de fato o é, pelo duplo sentido vetorial – o juiz concederá o provimento satisfativo quando o pedido possuir natureza antecipatória e estiverem preenchidas as condições legais, não obstante tenha o autor chamado de medida cautelar.<sup>305</sup>

Assim, basta que o juiz constate o equívoco do postulante ao articular pedido de tutela antecipada/satisfativa, quando a hipótese em concreto está a exigir providência acautelatória/assecurativa, para então conceder a proteção cautelar no bojo do processo principal de conhecimento, ainda em tramitação.<sup>306</sup>

---

<sup>303</sup> RUANOBA, Sebastian Waternberg. Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelar) no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

<sup>304</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 333. v. II.

<sup>305</sup> MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: Um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado. **Revista de Processo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009. n. 167. p. 116.

<sup>306</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Tutela antecipatória e acautelatória fungibilidade dos pedidos: análise do art. 273 § 7º, instituído pela lei 10.444, de 7 de maio de 2002. Disponível em: <<http://www.joelfigueira.com/artigos>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

Figueira Júnior observa que

[...] a fase em que se encontra o trâmite processual é crucial para a viabilização do conhecimento dos pedidos de tutela com base na fungibilidade preconizada no § 7º do art. 273 do CPC, de maneira que o flanco aberto com a nova redação não se torne um estorvo ao regular prosseguimento do feito. Trata-se, por conseguinte, de *convertibilidade facultativa*, pois o juiz haverá de dimensionar, na hipótese em concreto, os efeitos de ordem prática no que concerne a simplificação da providência pleiteada, ficando ao seu prudente critério (discricionariedade) admitir o pedido incidentalmente no âmbito do processo principal de conhecimento, ou, inversamente, determinar que o autor corrija ou adapte a peça.<sup>307</sup> (grifo do autor)

Nota-se que o doutrinador entende que momento procedimental deve mostrar-se conveniente à concessão da tutela incidental. Isso porque o § 7º é explícito ao dizer que poderá o juiz deferir de forma incidental o pedido formulado. Daí surge à questão: trata-se de uma faculdade conferida ao Estado-juiz, significando que ele poderá deixar de aplicar a fungibilidade, ou, na verdade, deve ser entendido como um poder-dever? Verifica-se que a decisão que vier a deferir ou não a fungibilidade está revestida de discricionariedade judicial propriamente dita e o ato será, por conseguinte, irrecorrível; ao contrário, quando se tratar de simples faculdade, o sistema deverá comportar algum meio de impugnação.

Não obstante a tutela antecipatória determine a necessidade de haver o requerimento da parte para ser concedida, pode o juiz, dentro de certos limites, conferir outra providência, se entender mais conveniente e adequada para o caso em concreto. De outra forma, quando concedida à tutela antecipatória, poderá ela ser alterada, ou ainda, ter seu conteúdo ampliado ou diminuído, conforme as necessidades da situação concreta, existente no momento em que a proteção provisória pretende atuar. Desse modo, constata-se que o importante é o pedido de tutela contra o *periculum in mora* deduzido pelo requerente, posto que, se solicitada alguma providência contra determinado estado de urgência, não importa a medida especificamente pedida, poderá o magistrado determinar o provimento mais adequado a lidar com aquela situação.<sup>308</sup>

---

<sup>307</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Tutela antecipatória e acautelatória fungibilidade dos pedidos: análise do art. 273 § 7º, instituído pela lei 10.444, de 7 de maio de 2002. Disponível em: <<http://www.joelfigueira.com/artigos>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

<sup>308</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 318-320.

Por essa razão, embora o magistrado dependa de requerimento da parte para poder conceder a antecipação de tutela, não fica ele vinculado, estritamente, ao pedido de antecipação – à sua forma, à sua extensão, à sua qualidade e à forma de atuação – formulado pelo requerente. Pode o juiz, diante do pedido de antecipação de tutela, conceder à medida que lhe parece, segundo as circunstâncias, a mais adequada para a função protetiva que o instituto desempenha, ainda que não seja aquela expressamente pedida pelo autor.<sup>309</sup>

Em casos urgentes, não pode o juiz deixar de conceber a medida simplesmente por reputar que ela não foi requerida pela via que considera cabível. Nessas hipóteses, se presentes os requisitos, o juiz tem o dever de conceder a tutela urgente mais adequada às circunstâncias. Isso porque ele não fica vinculado estritamente ao pedido formulado pelo requerente.

Didier Júnior observa:

Se a parte requerer medida antecipatória/satisfativa via processo cautelar, e o magistrado entender que os requisitos da tutela antecipada estão preenchidos, deve ele conceder a medida, desde que determine a conversão do procedimento para o rito comum (ordinário ou sumário, conforme seja), intimando o autor para que proceda, se assim o desejar ou for necessário, às devidas adaptações em sua petição inicial, antes da citação do réu. Essa medida pode ser tomada de ofício, com base no art. 295, V, do CPC. Em hipótese alguma deve determinar a extinção do feito, sob a absurda rubrica da ausência de interesse de agir. A conversibilidade do procedimento é uma das maiores manifestações do princípio da instrumentalidade das formas, e não pode ser olvidada.<sup>310</sup>

Há de se pontuar, para a avaliação do provimento mais adequado à efetividade da proteção jurídica, o princípio da menor interferência, uma vez que, dentro desses extremos, é livre o juiz para conceder a medida mais apropriada para a situação material apresentada. São esses, portanto, juntamente com a existência de pedido de antecipação de tutela, os limites à atuação discricionária judicial.<sup>311</sup> Nesse contexto, ainda, ensina Theodoro Júnior: “[...] não é pelo rótulo, mas pelo pedido de tutela formulado, que se deve admitir ou não seu processamento em juízo; assim como é pacífico que não se anula procedimento algum simplesmente por escolha errônea de forma”.<sup>312</sup>

<sup>309</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 318.

<sup>310</sup> JORGE, Flavio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9.

<sup>311</sup> **Ibidem**. p. 320.

<sup>312</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 661.

Percebe-se, que quando o problema for apenas de rótulo, no qual se requer uma medida outorgando-lhe o nome de outra, o magistrado, percebendo o equívoco lançado, poderá corrigir e conceder o provimento mais acertado ao pedido. Destarte, nessa hipótese, sequer de estará diante da fungibilidade dos procedimentos, visto se tratar de um erro material no que concerne à denominação do instituto.<sup>313</sup>

Assim, embora haja controvérsia a respeito, a tendência é no sentido de a fungibilidade ter duplo sentido. Ou seja, não caberia apenas e tão somente na conversão de tutela antecipatória em tutela cautelar, mas também no inverso, posto que o juiz pode agir de ofício e adaptar a medida.

A melhor doutrina é a que a respeito do problema recomenda a solução flexibilizante do procedimento cautelar ou antecipatório e se justifica sob o argumento de que questões meramente formais não podem obstar a realização de valores constitucionalmente garantidos, como é o caso da garantia de efetividade da tutela jurisdicional.<sup>314</sup> Logo, o § 7º do art. 273 deve ser interpretado de forma a permitir a fungibilidade ampla e recíproca entre a tutela antecipada e a tutela cautelar<sup>315</sup>.

Tais tutelas, pelo fato de serem distintas, são fungíveis por expressa determinação legal. A fungibilidade opera no duplo sentido e demonstra a diferença entre as tutelas, pois se fossem a mesma coisa não seriam fungíveis. Além disso, é importante observar que a tutela cautelar está relacionada à efetividade do processo principal ao passo que a tutela antecipada interessa as partes, antecipando o momento satisfativo da pretensão.<sup>316</sup>

Dessa forma, firma-se o entendimento de que não importa se a forma eleita pela parte em pleitear o pedido, fora à equivocada, pois, por vezes, incerta é a natureza do pedido. O necessário é demonstrar a urgência da tutela pretendida. Percebe-se que restou implicitamente no Código de Processo Civil o permissivo à fungibilidade entre providências cautelares em ambos os sentidos.

Bastos coaduna com tal entendimento, afirmando ser plenamente possível a fungibilidade de mão dupla, sem a necessidade de conversão procedimental, pelo fato de que os princípios constitucionais elencados na Carta Magna proporcionam ao cidadão um acesso à

<sup>313</sup> LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. Aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência cautelar e genérica. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 182, 2010. p. 325.

<sup>314</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 662.

<sup>315</sup> DESTEFENNI, Marcos: **Curso de processo civil: processo de conhecimento: tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152. v. 1: tomo 2.

<sup>316</sup> **Ibidem**. p. 47.

Justiça, com todas as garantias inerentes à prestação de uma tutela jurisdicional justa e efetiva.<sup>317</sup>

Acerca do tema Pinho leciona:

Embora o legislador refira-se apenas à possibilidade de substituição da tutela antecipada por cautelar, não pode haver dúvida, sob pena de comprometer a efetividade almejada pela reforma processual, de que a fungibilidade opera nas duas direções, sendo possível conceder tutela antecipada em lugar de cautelar. Isso porque, em direito, não há fungibilidade em uma só mão de direção. Se os bens são fungíveis, tanto se pode substituir um por outro como outro por um, caracterizando o fenômeno denominado do duplo sentido vetorial.<sup>318</sup>

A corrente em comento defende, com afinco, a tese de a fungibilidade ocorrer em ambos os sentidos, e não apenas em um, conforme literalidade do § 7º do art. 273 do ordenamento jurídico. Razão pela qual entendem ser possível deferir tutela cautelar/conservativa como antecipatória/satisfativa, e vice versa. Isto posto, para atender, aos princípios da economia, efetividade e celeridade processual. Observam, ainda, que a tutela cautelar está relacionada à efetividade do processo principal, ao passo que a tutela antecipada interessa às partes, antecipando o momento satisfativo da pretensão.

Ressalta-se que alguns doutrinadores defendem a tese de não ser possível à reciprocidade quando da aplicação do princípio da fungibilidade, com base em argumentos como: a diferença entre as duas medidas no tocante à exigência de prova inequívoca, para a tutela antecipada, e apenas o *fumus boni iuris*, para a concessão da cautelar. No entanto, diverso é o entendimento daqueles que defendem a tese da reciprocidade entre as medidas, no tocante à fungibilidade, tendo em vista que referem ser tênue a diferença entre a tutela antecipatória e a cautelar. Ainda, prosseguem esses, assegurando que o rigor da norma não pode ser suficiente para prejudicar a nomeação da tutela e, conseqüentemente, o jurisdicionado.<sup>319</sup>

---

<sup>317</sup> BASTOS, Ísis Boll de Araújo. A fungibilidade como instrumento de celeridade e efetividade jurisdicional em sede de tutela de urgência. In: **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris. Ano 37, n. 118. Jun., 2010. p. 245.

<sup>318</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 489. v. 1.

<sup>319</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Loc. cit.**

### 3.1.2 Posicionamentos jurisprudenciais acerca da fungibilidade nas tutelas de urgência

Não apenas os doutrinadores acima citados divergem sobre a fungibilidade das tutelas de urgência, constata-se que os Tribunais também têm inclinações tanto positivas, quanto negativas a respeito da questão. Desse modo, passa-se, ora, a fazer uma análise da jurisprudência que defende a fungibilidade em única via de direção e, por conseguinte, rejeita a fungibilidade de mão dupla. Após, será voltado especial olhar à positivação da referida fungibilidade, ou seja, ao acatamento pelos defensores da fungibilidade em duplo sentido.

#### 3.1.2.1 Corrente jurisprudencial favorável à fungibilidade de mão única

Acerca do instituto em estudo, cabe referir que diverge a jurisprudência dos tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça, porquanto alguns entendem não caber à aplicação da fungibilidade nas tutelas de urgência, outros entendem que a mesma se daria apenas uma única via de direção, nos termos do § 7º do art. 273, qual seja requerida antecipatória e concedia cautelar, portanto, não admitindo a tese da fungibilidade de mão dupla, nas tutelas de urgência. Assim, serão colacionadas algumas ementas jurisprudenciais que tratam do assunto, além disso, serão feitas algumas abordagens a respeito das decisões incorporadas.

Do Superior Tribunal de Justiça, anexa-se o seguinte julgado, o qual restou improvido em razão de que entenderam os ministros que não caberia à fungibilidade. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – PETIÇÃO INICIAL – INDEFERIMENTO – MEDIDA CAUTELAR – TUTELA ANTECIPADA – 1. Petição **inicial indeferida sob o entendimento de que a pretensão dita como cautelar tem, em seu núcleo, efeitos de tutela antecipada**. 2. Recurso especial intentado sem enfrentar os pressupostos da medida cautelar e a convicção do julgador que impôs o indeferimento. [...] 5. Agravo regimental improvido.<sup>320</sup> (grifo próprio)

A jurisprudência acostada apresenta em seu acórdão que, em sendo interposto pedido cautelar quando o adequado fosse o pedido antecipatório, haveria o indeferimento puro e

<sup>320</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 283217-RJ**, da 1ª Turma. Relator: Ministro José Delgado. Rio de Janeiro, RJ, 13 de agos. de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

simples. Ou seja, da análise do caso percebe-se que a petição fora interposta de forma equivocada e consequentemente indeferida sob o entendimento de que a pretensão dita cautelar tinha, na verdade, em seu núcleo, efeitos de tutela antecipada. Diante disso, os ministros do Tribunal deram por improvido o recurso de agravo regimental.

Do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul colacionam-se os seguintes entendimentos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. PROCEDIMENTO CAUTELAR ELEITO. INADEQUAÇÃO. INVIABILIDADE DE CONVERSÃO. A partir da incorporação do instituto da antecipação de tutela por nossa legislação processual (Lei 8.952/94), **não mais se justifica a fungibilidade da antecipação de tutela por medida cautelar**, consideradas as conseqüências processuais e operacionais que acarreta, inclusive no que se refere ao risco de ineficácia da medida (arts. 806 e 808, I, do CPC), ao ajuizamento de duas ações em lugar de uma, com correspondentes despesas processuais e movimentação da máquina judiciária, desnecessárias e onerosas, contrariando os princípios da economia, da celeridade, e da ampla defesa (por aplicação de processo com prazos mais reduzidos) e em detrimento dos nobres objetivos da reforma. **Não incide nestes casos a regra da conversibilidade, introduzida através do § 7º, ao art. 273, pela Lei nº 10.444/02, só aplicável em situação inversa [...].** PROCESSO CAUTELAR EXTINTO DE OFÍCIO.<sup>321</sup> (grifo próprio)

No caso em comento, restou o processo extinto em função de não se justificar a fungibilidade da antecipação de tutela por medida cautelar. Ou seja, acordou a câmara que, no caso, não é aplicável a regra da conversibilidade introduzida através do § 7º, ao art. 273, pela lei nº 10.444/02, que, nos termos do referido preceito, só é aplicável em situações inversas, a saber, deferimento de medida cautelar em caráter incidental do processo, embora postulada a título de antecipação de tutela se presentes os pressupostos exigidos.

APELAÇÃO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. **Não há possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade entre tutela cautelar e antecipação de tutela quando a pretensão é indubitavelmente satisfativa.** Apelo desprovido. Unânime.<sup>322</sup> (grifo próprio)

<sup>321</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de instrumento n. 70016056855**, da vigésima segunda câmara cível. Relator: Des. Mara Larsen Chechi. Porto Alegre, 28 de set. de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

<sup>322</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação cível n. 70036936532**, da vigésima primeira câmara cível. Relator: Des. Genaro Baroni Borges. Porto Alegre, 13 de abr. de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 07 agos. 2012.

Percebe-se no caso exposto o entendimento dos julgadores no sentido de não haver possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade entre tutela cautelar e antecipação de tutela, em face à distinção dos efeitos das medidas. Na fundamentação afirmam que com reforma processual de 1994, que deu nova redação ao artigo 273 do CPC, não mais cabe a possibilidade de o juiz antecipar os efeitos da tutela definitiva de mérito, no campo do processo cautelar. Em sendo assim, acordaram por unanimidade pelo não provimento do recurso em face à indubitosa satisfatividade da medida requerida.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MÚTUO CIVIL. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. ATO DO ESTADO. SUSTAÇÃO. TUTELA DE URGÊNCIA. PROCEDIMENTO CAUTELAR ELEITO. INADEQUAÇÃO. INVIABILIDADE DE CONVERSÃO. AÇÃO REVISIONAL DO CONTRATO DIRIGIDA CONTRA A ENTIDADE DE CLASSE. LEGITIMAÇÃO PASSIVA. VEROSSIMILHANÇA NÃO DEMONSTRADA. **A partir da incorporação do instituto da antecipação de tutela por nossa legislação processual (Lei 8.952/94), não mais se justifica a fungibilidade da antecipação de tutela por medida cautelar, consideradas as consequências processuais e operacionais que acarreta**, inclusive no que se refere ao risco de ineficácia da medida (arts. 806 e 808, I, do CPC), ao ajuizamento de duas ações em lugar de uma, com correspondentes despesas processuais e movimentação da máquina judiciária, desnecessárias e onerosas, contrariando os princípios da economia, da celeridade, e da ampla defesa (por aplicação de processo com prazos mais reduzidos) e em detrimento dos nobres objetivos da reforma. **Não incide nestes casos a regra da conversibilidade introduzida através do § 7º, ao art. 273, pela Lei nº 10.444/02, só aplicável em situação inversa** [para admitir o deferimento de medida cautelar em caráter incidental, quando presentes os seus pressupostos, embora postulada a título de antecipação de tutela]. [...] Não evidenciada a pertinência subjetiva entre a causa de pedir posta na lide e a relação processual, não se reconhece verossimilhança, indispensável à concessão de tutela antecipada. PROCESSO CAUTELAR EXTINTO DE OFÍCIO. <sup>323</sup> (grifo próprio)

No caso em evidência entenderam os desembargadores que não se confundem medida cautelar com antecipação de tutela, assim, após a incorporação do instituto da antecipação de tutela ao sistema processual, não mais se justifica a fungibilidade das tutelas de urgência, antes admitida para suprir lacuna legislativa. Referem que não se trata apenas de adequação do nome jurídico do benefício postulado (cautelar ou antecipatório), mas de desvirtuamento prático na aplicação de institutos diferentes (embora pertencentes ao mesmo gênero), em prejuízo ao direito de ampla defesa do destinatário da medida, pela redução do prazo de defesa. Para eles a regra introduzida no § 7º do art. 273 não representa autorização para a fungibilidade ampla, pois o referido preceito trata apenas da concessão de medidas cautelares incidentais, quando postuladas a título de antecipação de tutela, e não da conversão de tutelas cautelares em tutelas antecipatórias. Entenderam, portanto pela extinção.

<sup>323</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de instrumento n. 598408607**, da nona câmara cível. Relator: Des. Mara Larsen Chechi. Porto Alegre, 22 de dez. de 2004. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. PROCEDIMENTO CAUTELAR ELEITO. INADEQUAÇÃO. INVIABILIDADE DE CONVERSÃO. **A PARTIR DA INCORPORAÇÃO DO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POR NOSSA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL (LEI 8.952/94), NÃO MAIS SE JUSTIFICA A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA, NÃO APENAS POR RAZÕES DE ORDEM FORMAL, MAS PELAS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS E OPERACIONAIS QUE ACARRETA, INCLUSIVE NO QUE SE REFERE AO RISCO DE INEFICÁCIA DA MEDIDA (ARTS. 806 E 808, I, DO CPC), [...] CONTRARIANDO OS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA, DA CELERIDADE, E DA AMPLA DEFESA (POR APLICAÇÃO DE PROCESSO COM PRAZOS MAIS REDUZIDOS) E DESCONSIDERANDO OS NOBRES OBJETIVOS DA REFORMA. PROCESSO CAUTELAR EXTINTO DE OFÍCIO.**<sup>324</sup> (grifo próprio)

Percebe-se do julgado em análise que, na visão dos desembargadores, independentemente do direito da agravante à proteção de seu nome, elegeu via imprópria para obter a tutela de urgência. Declaram que a partir da incorporação do instituto da antecipação de tutela à legislação processual nacional, pela lei nº 8.952/94, não mais se justifica a prática da fungibilidade antes instituída para suprir a lacuna legislativa acerca das medidas de urgência de caráter satisfativo, não só por razões de ordem formal, mas principalmente pelas consequências processuais que acarreta. Desse modo, foi extinto de ofício o recurso interposto.

Do Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina anexa-se o seguinte julgado, também abordando a matéria:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR DE CUNHO SATISFATIVO. EXTINÇÃO DO FEITO COM FULCRO NO ART. 267 INC. – EQUIVOCADA INTERPRETAÇÃO DO DEMANDANTE ACERCA DAS DIFERENÇAS ENTRE AÇÃO CAUTELAR E DE TUTELA ANTECIPADA (ART. 273 DO CPC). SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM QUANTUM INFERIOR AO DEVIDO. MAJORAÇÃO DEFERIDA (ART. 20 §§ 3º E 4º DO CPC) – RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. Dado o caráter subsidiário da ação cautelar em relação ao processo principal, o manejo dessas ações com cunho satisfativo, deverá ater-se ao previsto em lei. **Não se pode confundir tutela em ação cautelar, com a tutela antecipada prevista no art. 273. O processo cautelar subsidiário do principal, busca garantir a eficácia da futura sentença. Enquanto que a antecipação de tutela em processo ordinário, antecipa os efeitos da futura sentença, trazendo o bem da vida para o patrimônio do autor.** Restando evidente que o pedido formulado pelo autor tem cunho antecipatório, a cautelar satisfativa deve ser extinta, com fundamento no art. 267, inc. VI do CPC.<sup>325</sup> (grifo próprio)

<sup>324</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de instrumento n. 70003230653**, da nona câmara cível. Relator: Des. Mara Larsen Chechi. Porto Alegre, 28 de nov. de 2001. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 07 agos. 2012.

<sup>325</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do SC. **Apelação cível n. 2004.035116-7**. Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis, 26 de julho de 2005. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2012.

Do caso em análise percebe-se que o autor interpôs ação cautelar buscando garantir tratamento médico-hospitalar, diante de grave quadro clínico. A decisão de primeira instância julgou extinto o feito, fulcro no art. 267, inc. VI do CPC. Os julgadores, quando da apreciação do recurso, entenderam que a medida apropriada para o pedido do autor seria a antecipação de tutela, referindo que essa não se confunde com a tutela cautelar. Observaram, ainda, que enquanto a antecipação de tutela antecipa os efeitos da futura sentença, trazendo o bem para o patrimônio do autor, a cautelar apenas busca garantir a eficácia da futura sentença e, dessa forma, negaram provimento ao recurso do autor, dando apenas provimento parcial ao recurso do réu.

Do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo anexa-se o julgado abaixo.

ACÓRDÃO RECURSO - Agravo interno - Indeferimento do processamento do agravo [...] A antecipação de tutela é a antecipação do provimento pretendido, pelo que tem a mesma natureza de uma sentença de mérito, não podendo haver confusão com medida cautelar, concedida "initio litis" ou não. Tutela antecipatória e tutela cautelar são institutos jurídicos que não se confundem. [...] A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor). [...] **Não se pode olvidar, também, que, a fungibilidade das tutelas de urgência ocorre de uma antecipação de tutela para uma cautelar, e não o contrário, como se pode ver o art. 273, § 7o, do CPC.** Melhor explicando: **se a parte pede antecipação de tutela, o Juiz pode, alternativamente, se entender não ser o caso de tutela antecipatória, conceder cautelar. Mas se a parte pede cautelar, não pode o Juiz conceder algo maior, que é a tutela antecipatória. É sempre do mais para o menos, e nunca do menos para o mais.** [...] A antecipação dos efeitos da tutela, por importar em antecipação de provimento definitivo, há de ser sempre pedida [...].<sup>326</sup> (grifo próprio)

No caso colacionado verifica-se que os desembargadores entenderam pela impossibilidade de concessão de tutela antecipatória, justamente por ter sido requerida como cautelar, ou seja, quando se requer “o mais” é possível ter concedido “o menos”, mas não o inverso. Portanto, a fungibilidade das tutelas de urgência ocorre de uma antecipação de tutela para uma cautelar e não o contrário. Destarte baseiam-se na literalidade do § 7º do art. 273 do CPC.

<sup>326</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de SP. **Agravo interno n. 1.332 885-7/01**. Relator: Des. Silveira Paulilo, São Paulo, SP, 08 de nov. de 2004. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 08 out. 2012.

### 3.1.2.2 Corrente jurisprudencial favorável à fungibilidade de mão dupla

Não obstante parte da jurisprudência dos tribunais estaduais e STJ se mostrarem desfavoráveis à fungibilidade de mão dupla das tutelas de urgência, percebe-se que a grande maioria se mostrou favorável ao referido instituto. Em sendo assim, abordaremos nesse tópico a fungibilidade recíproca entre as tutelas de urgência cautelar e antecipatória.

Do STJ anexam-se os seguintes julgados que defendem a tese em comento.

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA – PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CARÁTER SATISFATIVO – TUTELAS DE URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - POSSIBILIDADE - ART. 273, PAR. 7º, DO CPC - INTERESSE DE AGIR - EXISTÊNCIA, *IN CASU* – RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, PARA PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO - NECESSIDADE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - **Nos termos do art. 273, § 7º, do CPC, admite-se a fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela, sendo possível, portanto, o recebimento do pedido cautelar como antecipação da tutela;** II - O entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que carece interesse de agir a parte que apresenta medida cautelar com pedido de antecipação de tutela, não se coaduna com a jurisprudência do STJ sobre a matéria; III - Recurso especial provido. <sup>327</sup> (grifo próprio)

Nota-se do julgamento do recurso transcrito que ministros do STJ reconheceram a existência de interesse de agir da parte recorrente e, ainda, na votação, restou clara a aplicação do princípio da fungibilidade das tutelas de urgência, em consonância ao preceito insculpido no artigo 273, § 7º, do Código de Processo Civil. Ou seja, para esses, a fungibilidade tanto poderá ocorrer da tutela antecipada para a tutela cautelar como também da tutela cautelar para a tutela antecipada. Evidencia-se, dessa forma, a autorização da fungibilidade de mão dupla. Conseqüentemente, com o provimento do recurso, os autos do processo foram remetidos ao Tribunal de origem para que fossem, naquele, apreciados os demais pedidos formulados pela parte.

---

<sup>327</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1150334-MG*, da terceira turma. Relator: Ministro Massami Uyeda. Rio de Janeiro, RJ, 19 de out. de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

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.<sup>328</sup> (grifo próprio)

No caso em análise percebe-se que os ministros acolhem a tese do princípio da fungibilidade prescrito no art. 273, § 7º, do CPC, e, ainda, reconhecem o interesse processual de se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela. Assim sendo, restou improvido o agravo regimental.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA. PEDIDO DE INTERVENÇÃO. ARTIGO 273, § 7º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I – [...] 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 assembleia, 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. Recurso especial não conhecido.<sup>329</sup> (grifo próprio)

No caso colacionado, observa-se que os ministros negaram conhecimentos ao recurso interposto diante das peculiaridades apresentadas. Em outros termos, os julgadores entenderam que a nomeação da junta administrativa era medida de caráter incidental que se impunha no processo, a qual deve ser compreendida em face do novo sistema introduzido no código (§ 7º do art. 273), no que se refere à utilização de medidas urgentes, e cuja amplitude muitas vezes pode ir além dos objetivos do próprio legislador, em proveito da maior efetividade da tutela jurisdicional. Embasaram a decisão citando doutrinadores favoráveis à fungibilidade em duplo sentido.

<sup>328</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental de Recurso Especial n. 1.013.299-BA**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 01 de out. de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

<sup>329</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 202740-PB**, da terceira turma. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, DF, 07 jun. de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DO CUMPRIMENTO DA LIMINAR POSTERIORMENTE MODIFICADA NA SENTENÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 811 DO CPC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. **Possível o emprego subsidiário das normas da tutela cautelar à tutela antecipatória. Embora estruturalmente distintas, funcionalmente são equivalentes, pois ambas são hábeis para sanar as situações de urgência, não havendo razão lógica para negar-se a utilização do princípio da fungibilidade entre elas. [...]. APELAÇÃO PROVIDA.**<sup>330</sup> (grifo do original)

Observa-se que os desembargadores referem que, embora estruturalmente distintas, as tutelas cautelares e antecipatórias mostram-se funcionalmente equivalentes, pois ambas são hábeis para sanar as situações de urgência sobrevindas e, por isso, devem ser aplicadas à tutela jurisdicional. Inclusive, os desembargadores citam e comentam a doutrina que defende a tese da fungibilidade dos dois procedimentos, bem como referem que os juízos devem flexibilizar, quando a parte tiver se valido do procedimento menos adequado e restarem presentes os requisitos que autorizam a concessão da medida acertada.

APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. FUNGIBILIDADE DO PROCESSO CAUTELAR E DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. **O artigo 273, § 7º, do Código de Processo Civil, contém regra de fungibilidade processual recíproca entre as tutelas cautelares e antecipatórias,** ademais, não há consenso na doutrina e jurisprudência sobre a natureza jurídica da pretensão de sustação do protesto. Constando dos autos prova do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* é de ser sustado o protesto do título, mediante caução. APELO PROVIDO.<sup>331</sup> (grifo próprio)

No caso apresentado os julgadores entenderam por dar provimento ao recurso, bem como mencionaram acerca do suposto equívoco da via eleita pela parte para sustar o protesto. Observam que o artigo 273, § 7º, do Código de Processo Civil, contém a regra de fungibilidade processual recíproca entre as tutelas cautelares e antecipatórias, o qual é aplicável ao caso, visto não haver na doutrina e ou jurisprudência consenso sobre a natureza jurídica da pretensão de sustação do protesto.

<sup>330</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação cível n. 70020889077**, da décima quarta câmara cível. Relator: Des. Judith dos Santos Moteccy. Porto Alegre, 22 de janeiro de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

<sup>331</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação cível n. 70013216452**, da décima sétima câmara cível. Relator: Des. Alzir Felipe Schimitz. Porto Alegre, 16 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 07 agos. 2012.

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; 2. Recurso especial conhecido e provido para que, superada a extinção do processo por ausência de interesse processual, a Corte de origem prossiga no julgamento dos recursos oficial e voluntário.<sup>332</sup> (grifo próprio)

Verifica-se no caso em estudo que os ministros, no julgamento, conheceram o recurso e deram provimento ao mesmo. Assim, concluíram pela não extinção do processo sem apreciação do mérito, por ausência de interesse de agir, e remeteram os autos à Corte regional a fim de que, superado o óbice, houvesse o prosseguimento do julgamento. Ressaltaram que a interpretação da Corte de origem, de que carece interesse de agir a parte que apresenta pleito cautelar quando o correto é antecipatório, se distancia da moderna tendência processual civil e, ainda, da interpretação que o STJ confere à matéria.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. CAUTELAR. **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE.** INTELIGÊNCIA DO ART. 273, §7º DO CPC. DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA, A FIM DE NÃO IMPORTAR ENRIQUECIMENTO DA PARTE CONTRÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.<sup>333</sup>

Nesse caso o relator cita que, com o acréscimo do parágrafo 7º ao art. 273, possibilitou-se ao juiz deferir medida cautelar mesmo que proposta por meio de tutela antecipada, e, ainda, tornou-se possível o deferimento de tutela antecipada quando pleiteada por meio de medida cautelar. Assim, dá parcial provimento ao agravo interposto, ou seja, acolhe o pedido de fungibilidade recíproca, inclusive citando e comentando doutrina favorável à fungibilidade.

<sup>332</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial. n. 1.11.061-BA*, da segunda turma. Relator: Min. Eliana Clamon. Brasília, DF, 24 de mar. de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 agos. 2012.

<sup>333</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. *Agravo de instrumento n. 70038302568*, da primeira câmara cível. Relator: Des. Luiz Felipe Silveira Difini. Porto Alegre, 19 de agos. de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

APELAÇÕES CÍVEIS. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO FIRMADO ANTES VIGÊNCIA DA LEI 9.656/98. RENOVAÇÕES CONTRATUAIS SUCESSIVAS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EXAME DE CATETERISMO. COBERTURA SECURITÁRIA DEVIDA. [...] 1.A via processual eleita mesmo que seja inadequada não afasta o exame da pretensão, caso sejam observados os pressupostos justificadores da providência de urgência, de sorte a atender aos princípios da efetividade e da instrumentalidade processual. Fungibilidade das tutelas de urgência. [...] 3. Dessa forma, reconhecido o caráter satisfativo da cautelar intentada, a prestação jurisdicional se esgota com a concessão da tutela pretendida, não havendo se cogitar de extinção do feito por mero formalismo processual, como pretende a ré. [...]. Em julgamento conjunto, rejeitada a preliminar suscitada e, no mérito, negado provimento aos apelos.<sup>334</sup> (grifo próprio)

Nota-se nas palavras dos desembargadores que, no caso em análise, mesmo sendo a via processual eleita de forma inadequada, não afasta a pretensão deduzida, caso sejam observados os pressupostos justificadores da providência de urgência, de sorte a atender os princípios da efetividade e da instrumentalidade processual. Destacam que ambas as tutelas integram a um só gênero, qual seja, o das tutelas de urgência, concebidas para conjurar o perigo de dano pela demora do processo. Assim, não há que se cogitar a extinção do feito por mero formalismo processual, deste modo, negaram provimento aos apelos.

É perceptível o rumo da jurisprudência, no sentido de aceitar e concordar com a fungibilidade de ambos os sentidos, também denominada de fungibilidade recíproca por alguns doutrinadores. Percebe-se, analisando a jurisprudência contextualizada acima, que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando preenchidos os requisitos exigidos pela medida de urgência, não se nega a conceder a tutela requerida, mesmo quando posta equivocadamente em juízo.

APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR INOMINADA. FUNGIBILIDADE DO §7º DO ART. 273 DO CPC INAPLICÁVEL À ESPÉCIE. A inovação introduzida no sistema processual civil brasileiro (art. 273 do CPC) não eliminou a distinção entre medidas cautelares e medidas antecipatórias. Autoriza apenas a aplicação do princípio da fungibilidade entre ambas. **No caso dos autos mostra-se inaplicável o referido princípio, pois que sequer se encontram presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada.** Hipótese em que o conjunto probatório demonstrou a ausência de prova inequívoca das alegações da apelante de modo a conceder a medida pretendida. APELO DESPROVIDO.<sup>335</sup> (grifo do original)

<sup>334</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação cível n. 70034320275**, da quinta câmara cível. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 31 de mar. de 2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 18 fev. 2012.

<sup>335</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação cível n. 70010731370**, da sexta câmara cível. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 25 de mai. de 2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 18 fev. 2012.

No caso em comento, os julgadores entenderam inaplicável a fungibilidade introduzida pelo § 7º do art. 273 do CPC, em função de se concluir no trâmite do processo, que não restou incontroverso o fato de que a autora não era devedora do cheque *sub judice*, requisito para a concessão da tutela antecipatória. Ao contrário, os relatos e os documentos acostados aos autos direcionaram o feito ao juízo de improcedência. Assim, no entendimento dos desembargadores a análise não está na mera irregularidade processual, que poderia ser suprida pela fungibilidade entre a tutela antecipatória e tutela cautelar autorizada pelo disposto no § 7º do art. 273 do CPC. Mas sim de ausência de pressupostos para a concessão da medida, diante da falta de provas de que a autora não é devedora da quantia representada pelo cheque protestado. Portanto restou desprovido o recurso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR INOMINADA - CONTRATO DE AFILIAÇÃO AO SISTEMA "VISANET", FIRMADO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA PARA DETERMINAR O RESTABELECIMENTO DA AVENÇA RESCINDIDA UNILATERALMENTE PELA AGRAVANTE. FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA - JUÍZO A QUO QUE, MESMO RECONHECENDO QUE OS PLEITOS MANIFESTADOS TERIAM NATUREZA ANTECIPATÓRIA, E NÃO CAUTELAR, APRECIA-OS COM BASE NO ARTIGO 273, § 7º DO CPC - VIABILIDADE."A forma não deve, em hipótese alguma, sacrificar o direito do jurisdicionado. **A nossa codificação processual civil, na sua atual concepção, tornou admissível juridicamente a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada, fungibilidade essa que há de ser entendida como de mão dupla, pelo que não só a tutela antecipada faz-se adequada quando envolva matéria de natureza cautelar, como eficaz é a cautelar em que se enfrenta matéria afeta com maior precisão à tutela antecipatória.**" Recurso conhecido e provido por unanimidade.<sup>336</sup>

Do exposto depreende-se que, no tocante ao ponto de vista processual, não há óbice algum no conhecimento de um pedido de tutela antecipada para tutela cautelar, ou vice versa, haja vista que o que define a natureza jurídica do pedido é a essência da pretensão deduzida em juízo e não o eventual nome jurídico que o interessado tenha, porventura, atribuído em sua peça. Assim, cumpre ao magistrado, com lastro na instrumentalidade, na efetividade do processo e na fungibilidade, conhecer, independentemente do nome que lhes foi dado, em função da essência do que é postulado e não pelo rótulo que vem externando. Restou, portanto, por unanimidade, conhecido e provido o recurso interposto.

Observa-se que a codificação nacional tornou admissível juridicamente a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada, fungibilidade essa que há de ser entendida como de mão

<sup>336</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de instrumento n. 2008.006332-9**, da terceira câmara de direito comercial cível. Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein. Balneário Comburú, 10 de abr. de 2010. Disponível em: <<http://www.tjsc.gov.br>>. Acesso em: 18 set. 2012.

dupla, mesmo não estando expressamente inseridas no dispositivo (§7º do art. 273 CPC). Ou seja, não só a tutela antecipada é eficaz quando envolva matéria de natureza cautelar, como também é eficaz a cautelar quando envolve matéria de natureza antecipatória. Desse modo, quando a parte interessada fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência requerida tiver natureza cautelar, não poderá o julgador indeferir o pedido de tutela antecipada por entender ser inadequado. Porquanto, nesses casos o juízo poderá adaptar o requerimento e transformá-lo de pedido de tutela antecipada em pedido tutela cautelar e vice versa.

Cabe, ainda, ressaltar que os requisitos para a obtenção da tutela antecipada são mais rígidos do que os necessários para a obtenção de tutela cautelar, assim, só poderá ser deferida a medida cautelar se estiverem presentes os requisitos exigidos para tanto, a saber: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Acerca dos pressupostos da antecipação de tutela, frisa-se que a verossimilhança está consubstanciada ao chamado do juiz de probabilidade acerca da existência do direito a que se pretende tutelar, isto é, se há elementos suficientes nos autos que acolham a tese suscitada, de modo aparentemente verdadeiro que permita antecipar o resultado final da solução do litígio.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso procurou demonstrar a possibilidade da aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência como importante instrumento de justiça e de efetividade do processo. Assim, diante das últimas tendências do processo civil moderno, percebe-se que se está deixando de lado a preocupação exagerada com a forma e caminha-se no sentido de privilegiar a efetividade da tutela jurisdicional, fazendo com que a parte satisfaça sua pretensão de maneira mais completa e célere, sem deixar de lado a segurança jurídica. A fungibilidade vem ao encontro desse novo processo, pois proporciona ao jurisdicionado – que, por dúvida objetiva ou subjetiva, interpõe de forma errônea a tutela do direito almejado – a prerrogativa de não ser prejudicado em sua busca em face de tal lapso.

O surgimento das denominadas tutelas de urgência se confundem com as causas de seu aparecimento, uma vez que foram incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio para proteger direito certo do postulante, evitando sua perda ou deterioração pelo decurso do tempo ou por qualquer outro meio lesivo. Assim, foi atendendo a necessidade de impedir a incidência destrutiva do tempo sobre direitos que o legislador processual criou medidas para proteger a utilidade prática do processo, ou seja, para evitar o dano irreparável. Primeiro, adotou-se o processo cautelar, incorporado ao ordenamento jurídico no Código de 1973. Em seguida, acresceu a tutela antecipada, lei nº. 8952/94. E, após, criou a possibilidade de fungibilidade entre as referidas tutelas, lei nº. 10.444/92.

As tutelas de urgência têm fundamento constitucional no sentido de garantir maior efetividade jurisdicional. São gênero do qual são espécies a tutela cautelar e a antecipação de tutela. A primeira tem por objetivo assegurar os resultados práticos a serem advindos do processo principal, enquanto que a segunda antecipa não a tutela, mas seus efeitos, objetivando ao titular do direito o seu exercício ainda que mediante uma cognição não exauriente. O escopo primordial buscado é proporcionar para os jurisdicionados a tutela de seu direito de forma efetiva a fim de que possam desfrutar com plenitude o resultado obtido no processo. Assim, para assegurar todas as garantias inerentes ao homem, faz-se necessário um processo efetivo, seguro e de acordo com o ordenamento constitucional.

Embora apresentem relevantes e numerosos pontos em comum e imponham à parte postulante a comprovação de requisitos e características, por vezes, similares, diferem-se as

espécies de tutela de urgência em sua natureza jurídica, principalmente no que tange à finalidade a que se destinam. Desse modo, os efeitos da tutela antecipada não se confundem com os efeitos da tutela cautelar, pois naquela se busca o recebimento total parcial do bem pretendido, quando existir prova inequívoca convencendo o Juízo da verossimilhança da alegação e quando houver fundado receio de dano irreparável ou difícil reparação; ou se estiver caracterizado o abuso de direito de defesa ou o propósito protelatório do réu. Enquanto que nesta – cautelar – se pretende o deferimento de um provimento que assegure o resultado útil da decisão a ser apreciado num processo de cognição, assim, haverá interesse de se propor uma cautelar quando houver fundado receio de que os fatos ou atos prejudicarão o efetivo desenvolver da demanda.

A reforma decorrente da lei nº. 10.444/2002, que acrescentou, dentre outros, o § 7º ao art. 273, criou a possibilidade da fungibilidade entre as tutelas de urgência, mais especificamente entre a tutela antecipada e a tutela cautelar. Como consequência, dessa reforma, surgem as divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à aplicação da fungibilidade, visto que da forma como restou disciplinada no dispositivo legal, enseja interpretações distintas. Da leitura atenta do dispositivo supracitado, percebe-se que apenas consta expressa a autorização da fungibilidade da tutela antecipatória para a tutela cautelar e não o inverso – da cautelar para a antecipatória. E é justamente da interpretação do dispositivo que surgem as mencionadas teses divergentes.

Nota-se ser praticamente pacífico o entendimento tanto da doutrina quanto da jurisprudência sobre a fungibilidade nos termos do parágrafo em análise, ou seja, da tutela antecipatória para a cautelar – do “mais” para “o menos”. Tanto isso é verdade que sua aplicação não provoca fundadas discussões a respeito. Tal fungibilidade expressamente delineada no preceito é chamada, dentre outros termos similares, de fungibilidade de mão única. No entanto, o que enseja longas e aprofundadas teses divergentes, é a aplicação da fungibilidade da tutela cautelar para a tutela antecipatória, porquanto essa não restou expressamente positivada no CPC, e, ainda, para sua aplicação, requer-se requisitos ditos mais robustos do que os encontrados na tutela cautelar. Esse tipo de fungibilidade entre tutelas é chamado, dentre outros termos similares, de fungibilidade de mão dupla.

Nota-se, importantes discussões doutrinárias e jurisprudenciais no tocante a se aceitar ou não a fungibilidade recíproca nas tutelas de urgência, ou seja, tanto da antecipatória para a cautelar como da cautelar para a antecipatória. Nesse contexto, a doutrina e jurisprudência bipartem-se em posicionamento favorável e não favorável à fungibilidade em ambos os

sentidos. Ou seja, de um lado tem-se o entendimento doutrinário que considera ser plenamente possível a referida fungibilidade entre as técnicas antecipatória e cautelar em ambos o sentido, defendendo a tese de fungibilidade de mão dupla, porém, de outro lado, tem-se o entendimento de que a fungibilidade só pode se operar num único sentido, qual seja, da medida antecipatória para a cautelar, e não o inverso, isso porque a antecipatória exigiria requisitos mais robustos do que a cautelar. Para fundamentar a tese defendida, utilizam-se da literalidade do dispositivo legal – § 7º do artigo 273 do CPC – que, numa interpretação restritiva, apenas permite a hipótese de fungibilidade mão única.

No âmbito da jurisprudência colacionam-se importantes julgados para demonstrar o acatamento por parte dos tribunais, especificamente nos Tribunais de Justiça estaduais e o Superior Tribunal de Justiça, da possibilidade da aplicação da fungibilidade defendida por ambas as teses, porém, percebe-se maior predomínio na atualidade da tese da fungibilidade recíproca, isto é, fungibilidade de ambos os sentidos – cautelar para antecipação e vice-versa. Percebe-se que, na prática, as referências antes tidas como absolutas estão relativizando-se. E é, dessa forma, que o direito deve ser encarado, como um sistema dinâmico que deve acompanhar a evolução da humanidade, não podendo se contentar com conceitos estáticos.

Compartilhamos da opinião da corrente favorável à fungibilidade mão dupla, ressalvando que intentada a tutela antecipada a título de tutela cautelar, é possível a fungibilidade se presentes os requisitos da antecipação da tutela defendidos pela doutrina. Com a devida vênia, nossa sugestão é de que o juiz, ao receber um pedido de tutela cautelar e perceber que na verdade se trata de antecipação de tutela, deva proceder a uma análise para verificar se estão presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada e se a parte agiu ou não com má-fé. Não verificando a má-fé e, ainda, não estando presentes os pressupostos ensejadores da mesma e, porém, verificando o juiz que o direito em lide pode perder-se para sempre se não tutelado, poderá o mesmo utilizar-se do princípio da proporcionalidade e analisar dentre os interesses em jogo, qual é o mais provável e que merece a tutela ser tutelado, afinal o juiz está amparado pelo poder geral da cautela, normatizado pelo ordenamento, isto até que aguarde o desfecho do tramite processual.

Nesse contexto, a interpretação do § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, não deve ser restritiva, porquanto ter-se-á maior efetividade processual quando da aplicação do princípio da fungibilidade de forma extensiva, qual autoriza o julgador a conceder medida antecipatória como cautelar, bem como, cautelar como antecipatória. Ademais, a fungibilidade deve ser uma via de mão dupla, isto é, se a parte requerer providência

antecipatória via ação cautelar, não há razão para não admitir o pedido, assim, deve o magistrado analisar o pleito com cuidado e examinar os pressupostos específicos de cada medida, concedendo-a, se preenchidos os requisitos. Caso não se verifique a presença dos requisitos especificados por lei, mas se a prestação da tutela jurisdicional se mostrar em risco e presentes os requisitos gerais das providências urgentes, o magistrado pode conceder medida de urgência que se mostre suficiente para afastar o risco mencionado.

Destarte, ainda que um ato processual seja praticado em discordância da expressa previsão legal, desde que não cause prejuízos aos litigantes, deve ser convalidado pelo magistrado, em homenagem aos princípios da celeridade, da instrumentalidade das formas e do acesso à Justiça. Dessa forma, os resultados da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas podem ser ínfimos, mas podem ajudar a modificar a realidade que assola o Poder Judiciário brasileiro, o descrédito causado pela insatisfação dos jurisdicionados que não entendem o rigorismo adotado por grande parte dos encarregados pela prestação da tutela jurisdicional. É prudente que se observe, na aplicação da fungibilidade, o princípio da proporcionalidade. Dessa forma, em que pese os pressupostos supramencionados, não pode o requerente da providência postulada, ser prejudicado, em razão de ordem estritamente formal, mormente quando se está a tratar de jurisdição de urgência, em especial quando envolvidos direitos fundamentais e valores constitucionalmente garantidos.

Nota-se que as mais recentes alterações promovidas no Código de Processo Civil trouxeram remédios salutares para a cura da morosidade procedimental, o que vem perfeitamente ao encontro da pretendida e sonhada efetividade processual. Dentre essas alterações incluem-se as tutelas de urgência e a fungibilidade entre elas. Assim, através da análise das particularidades fáticas e jurídicas do caso concreto e a aplicação do princípio da fungibilidade ter-se-á a possibilidade dos processos serem julgados assegurados os resultados pertinentes, cumprindo, dessa forma, sua missão jurisdicional com êxito. Ainda, cumpre observar que por ser o tema pesquisado de grande complexidade enseja a continuação e o aperfeiçoamento do estudo.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fungibilidade e a tutela antecipada no direito processual civil moderno: tonalidade inovadora da lei nº 10.444/2002. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/658>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

ALMEIDA, Rafael Augusto Paes de. A cognição nas tutelas de urgência no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/868>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

ALMEIDA, Renato Franco de. Tutela antecipada (art. 273). Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-civil/tutela-antecipada.htm>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

ALVES, Eliana Calmon. Tutelas de urgência. Informe Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 11, n. 2, p. 159-168, jul./dez. 1999. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/391>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.

ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto de novo código de processo civil. Disponível em: <<http://www.arrudaalvim.com.br/Site/visualizarartigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 19 jan. 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário: de acordo com emendas constitucionais n. 42 de 19.12.03**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Isis Boll de Araújo. A fungibilidade como instrumento de celeridade e efetividade jurisdicional em sede de tutela de urgência. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, ano 37, n.118, jun., 2010. p. 245.

BASTOS, Cristiano de Melo Bastos; MEDEIROS, Reinaldo Maria de. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade como garantia da instrumentalidade e efetividade processual. **Revista IOB de Direito Processual Civil**, Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 62, nov./dez. 2009.

BAUERMAN, Desirê. Medidas antecipadas, medidas cautelares e fungibilidade. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n. 177, nov., 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)>. Acesso em: 18 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 9099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre Juizados Especiais Estaduais Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 05 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 08 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

\_\_\_\_\_. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

CARDOSO, Cassiano Pereira. **Princípios gerais do direito**. Passo Fundo: Editora UPF, 2003.

CARNEIRO, Diego Ciuffo. *Fumus boni iuris e periculum in mora* - uma análise conjunta dos requisitos das tutelas de urgência. **Revista dialética de direito processual**. São Paulo: Dialética, n. 96, mar., 2011.

CASSOL, Maria Helena. Perspectivas atuais da tutela antecipada e a quebra do princípio da unicidade da sentença. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, ano 35, n.111, set., 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COSTA, Aline Moreira da. Tutela Antecipada. **Revista da Faculdade de Direito de Taubaté**. São Paulo: Unitaú, ano VI, n. 6, 2004.

CORSI, Heitor Cavagnoli. A origem da tutela antecipada e o seu tratamento e o seu tratamento nos países estrangeiros. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/18248>>. Acesso em: 18 mai. 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CRUZ, André Luiz Vinhas da Cruz. **Evolução histórica das tutelas de urgência: breves notas de Roma à Idade Média**. Revista da ESMESE, 2006, n. 9. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/22305>>. Acesso em: 19 out. 2011.

CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil: do processo cautelar, arts. 796 a 812**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 30. n. 122, abr., 2005.

DESTEFENNI, Marcos: **Curso de processo civil: processo de conhecimento: tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, tomo II.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil: processo cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo. Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Tutela de urgência. O regime jurídico das medidas urgentes. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Editora Notadez, ano 49, n. 286, ago., 2001.

FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento, arts. 270 a 280**. Coord. Ovídio Araújo Batista da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 4. tomo I.

\_\_\_\_\_. Tutela antecipatória e acautelatória fungibilidade dos pedidos: análise do art. 273 § 7º, instituído pela lei 10.444, de 7 de maio de 2002. Disponível em: <<http://www.joelfigueira.com/artigos/>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Tipologia das Tutelas de urgência. Disponível em: <<http://www.joelfigueira.com/artigos/>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: processo de conhecimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). *Revista Brasileira de Processo Constitucional*. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada\\_Pellegrini\\_Grinover.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf)>. Acesso em: 11dez. 2011.

GUAICURUS, Delaine de Barros. A Fungibilidade nas tutelas de urgência. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2010/trabalhos\\_22010/de\\_laineguaicurus.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/de_laineguaicurus.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2012.

JORGE, Flavio Cheim, JÚNIOR, Fredie Didier, RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LAGE, Livia Regina Savernini Bissoli. Aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência cautelar e genérica. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 35, n. 182, abr., 2010.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2. ed. São Paulo. Editora Max Limonad, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: Um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n. 167, jan., 2009.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEZZOMO, Marcelo Calombelli. Fungibilidade cautela-antecipação e o artigo 273 § 7º do código de processo civil – Reflexões e condicionantes. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-civil/fungibilidade-cautela.htm>>. Acesso em: 11 mai. 2011.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2005. v. 3.

MALACHINI, Edson Ribas. A fungibilidade das tutelas antecipatória e cautelar (CPC, art. 273, § 7º). In: ARMELIN, Donald (coord). Tutelas de urgência e cautelares. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORBACH, Cristiano Barata. A fungibilidade de mão dupla no campo das tutelas de urgência: uma outra visão. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17739-17740-1-PB.htm>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

NADER, Philippe de Oliveira. As novas dimensões do postulado da fungibilidade no processo civil. Disponível em: <[http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Philippe\\_Nader.pdf](http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Philippe_Nader.pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual e legislação em vigor**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NETO, Antônio Silveira; PAIVA, Mário Antônio Lobato. Fungibilidade Recursal no Processo Civil. Um Modelo Jurídico Implícito. Disponível em: <[http://www.datavenia.net/artigos/Direito\\_Processual\\_Civil/Fungibilidade\\_recursal\\_062001.htm](http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Processual_Civil/Fungibilidade_recursal_062001.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2011.

NICOLEIT, Rudolfo Radaelli. A valoração da prova e a verossimilhança nas medidas de urgência. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/47-artigos-set-2010/6309-a-valoracao-da-prova-e-a-verossimilhanca-nas-medidas-de-urgencia>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

PORTANOVA, Ruí. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RUANOBA, Sebastian Watemberg. Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelar) no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sebastian%20Watenberg%20Ruanoba%20%20formatado.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

SILVA, Bruno Freire e. A alteração do art. 489 do CPC e a fungibilidade na utilização da medida cautelar e tutela antecipada. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 175, 2009.

SILVA, Ovídio A. Batista da. A ação cautelar inominada no direito brasileiro. In: DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil: processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

TAVARNARO, Giovana Harue Jojima. Princípios do processo administrativo. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19470-19471-1-PB.htm>>. Acesso em: 05 jul. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual e processo de conhecimento. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Processo Cautelar**. 22. ed. São Paulo: Atual, 2005.

TROMBINI, Gabrielle; KELLER, Arno Arnaldo. A responsabilidade civil na reversão da tutela antecipada. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, ano 35, n. 75, dez., 2008.

VECCHI, Ipojuacan Demétrius. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**. 2. ed. Passo Fundo: Editora UPF, 2007. v.1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais. Fungibilidade de meios uma outra dimensão do princípio da fungibilidade**. (Coord. Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. Antecipação da tutela em face de pedido incontroverso. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18209-18210-1-PB.pdf>>. Acesso em 19 out. 2012.