



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Fellipe de Souza Farinelli Medeiros

**A fungibilidade entre as tutelas de urgência no direito processual
civil brasileiro**

Florianópolis

2008

FELLIPE DE SOUZA FARINELLI MEDEIROS

**A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA
NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito para a obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Eduardo de Mello e Souza

Florianópolis
2008

AGRADECIMENTOS

À minha mãe e meu pai, os maiores mestres que alguém poderia ter.

À vó Tereza, o maior exemplo!

A toda minha família, pelas boas risadas nos almoços de domingo.

Aos mestres, uma das boas razões de se permanecer cinco anos numa faculdade.

Aos amigos, a melhor de tais razões.

E, por fim, à Mariana, imprescindível.



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “A fungibilidade entre as tutelas de urgência no direito processual civil brasileiro.”, elaborada pelo acadêmico Fellipe de Souza Farinelli Medeiros e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 05 de dezembro de 2008.

Eduardo de Mello e Souza
Orientador

João Leonel Machado Pereira
Membro

Henrique B. Souto Maior Baião
Membro

FARINELLI MEDEIROS, Fellipe de Souza. **A fungibilidade de urgência entre as tutelas de urgência no direito processual civil brasileiro**. 2008. 61 f. Monografia (Graduação em Direito) Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

RESUMO

Submetendo-se à Universidade Federal de Santa Catarina, a presente monografia tem por objeto a fungibilidade entre as tutelas de urgência (tutela cautelar e tutela antecipada), no direito processual civil brasileiro. Diante da fungibilidade entre as tais tutelas, introduzida pelo art. 273, §7º, do CPC, e a conseqüente confusão conceitual e prática, busca-se encontrar a interpretação sistemicamente mais harmoniosa para a questão, através da análise histórica da escolha ideológica do nosso processo civil, bem como através do estudo dos conceitos de tutela cautelar e tutela antecipa, destacando-se as diferenças entre elas, em especial o caráter assegurativo da cautelar e o caráter satisfativo da antecipada. Por fim, demonstra-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, demarcando qual posição se mostra mais adequada ao final de todo o exposto.

Palavras-chave: fungibilidade, tutela cautelar, tutela antecipada

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	9
1.1 SURGIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL AUTÔNOMO AO DIREITO MATERIAL.....	9
1.2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	11
1.2.1 A Evolução das Tutelas de Urgência na Era Pré-Processual.....	11
1.2.2 A Evolução das Tutelas de Urgência no Direito Processual Civil Brasileiro.....	15
1.3 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA E EFETIVA.....	22
2 TUTELAS DE URGÊNCIA.....	24
2.1 TUTELA CAUTELAR.....	24
2.1.1 Situação Cautelanda.....	24
2.1.2 Perigo de dano.....	26
2.1.3 <i>Fumus boni iuris</i>	28
2.1.4 Temporariedade.....	29
2.1.5 Referibilidade.....	31
2.2 TUTELA ANTECIPADA.....	32
2.2.1 Da tutela cautelar à tutela antecipada.....	32
2.2.2 Satisfatividade e ruptura com o princípio da <i>nulla executio sine titulo</i>	32
2.2.3 Prova inequívoca e verossimilhança das alegações.....	34
2.2.4 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....	36
2.2.5 Reversibilidade.....	36
2.3 DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR.....	37
2.3.1 Asseguratividade e satisfatividade.....	37
2.3.2 Perigo de dano e <i>periculum in mora</i>	39
2.3.3 <i>Fumus boni iuris</i> e prova inequívoca.....	39
2.3.4 Temporariedade e provisoriedade.....	40
3 A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	41
3.1 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	42

3.2 A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA NOS TERMOS DO ART. 273, §7º, DO CPC	44
3.2.1 Da utilização do processo cautelar para se obter tutelas satisfativas ao art. 273, §7º, do CPC	44
3.2.2 O art. 273, §7º, do CPC e suas repercussões doutrinárias.....	45
3.2.2 O art. 273, §7º, do CPC e suas repercussões jurisprudenciais	49
3.3 ESCOLHA PELA NECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DA “ZONA NEBULOSA” PARA APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA ..	54
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

Com a reforma processual trazida pela Lei n. 10.444/2002, os operadores do direito no Brasil se viram diante de uma grande dúvida: como interpretar corretamente o §7º do art. 273 do Código de Processo Civil (CPC)?

Tal parágrafo diz que “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.” Doutrina e jurisprudência se perguntam se, em razão do princípio da fungibilidade, tal parágrafo permitiria o sentido inverso, ou seja, se na previsão legal estaria abarcado o duplo sentido vetorial, no sentido de que a tutela antecipada pedida como cautelar poderia ser deferida.

Essa situação de dúvida provoca uma situação de insegurança para o jurisdicionado, eis que não se sabe qual será a interpretação do magistrado, que poderá indeferir o pedido do autor, simplesmente por ter opinião doutrinária diferente. Como se demonstrará, vez se admite a fungibilidade, vez não se admite. Assim, requerer uma tutela de urgência se torna um verdadeiro jogo de azar, eis que dependendo da distribuição o pedido será deferido ou não.

Por esse motivo, o presente trabalho se dedica a entender tal questão e, ao final, definir um posicionamento. Para tanto, será utilizado o método dedutivo a partir de revisão bibliográfica, que será o método procedimental.

Na presente introdução, encontra-se um resumo e o contexto em que se insere o presente trabalho, bem como a justificativa, o objetivo e o método utilizado.

O primeiro capítulo aborda a evolução do processo civil, com enfoque especial às tutelas de urgência e seu desenvolvimento no Brasil. Será abordado o surgimento, bem como as razões históricas para as alterações na legislação, das tutelas de urgência, explorando o Código de Processo Civil de 1939, o Código de Processo Civil de 1973 e, por fim, os princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988.

O segundo capítulo traz as definições doutrinárias sobre a tutela cautelar e tutela antecipatória, as quais são imprescindíveis para se construa um convencimento acerca da forma mais adequada de se interpretar o §7º do art. 273. Por fim, será traçado um quadro comparativo entre tais tutelas, demonstrando a distância entre suas naturezas e a impossibilidade de serem tratadas da mesma forma.

O terceiro e último capítulo demonstra como o §7º do art. 273 foi recebido pela

doutrina e pela jurisprudência, diante do princípio da fungibilidade e de motivos históricos e doutrinários sobre a conceituação de tutela cautelar e antecipatória. Por fim, é feita a escolha daquela interpretação que se considera a mais adequada, diante de todos os pontos lançados ao longo do trabalho.

De arremate, será apresentada a conclusão, bem como referências.

1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Para se compreender os contornos atuais do nosso Direito Processual Civil, bem como das tutelas de urgência por ele previstas, faz-se necessária uma análise preliminar da evolução histórica do direito processual, eis que

o direito não é uma pura abstração lógica que os juristas possam organizar, através de um castelo conceitual, formador do que eles próprios denominam “mundo jurídico”. Superadas as ilusões criadas pela idéia de um direito natural eterno e imutável, capaz de ser aplicado em todos os tempos e latitudes, e os teoremas lógicos de todas as formas de positivismo normativo, os juristas têm hoje uma consciência bem viva da *historicidade* do direito, de seus insuprimíveis compromissos, com a realidade social, com as aspirações e exigências predominantes de uma dada comunidade humana, cuja convivência lhes caiba regular.¹

Assim, para se compreender de forma suficiente o instituto da fungibilidade entre as tutelas de urgência no direito processual civil brasileiro se passará por três pontos neste primeiro capítulo: (i) o surgimento do direito processual como ramo autônomo ao direito material; (ii) o surgimento e a evolução das tutelas de urgência; e (iii) a prestação jurisdicional tempestiva como direito fundamental.

1.1 SURGIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL AUTÔNOMO AO DIREITO MATERIAL

O processo era estudado como uma mera seqüência de atos e procedimentos, destinados ao exercício de um direito material lesado. Nesse período,

a ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para sua autonomia científica. Foi o longo período do sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.²

¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 9 p.

² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 44 p.

Em 1.868, OSKAR VON BÜLOW traçou linhas capazes de separar o direito processual do direito material, conforme comenta OVÍDIO BAPTISTA:

Deve-se ao jurista alemão OSKAR BÜLOW o mérito de haver, em 1868, numa obra que se tornou clássica e universalmente conhecida, mostrado a importância do estudo da relação processual como relação de direito público que se forma entre o particular e o Estado, determinando as condições e pressupostos de sua existência e validade, assim como os princípios e regras que se presidem. Como afirma BÜLOW, até então os estudiosos do processo civil, em vez de considerarem o processo como uma relação de direito público, que se desenvolve progressivamente entre o Estado (tribunais) e as partes, limitavam-se a ver no processo apenas uma série de atos e formalidades a serem cumpridos pelos sujeitos que dele participavam como uma mera consequência da relação litigiosa.³

Esse segundo momento da linha evolutiva do direito processual ficou conhecido como autonomista ou conceitual, no qual, segundo CINTRA, faltou

uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero instrumento técnico posto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.⁴

Vale dizer, nessa segunda fase o processo se afastou da efetividade da tutela jurisdicional a ser prestada, valorizando a forma e o instrumento em detrimento do direito material. Dessa situação decorre a evolução do processo para a fase instrumental, na qual se está atento aos anseios dos jurisdicionados, sendo

eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. (...)

Para o desencadeamento desse novo método, crítico por excelência, foi de muita relevância o florescer do interesse pelos estudos das grandes matrizes constitucionais do sistema processual. O direito processual constitucional, como método supra legal no exame dos institutos do processo, abriu caminho, em primeiro lugar, para o alargamento dos conceitos e estruturas e superamento do confinamento de cada um dos ramos do direito processual.⁵

Em razão dessa preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional é que cresce o interesse pelas tutelas de urgência, em resposta ao moroso processo de conhecimento, o

³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 4 p.

⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* p. 44-45.

⁵ *Ibidem*, 16 p.

qual, sozinho, é incapaz de garantir a efetividade da sentença, eis que o tempo processual está dissociado dos interesses das partes.

1.2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

1.2.1 A Evolução das Tutelas de Urgência na Era Pré-Processual

Conforme tratado anteriormente, o processo nasce como norma adjetiva de um direito material, da mesma forma acontece com as tutelas de urgência. Assim, considerando essa íntima ligação entre o procedimento e o direito material tutelado, foram criadas normas instrumentais de urgência, as quais seriam capazes de adiantar ou assegurar a pretensão jurisdicional final.

1.2.1.1 *Cautio damini infecti*

Historicamente, boa parte das primeiras lides tratavam de questões relacionadas à posse ou propriedade. Desta forma, as primeiras tutelas de urgência, muitas das vezes, também trataram da posse. Segundo JOEL DIAS FIGUEIRA JR.,

o instituto da posse remonta ao direito romano clássico, no qual verificamos desde então já definidas as características das ações possessórias, as quais subsistem até os dias de hoje no sistema legislativo derivados das fontes romanistas, com forma e procedimentos bastante assemelhados. Mesmo depois da queda do império romano e das influências dos direitos germânico e canônico, **o traço marcante das tutelas interditais, representado pela antecipação da proteção perseguida** (proteção *in limini litis*), manteve-se basicamente inalterado, o que por certo, aumenta sensivelmente o nosso interesse pelo desenvolvimento do tema no lapso dos últimos dois milênios. (grifou-se)⁶

No Brasil, tais normas foram positivadas no Código Civil de 1.916 (CC/16), como bem pontuou FIGUEIRA JR.:

Como somente tiveram início em meados do século passado as teorias que preconizavam a autonomia do direito processual civil como ciência independente do direito material (fase denominada autonomista), bem como as reações à teoria civilista unitária da ação através de Windscheid, em 1.856, no seu estudo intitulado *Ação de direito civil romano sob o ponto de vista do direito atual*, no qual conseguiu, finalmente, demonstrar a distinção entre lesão e o direito de ação, e, também, por intermédio de Wach, em sua obra publicada em 1.885, intitulada *Ação declaratória*, em que expunha a distinção entre o direito subjetivo e ação e a sua

⁶ FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. 2. Ed. São Paulo: RT, 1999. 107 p.

natureza jurídica, o Código Civil regulou a proteção possessória como um dos efeitos da posse, dispondo no art. 449 que o possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no de esbulho.⁷

Como se observa, em razão da fase evolutiva do direito processual, o CC/16 trazia em seu corpo normas de caráter instrumental quanto à posse. Destaca-se, entre tais normas, o art. 506, que dispunha: “Quando o possuidor tiver sido esbulhado, será reintegrado na posse, desde que o requeira, sem ser ouvido o autor do esbulho antes da reintegração.” Tem-se, aqui, uma norma processual, regulando uma tutela de urgência, a qual poderia ser deferida antes mesmo de oportunizada a defesa da outra parte.

Ainda no CC/16, o art. 555, determinava que: “O proprietário tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente.” Conforme se infere da simples leitura desse artigo, tem-se uma proteção em nítido caráter de urgência, no sentido de proteger o direito material de propriedade (ou posse) diante de um provável dano.

No art. 582, também do CC/16, tem-se medida urgente da mesma natureza:

O dono de um prédio ameaçado pela construção de chaminés, fogões, ou fornos, no contíguo, ainda que a parede seja comum, pode embargar a obra e exigir caução contra os prejuízos possíveis.

Essa possibilidade de se requerer proteção contra danos ou prejuízos à posse nasceu no direito romano, quando ficou conhecida como *cautio damini infecti*, ou, ainda, ação de dano infecto, sobre a qual GIUSEPPE CHIOVENDA ensinou:

A ação de dano infecto objetiva prevenir o dano de outro modo iminente à coisa e tem como condição: 1º) a posse de um imóvel ou de um objeto; 2º) o receado perigo de um dano grave e próximo que ameace o imóvel ou o objeto por parte de qualquer edifício, de uma árvore, ou de outro objeto. Também nesta conjuntura a medida provisória visa, já a obviar o perigo, já a garantir o autor com caução pelos danos possíveis; e em processo ulterior se provê definitivamente (examinando-se a fundo o direito e a posse do autor, a efetividade do perigo, a necessidade ou oportunidade das medidas tomadas).⁸

Frisa-se, por oportuno, que apesar de toda evolução do direito processual como direito autônomo, tal proteção continua presente no Código Civil de 2002 (CC/02), no art. 1.281: “O proprietário ou o possuidor de um prédio, em que alguém tenha direito de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as necessárias garantias contra o

⁷ *Ibidem*, 125 p.

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2000. vol. 1. 340 p.

prejuízo eventual.”

De fato, tal previsão do CC/02 se mostra desnecessária, eis que tais tutelas podem ser atingidas se utilizando da ação cominatória, a qual impõe ao réu a obrigação de se abster da prática de atos prejudiciais ao vizinho, ou a de tomar de medidas para a redução do incômodo, sob pena do pagamento de multa diária, nos termos dos art. 287, 461 e 644 do Código de Processo Civil de 1.973 (CPC/73).

Essa situação se explica pela herança histórica do processo, vez que a teoria ternária das ações (a qual coloca que as ações são de três naturezas: declaratórias, constitutivas e condenatórias) não previa tutelas de natureza mandamental e executiva *lato-sensu* (as quais somente apareceram normatizadas no CPC/73 com a reforma promovida pela Lei 8.952, de 13.12.1994), sendo impossível resolver as lides referentes à posse (de natureza mandamental ou executiva *lato-sensu*) enquanto o procedimento ordinário somente admitia sentenças declaratórias, constitutivas ou condenatórias. Pelo mesmo motivo, tem-se os procedimentos especiais, sendo aqueles que, por sua natureza, não tinham condições de serem ordinarizados.

1.2.1.2 Arresto e Seqüestro

Ainda na fase pré-processual, cabe pontuar o nascimento de duas medidas de urgência de naturezas muito semelhantes: o arresto e o seqüestro. OVÍDIO BAPTISTA conceitua e diferencia tais institutos da seguinte forma:

A linha conceitual que distingue o arresto do seqüestro, com o qual, aliás, a doutrina e as próprias fontes legislativas medievais o confundiram, é bem visível se tivermos presente que o arresto busca dar proteção cautelar a uma futura execução por quantia certa, ao passo que o seqüestro é medida cautelar destinada a assegurar uma futura execução para entrega de coisa certa.⁹

Sobre o surgimento do arresto, OVÍDIO BAPTISTA diz que,

como medida cautelar típica, instituída para **segurança de créditos monetários**, certamente teve seu nascimento com o alvorecer da Idade Moderna, para atender às novas exigências da nascente civilização mercantil, formada a partir das cidades da Europa meridional. Contudo, como dissemos em oportunidade anterior (*Doutrina e prática... p. 20*), seria exagero supor que o instituto do arresto tenha origem apenas no direito germânico, sem considerar os elementos romanos que indiscutivelmente contribuíram para sua formação. Poderíamos até mesmo afirmar que o componente

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. *Op.Cit.* 192 p.

realmente cautelar do arresto – enquanto pretensão exclusivamente assegurativa, portanto não-executiva – deriva de princípios e institutos indiscutivelmente romanos, pois o arresto do direito medieval italiano, de origem germânica, é fundamentalmente uma medida de natureza executiva.¹⁰

Tais figuras surgiram no direito luso-brasileiro nas ordenações Afonsinas, datada do século XV, sendo mantidas até hoje, estando reguladas no CPC/73, nos arts. 813 (arresto) e 822 (seqüestro). Sobre tal evolução, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, narra que,

Como medida construtiva de bens do devedor, o arresto foi previsto no direito lusitano, sob a denominação de seqüestro nas ordenações Afonsinas, e depois nas Manuelinas e Filipinas e, entre nós, na Consolidação de Ribas (art. 898). O primeiro diploma sistemático de processo civil brasileiro, o Regulamento n. 737, de 1.850, precisou melhor a natureza do título que dá direito ao arresto (art. 322, § 1º). Seguiram-no os Códigos estaduais, onde, com clareza maior, exigiram-se a certeza e a liquidez da dívida. O Código Nacional (de 1.939) continuou a exigir a certeza e a liquidez do crédito (art. 681), mas não enumerou taxativamente as *causae arresti*, formulando uma regra geral (*provável ocorrência de fatos capazes de causar lesão de difícil ou incerta reparação – art. 675, n. 1*) dentro da qual se movia livremente o prudente arbítrio do juiz, para avaliar as circunstâncias de cada caso. A abolição do casuísmo do Regulamento n. 737 e dos Códigos estaduais foi muito bem recebida pela doutrina e mereceu aplausos, entre outros, de PONTES DE MIRANDA. Não obstante, em flagrante retrocesso da técnica processual, o novo Código (de 1.973) restabeleceu o velho rol de *causae arresti*, com evidente prejuízo para as conquistas do processo cautelar concebido modernamente como instrumento maleável e adaptável a todas as contingências emergenciais que reclamam a tutela jurisdicional.¹¹

Dessa breve exposição sobre o surgimento das primeiras tutelas de urgência, fica consignada a estrita relação entre o direito material e a tutela de urgência. Como se pode constatar, a proteção urgente oferecida ao jurisdicionado, decorre da lesão de um direito material específico e bem definido. Desta forma, nesse período, por óbvio, não existe uma proteção de forma geral à ameaça aos direitos materiais, mas sim medidas definidas para cada direito material de forma estrita.

Destaca-se, ainda, o caráter patrimonialista de tais medidas, em especial da *cautio damini infecti*, de origem romana. Essas primeiras medidas urgentes buscavam garantir o prejuízo decorrente da lesão ao direito e não evitar a ameaça a tal direito. Ou seja, o que se assegurava era que, se a lesão ocorresse, os prejuízos seriam resolvidos por perdas e danos com a utilização da caução prestada. Não se evitava de forma efetiva a ameaça ao direito material.

¹⁰ *Ibidem*, 191-192 p.

¹¹ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil brasileiro: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 185 p.

1.2.2 A Evolução das Tutelas de Urgência no Direito Processual Civil Brasileiro

Como bem pontuado por OVÍDIO BAPTISTA, as tutelas de urgência no direito processual civil brasileiro datam das Ordenações, desde as Afonsinas, passando pelas Manuelinas e Filipinas.¹² Ainda no período pré-processual, o Regulamento 737, no Título “processos preparatórios, preventivos e incidentes”, trazia normas prevendo medidas de cunho cautelar.¹³ Ao Regulamento n. 737, seguiu o CPC/39, o qual se passa a estudar com maior profundidade.

1.2.2.1 O Código de Processo Civil de 1.939

O CPC/39 era dividido em quatro partes: processo de conhecimento (arts. 1º a 297); procedimentos especiais (arts. 298 a 781); recursos e processos de competência originária dos tribunais (arts. 782 a 881); e, por fim, processo de execução (art. 882 a 1.030).

Como se observa, a parte destinada aos procedimentos especiais se revela a maior do código, tal fenômeno se explica pela evolução processual à época, sendo o direito processual, ainda, muito próximo ao direito material. Exatamente nessa parte é que se inseriram as tutelas urgentes, sendo medidas interinais ao processo de conhecimento.

As medidas urgentes foram positivadas de duas formas distintas no CPC/39. A primeira delas foi a positivação de medidas específicas: arresto de bens; seqüestro de coisa móvel e imóvel; busca e apreensão; prestação de cauções; exibição de livros, coisa ou documentos; vistorias, arbitramento e inquirições; obras de conservação em coisa litigiosa; alimentos provisionais; arrolamento e entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos.¹⁴

A outra forma de positivação das medidas urgentes se encontra no art. 675, do CPC/39, o qual dispõe que:

Art. 675. Além dos em que a lei expressamente o autoriza, juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes. II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes. III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 218 p.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo: RT, 1994. 44-45 p.

¹⁴ *Ibidem*.

Tal artigo instituiu o Poder Geral de Cautela, através do qual poderiam ser deferidas medidas acauteladoras do direito das partes, conforme o entendimento do magistrado. Esse instituto constitui importante avanço, entretanto, teve pouca repercussão prática. Segundo OVÍDIO BAPTISTA “nossos tribunais apenas em casos raros foram chamados a aplicar essa espécie de tutela jurisdicional”¹⁵. MARINONI compartilha de tal opinião, pontuando que,

a maioria dos doutrinadores, inobstante, acabou por vislumbrar um poder cautelar geral engastado no art. 675, com o que os tribunais, lamentavelmente, não se mostraram muito sensíveis, relutando em conceder medidas cautelares que refugissem do âmbito estreito do art. 676.¹⁶

Vale dizer, apesar da possibilidade legal, os advogados não se utilizavam com frequência das medidas cautelares e os magistrados, quando postos diante de uma, indeferiam-na, por compromisso desarrazoado com o processo de cognição plena (eis que as medidas cautelares eram interinais). Por esse motivo toda possibilidade aberta pelo poder geral de cautela foi desperdiçada, deixando, boa parte das vezes, que o direito da parte perecesse.

Desta forma, apesar de possuir um sistema razoável quanto às tutelas cautelares, o CPC/39 foi incapaz de oferecer uma resposta adequada às pretensões urgentes da sociedade, em razão do entendimento dos magistrados sobre o assunto. Assim sendo, o CPC/39 foi substituído pelo CPC/73, de autoria de Alfredo Buzzaid, o qual se passa a analisar com vagar.

1.2.2.2 O Código de Processo Civil de 1.973

Dando importância maior às tutelas de urgência do que o CPC/39, o CPC/73 chamou seu livro III de medidas cautelares, tratando, durante quase cem artigos, exclusivamente, de tutela cautelar. Aproveitando que Buzzaid se utilizou do termo medida cautelar e não processo cautelar, por oportuno, explica-se a distinção entre processo cautelar e tutela cautelar, reforçando a separação entre processo e direito material, nas palavras de OVÍDIO BAPTISTA:

¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. *Op. Cit.* 192 p.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.* 44-46 p.

Esta exigência impõe-se por dois motivos, o primeiro de ordem conceitual, dado que o estudo do processo, em si mesmo, como técnica, ou como forma de atuação do direito material, nada tem a ver com as possíveis matérias ou substâncias que compõem seu respectivo conteúdo, de modo que, ao dizermos processo cautelar, aludimos apenas ao instrumento, e não à substância nele contida.

O segundo motivo é a necessidade de evitar a confusão que a linguagem jurídica comum tem estimulado entre *processo cautelar* e *tutela cautelar*, como se o procedimento previsto pelo legislador como veículo destinado a realizar esta forma de proteção jurisdicional, conhecida como *tutela cautelar*, fosse sempre e necessariamente utilizado para cumprimento de sua finalidade institucional, que dizer, como se todo processo cautelar contivesse uma demanda cautelar, tendente a obter do juiz uma *medida cautelar*. Isto absolutamente não é verdadeira. Dentre nós, como de resto ocorre nos sistemas jurídicos europeus, especialmente no direito italiano, a qual mais diretamente nos ligamos, no alemão e no direito francês, a tendência tem sido no sentido da criação de **formas de tutela urgente**, que se servem do mesmo procedimento, originariamente criado como instrumento destinado à tutela cautelar somente, embora sejam essas outras espécies de tutelas *satisfativas*, e não *cautelares*.¹⁷

Compreendida a questão diferenciadora entre processo, tutela e medida cautelar, cabe a análise da estrutura do Livro III, CPC/73. Tal livro se divide em dois capítulos: o primeiro trata da parte geral do processo cautelar, regulando tanto medidas cautelares nominadas quanto inominadas; o segundo, das medidas cautelares nominadas, em suas diferenças processuais e procedimentais, conforme expõe HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

O Livro III do Código de Processo Civil em vigor, consagrador da autonomia do processo cautelar, como *tertium genus* da tutela jurisdicional ao lado do processo de execução e do processo de cognição, está dividido em dois capítulos: o primeiro, sob o título Das Disposições Gerais, contém a *parte geral* do processo cautelar, com conceito e princípios básicos da disciplina da tutela preventiva e estabelecimento de um procedimento comum. Tais normas destinam-se a regular, em sua generalidade, tanto os procedimentos das medidas nominadas como os das inominadas. O segundo capítulo disciplina vários procedimentos especiais de medidas cautelares, sobre o título de *Procedimentos Cautelares Específicos*.¹⁸

Como se observa, o CPC/73 apresenta estrutura absolutamente diversa daquela trazida pelo CPC/39, dando maior visibilidade às tutelas de urgência. Sobre tal mudança, OVÍDIO BAPTISTA destaca que

Tínhamos, no revogado Código de Processo Civil de 1.939, uma disciplina da tutela cautelar inominada, se não excelente, provavelmente melhor que a criada pelo Código de 1.973. Entretanto, nossos tribunais apenas em casos raros foram chamados a aplicar essa espécie de tutela jurisdicional. Com a promulgação do Código de Processo Civil de 1.973, houve uma “descoberta” da tutela cautelar, que

¹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. *Op. Cit.* 3-4 p.

¹⁸ THEODORO JR., Humberto. **Processo cautelar**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999. 52-53 p.

provocou um movimento de constante expansão de sua aplicabilidade prática, cujo limite, ao que parece, ainda não foi atingido.¹⁹

Como bem pontuado por BAPTISTA, houve após a vigência do CPC/73 um descobrimento da tutela cautelar. Esse fenômeno se deve à conjuntura histórica e social, além do destaque dado pelo código com o Livro III (medida cautelar). Nesse sentido, BAPTISTA continua comentando a evolução da tutela cautelar no direito brasileiro:

Fenômenos sociais e históricos contribuíram para essa mudança de perspectiva, mas igualmente fatores normativos, de enorme importância, associaram-se aos primeiros para exacerbar a busca da forma de *tutela urgente*. Dentre os primeiros, basta recordar o processo de modernização da sociedade brasileira, como crescente e acelerado desenvolvimento das comunidades urbanas e o correlativo surgimento de uma sociedade de “massa”, em constante processo de mudança social, a exigir instrumentos jurisdicionais adequados e efetivos, capazes de atender às aspirações de uma sociedade moderna e democrática.²⁰

Entretanto, o fator normativo colocado pelo doutrinador, vai além do destaque dado pelo CPC/73. Tal fator diz respeito à filiação ideológica do código de Buzzaid, como explana brilhantemente BAPTISTA, em trecho longo, mas imprescindível para compreensão da questão, o qual se pede licença para transcrever:

A segunda razão para o crescimento extraordinário da *tutela de urgência*, em nosso direito atual, deve-se igualmente a essa mesma opção do legislador, mas decorre de uma premissa ideológica sobre a qual ele não teve consciência nítida.

Sucedo que, ao contrário do que acontecia no Código anterior – que se mantivera fiel a uma tradição multissecular do direito luso-brasileiro –, o legislador de 1.973 introduziu em nosso direito o instituto conhecido como “processo de conhecimento”, com sua vocação genética para o *procedimento ordinário*, com o objeto principal de retirar dele todas as formas e manifestações de atividade jurisdicional executivas, que passaram a integrar, em livro especial, o *processo de execução*, no qual o Código unificou todos os meios admitidos pelo legislador como executórios.

Esta simples proposição teórica – qual seja, a criação do “processo de conhecimento”, *sem execução* – é suficiente para *ordinarizar* o primeiro, pois é sabido que, não havendo atividades de cognição e execução na mesma demanda, não haverá, jamais, a possibilidade de quebrar-se a *ordinariedade*, com a emissão de uma *sentença liminar*.

Por outro lado, conceituando-se o “conhecimento” exclusivamente como a *cognição* judicial contida na *sentença final* de mérito, com produção de coisa julgada, por que, como procuramos mostrar em outro lugar (Decisões interlocutórias e sentenças liminares, *Ajuris* 51), os juízes dos sistemas romano-canônico, a que se filia o brasileiro, estão impedidos de “conhecer” com base num juízo de simples verossimilhança, viu-se o legislador na contingência de expurgar igualmente do “processo de conhecimento” o processo cautelar, formando com ele o célebre *tertium genus*, em que, segundo LIEBMAN, sob aparência da existência simultânea de *conhecimento* e *execução*, na verdade não existem nem conhecimento autêntico nem execução.

¹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. *Op. Cit.* 9

p.
²⁰ *Ibidem.* 10 p.

(...)

A expansão do processo cautelar (não necessariamente da *tutela cautelar*) explica-se, portanto, em virtude da lógica imanente ao próprio sistema seguido pelo direito brasileiro. Se o juiz não puder conceder jamais medidas liminares porque o processo de conhecimento, por definição, não contém execução simultânea com a cognição, então, o modo como os juristas práticos conseguem a dificuldade, “desordinarizando” o emperrado procedimento ordinário, fica reduzido exclusivamente ao emprego do processo cautelar, como via alternativa de sumarização das demandas satisfativas que exijam tratamento urgente, incompatível com a ordinariade.²¹

Vale dizer, ao instituir o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar, a escolha ideológica do CPC/73 determinou a impossibilidade de se antecipar a tutela dentro da cognição. Assim, sempre que se queria uma tutela de urgência, mesmo que não fosse cautelar, a única opção em nosso ordenamento era o processo cautelar. Por esse motivo, diz-se que o crescimento da utilização do processo cautelar não significa uma maior difusão da tutela cautelar, vez que muitas das tutelas deferidas por tal processo têm caráter satisfativo (ou seja, antecipam efeitos da tutela final pretendida).

Tal escolha ideológica foi, desde a confecção do código, uma preocupação constante, conforme se infere da exposição de motivos do CPC/73, quando BUZZAID trata da escolha entre uma reforma ao CPC/39 ou um novo código:

Ao iniciarmos os estudos, depararam-se duas sugestões: rever o Código vigente ou elaborar Código novo. A primeira linha a vantagem de não interromper a continuidade legislativa. O plano de trabalho, bem que compreendo a quase-totalidade dos preceitos legais, cingir-se-ia a manter tudo quanto estava conforme com os enunciados da ciência, emendando o que fosse necessário, preenchendo lacunas e suprimindo o supérfluo, que retarda o andamento do feito.

Mas a pouco e pouco nos convencemos de que era mais difícil corrigir o Código Velho que escrever um novo. A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera transigências. É quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raras as vezes sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade. O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções. Dessas várias reformas tem experiência o país; mas, como observou Lopes da Costa, umas foram para melhor, mas em outras saiu a emenda pior que o soneto. Depois de demorada reflexão, verificamos que o problema era muito mais amplo, grave e profundo, atingindo a substância das instituições, a disposição ordenada das matérias e a íntima correlação entre a função do processo civil e a estrutura orgânica do Poder Judiciário. Justamente por isso a nossa tarefa não se limitou à mera revisão, impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos. Nossa preocupação foi a de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas aplicações práticas.

Como se observa, BUZZAID fez uma escolha clara pela unicidade sistêmica e

²¹ *Ibidem*. 10-13 p.

ideológica do CPC/73, deixando registrado, logo nos primeiros parágrafos da exposição de motivos, sua preocupação. Ocorre que o CPC/73 foi objeto de inúmeras reformas ao longo de sua vigência perdendo sua coerência sistêmica, ao arripio das palavras cristalizadas por BUZZAID.

Ainda em seus primeiros meses, o CPC/73 foi alvo de sua primeira reforma, e, ao longo dos anos, as reformas foram muitas, tendo o condão de alterar a unicidade sistêmica e ideológica criada por BUZZAID. Vale dizer, o código se transformou em um “mosaico, com coloridos diversos”. Para o presente estudo, as reformas mais importantes foram aquelas iniciadas em 1.994, observe-se com a devida atenção.

Para trazer maior celeridade, dando ao jurisdicionado o que lhe é de direito no menor tempo possível, a Lei 8.952, de 13.12.94, introduziu ao CPC/73 o instituto da antecipação de tutela, alterando o art. 273, nos termos que seguem:

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.

A antecipação de tutela se caracteriza, sinteticamente, pela satisfatividade, contrapondo-se, desta forma, ao caráter assegurativo da tutela cautelar. Assim, antecipação de tutela e tutela cautelar são espécies diferentes do mesmo gênero (tutelas de urgência), o que se demonstrará com maior profundidade em momento oportuno.

Como tratado anteriormente, o processo cautelar foi usado (e ainda é) como meio para tutelas urgentes de natureza satisfativa. Com a Lei 8.952, tais tutelas ganharam instrumento próprio, nos moldes do art. 273. Ocorre que, em razão da confusão histórica entre as duas tutelas urgentes (satisfativa e cautelar), a reforma de 1.994 trouxe ainda mais confusão para a prática jurídica.

Houve, por exemplo, sempre em razão da escolha ideológica do código, intimamente ligada aos processualistas italianos, quem entendesse que a cautelar inominada

teria perdido espaço em nosso ordenamento:

Nem é outro, aliás, o motivo da perplexidade que tomou conta da doutrina brasileira, ao ver a inclusão no sistema das medidas antecipatórias genéricas, que passaram a dividir com as medidas cautelares o campo das tutelas de urgência, circunstância com a qual os seguidores de CALAMANDREI não poderão conviver em paz, pois o mestre de Florença definia a cautelaridade pelo sentido *antecipatório* do provimento, característica, segundo ele, presente no grupo mais importante dessa espécie de tutela, o que torna o caráter antecipatório atribuído as cautelares o ponto central de sua doutrina.

É compreensível que os juristas que reproduzem a doutrina do mestre florentino afirmem, como fez TEORI A. ZAVASCKI, ao escrever, em sua magnífica contribuição ao tema relativo à tutela antecipatória, que o “processo cautelar” – leia-se “provvedimenti d’urgenza” do direito italiano, que corresponde apenas à nossa cautelar inominada – perdera “espaço sistema de processo” (*Antecipação de tutela*, p. 70). Claro, sendo, como afirma TOMMASEO, sempre *antecipatórias* as cautelares inominadas, é compreensível a confusão da doutrina brasileira causada pela introdução das medidas antecipatórias, sem que o legislador haja excluído do sistema os arts. 798-799, cuja vocação, como se sabe, sempre foi para a produção de tutela antecipada.²²

Para corrigir o rumo da reforma, veio a chamada reforma da reforma, nos anos de 2001 e 2002, sendo editada a Lei 10.444, de 07.05.02, a qual modificou o parágrafo §3º, do art. 273, bem como introduziu os §§ 6º e 7º, nos seguintes termos:

Art.273. (...)

§ 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.

Apesar da intenção de estabelecer coerência ao sistema da antecipação de tutela, a Lei 10.444, em especial o art. 273, § 7º, acabou por trazer maior confusão entre as tutelas de urgência, ao introduzir o instituto da fungibilidade entre elas em nosso ordenamento. Tal parágrafo permite que o magistrado defira a tutela cautelar pedida a título de antecipação de tutela.

Ocorre que, por não diferenciar tutela cautelar de tutela antecipatória, boa parte da doutrina entende que a fungibilidade permite que se defira, também, a antecipação de tutela pedida como medida cautelar, ou seja, fungibilidade de mão-dupla. Esse entendimento, como se demonstrará ao longo deste trabalho, não parece ser o mais adequado.

²² *Ibidem*. 16-17 p.

1.3 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA E EFETIVA

Antes de se analisar especificamente tutela antecipada e cautelar (o que se fará no capítulo que segue), cabe analisar a tutela jurisdicional tempestiva e efetiva como direito fundamental, bem como o princípio de acesso à justiça, todos emanados da constituição, vez que tais direitos se referem diretamente às tutelas de urgência. Segundo EDUARDO ARRUDA ALVIM:

Tanto os provimentos cautelares quanto as decisões antecipatórias de tutela possuem o mesmo berço constitucional, como bem aponta Teori Albino Zavaski. De fato, ao menos quando a antecipação é concebida no com esteio no inc. I do art. 273, ou com base no §3º do art. 461, há, como dito, um quê de cautelaridade, que se faz também presente na hipótese do art. 804. Em ambas as hipóteses, colima-se garantir uma prestação jurisdicional eficaz. Tanto num como noutro caso, a tutela será de urgência e terá como fundamento o risco '*risco de ineficácia do provimento final*'. A antecipação de tutela com base na urgência, assim como as medidas cautelares, visa a dar efetividade ao princípio constitucional do acesso à Justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV) e, em última análise, ao princípio do devido processo legal.²³

Os interesses das partes costumam se chocar com o longo curso processual, eis que, com freqüência, a tutela deferida ao final não é efetiva, seja porque o condenado já se desfez de seus bens ou porque o bem da vida que se queria alcançar pereceu com o tempo. Vale dizer, superados todos os atos do processo de conhecimento a parte vê seu direito declarado, mas isso de nada adiantará, vez que a execução dessa sentença se tornou impossível pelos efeitos do tempo.

Exatamente por isso,

A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado – além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito a sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito.²⁴

Desta forma, “processo efetivo é aquele dotado de mecanismos adequados à proteção das situações de direito substancial deduzidas perante o juiz, assegurando a

²³ ALVIM, Eduardo Arruda. **Antecipação de tutela**. Curitiba: Juruá, 2007. 159 p. (Biblioteca Arruda Alvim).

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. 140-141 p.

satisfação aos interesses jurídicos que tais regulam”²⁵. Vale dizer, o simples direito à sentença não serve mais aos interesses da sociedade, razão pela qual o art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal de 1.988, determina “que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Deste inciso, infere-se o direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva, sendo o próprio direito à efetividade em seu sentido lato.²⁶

Por fim, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1.988, incluiu no rol dos direitos fundamentais a inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário “lesão ou ameaça a direito”. Com a inclusão do termo ameaça, ficou clara a existência do direito fundamental à tutela preventiva, conforme bem coloca LUIZ GUILHERME MARINONI:

Atualmente, diante da inclusão da locução “ameaça a direito” na verbalização do denominado princípio da inafastabilidade, não há mais qualquer dúvida sobre o direito à tutela jurisdicional capaz de impedir a violação do direito.²⁷

Assim, observa-se um nítido sistema constitucional de proteção aos direitos materiais contra os efeitos do processo, constituindo verdadeiro direito fundamental do jurisdicionado. É importante que fique consignado que o direito fundamental à tutela efetiva nasce da proteção ao direito material, pois, como coloca MARINONI:

o direito à inibição do ilícito está no plano material, pois decorre da sanção que compõe a própria norma que outorga o direito, e não na esfera do direito processual. O processo é somente técnica para a prestação da tutela inibitória, pois essa última já é garantida pelo direito material. No entanto, se o processo, diante da natureza de algumas situações de direito substancial, não estiver disposto a viabilizar a outorga da tutela inibitória àquele que a ela tem direito, certamente estará negando o direito fundamental à tutela jurisdicional preventiva.²⁸

Desta forma, fica demonstrada a relação das tutelas de urgência com o direito material que protegem, seja pelas suas raízes históricas, seja pelo conteúdo constitucional apresentado, no sentido de que sem ele não teriam razão para existir. Tal premissa é indispensável para se discutir a natureza das tutelas antecipatórias e cautelares, o que se passa a fazer.

²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência. (tentativa de sistematização) São Paulo: Malheiros, 2006. 81 p.

²⁶ *Ibidem*. 141 p.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** *Op. Cit.* 141 p.

²⁸ *Ibidem*. 142-143 p.

2 TUTELAS DE URGÊNCIA

2.1 TUTELA CAUTELAR

2.1.1 Situação Cautelanda

O primeiro passo para se conhecer as especificidades da tutela cautelar é não se desprender das considerações históricas acerca da evolução das tutelas de urgência no direito processual civil brasileiro.

LUIZ GUILHERME MARINONI define, ainda na apresentação de *Processo Cautelar*, a tutelar cautelar como aquela “que pode assegurar a efetividade da *tutela* do direito material ou uma situação substancial *tutelável*, conforme o caso.”²⁹ Na mesma linha, OVÍDIO BAPTISTA considera que:

a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas direitos subjetivos, mas igualmente, e, poderíamos dizer até, preponderantemente, proteger pretensões de direito material, ações e exceções, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito, encontrem-se sob ameaça de *dano irreparável*.³⁰

Assim, infere-se que a tutela cautelar é instrumento para proteger e assegurar direitos materiais. Frisa-se, por oportuno, que a teoria clássica destoa desse entendimento, como comenta MARINONI:

A doutrina clássica afirma que a tutela cautelar se destina a dar efetividade à jurisdição e ao processo. Idéia de que a tutela cautelar objetiva garantir efetividade da jurisdição é, de certa forma, conseqüência do conceito que vê na jurisdição apenas a função de dar atuação à vontade da lei.

Ao afirmar que o fim da jurisdição é atuar a vontade da lei e não dar tutela ao direito material, a doutrina do final do século XIX e início do século XX pretendeu ficar definitivamente distante da teoria que confundiu o direito de ação com o direito material. De modo que a necessidade de estabelecer a autonomia do direito processual e a finalidade pública do processo conduziu ao abandono da idéia de que a jurisdição daria tutela aos direitos.³¹

É importante destacar, que boa parte da doutrina se filia a tal corrente, conforme

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 4:** Processo Cautelar. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.

³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil:** Processo Cautelar (Tutela de Urgência). *Op. Cit.* 5

p.
³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 4:** Processo Cautelar. *Op. Cit.* 19 p.

se nota de trecho de obra de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

A opinião de Carnelutti, sem dúvida a mais avançada sobre o tema de tutela cautelar, sobre sensível mutação ao longo de sua obra. Inicialmente, entendeu que a ação cautelar produzia a “sistematização de fato durante a lide”. Depois passou a concebê-la como uma “composição provisória da lide”. Mais tarde esse entendimento foi substituído pelo de que o processo cautelar “serve à tutela do processo”, como instrumento “não só para garantir a “a utilidade prática do processo definitivo.” Por fim, aperfeiçoou a concepção do processo cautelar, concluindo que sua finalidade é assegurar “o equilíbrio inicial das partes”, isto é, a tutela cautelar destina-se a “evitar no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes, que possa derivar da duração do processo”. Destacou, outrossim, o grande processualista, com rigor científico, a posição do processo cautelar como destinado a realizar uns dos fins da jurisdição – a prevenção – figurando, assim, como um *tertium genus* do processo contencioso, ao lado do processo de cognição e do processo de execução. De tal arte, Carnelutti conseguiu libertar a tutela cautelar da imprópria conceituação de que seria ela antecipação provisória da tutela definitiva, mesmo porque tal afirmação, por si só, é insuficiente para explicar a razão de ser ou a finalidade última da cautela: por que merece ser antecipada a tutela de mérito, se não se sabe, ainda, se a parte faz juz, realmente, à proteção substancial? Essa explicação se encontrou com precisão foi, sem dúvida, o notável Carnelutti, ao colocar o processo cautelar como instrumento de realização da tutela jurisdicional, isto é, como meio hábil para garantir o exercício eficiente do monopólio da Justiça. Assim, para Carnelutti, a tutela cautelar existe não para assegurar antecipadamente um suposto e problemático direito da parte, mas tornar realmente útil e eficaz o processo como remédio adequado à justa composição da lide.³²

Como fica evidente, não há unicidade no conceito de tutela cautelar, por esse motivo, se fez a referência no primeiro parágrafo do presente capítulo, eis que as razões históricas, bem como as teorias adotadas por OVÍDIO BAPTISTA e LUIZ GUILHERME MARINONI serão as premissas das conclusões do presente trabalho. Sobre essa divergência, BAPTISTA coloca que:

É importante observa que CALAMANDERI, ao sugerir que as medidas cautelares desempenhariam a função de uma “polícia judiciária”, pré-disposta a defender o *imperium iudicis*, lembra que essas providências judiciais assemelham-se às medidas contra o *contempt of court* do direito anglo-americano, que são igualmente medidas adotadas pela *common law* para assegurar o império judicial e punir desrespeitos à corte.

O pressuposto da existência, no caso concreto, de uma *situação cautelanda* acaba sendo o “divisor de águas” entre a doutrina que tem as medidas cautelares como destinadas a “servir ao processo” e aquela por nós aceita, que atribuiu a essas medidas a finalidade de defender não o processo, mas o direito (provável) da parte que as pede.³³

Exemplificando tal posicionamento, BAPTISTA diz:

³² THEODORO JR., Humberto. **Processo Cautelar**. *Op. Cit.* 52-53 p.

³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. 4 *Op. Cit.* 39-40 p.

Quem se afirme credor, demonstrando ao juiz a verossimilhança de seu direito e o sério risco a que o mesmo esteja exposto de não ser satisfeito pelo devedor, por insuficiência de seu patrimônio, ao tempo em que lhe for possível promover a penhora e a correspondente execução, estará legitimado para pedir o arresto de bens de seu presumível devedor.

Daí por que não se pode recusar, à tutela cautelar, sua natureza *instrumental*. Mas as medidas cautelares não são “instrumentos do instrumento”, como pretendia CALAMANDREI, e sim instrumentos jurisdicionais criados para proteção dos direitos. Mas esta constatação é simplesmente óbvia, pois não se diz constantemente que todo o processo civil serve de instrumento para realização do direito material? E não se haverá de pretender que todo o direito processual civil, por ser instrumento, seja cautelar.³⁴

Como se observa, a idéia da tutela cautelar como medida destinada a garantir a efetividade do processo, e não como medida assegurativa de um direito material ameaçado, é refutada por BAPTISTA. O mesmo posicionamento é adotado por MARINONI, ao comentar que:

o direito à tutela cautelar não advém do processo. A tutela cautelar não se destina a garantir a efetividade da ação e, por isto mesmo, não pode ser pensada como uma mera técnica processual necessária a lhe outorgar efetividade. O direito à tutela cautelar está situado no plano do direito material, assim como o direito às tutelas inibitórias e ressarcitória. O titular do direito à tutela do direito – por exemplo, ressarcitória – também possui direito à tutela de segurança (cautelar) do direito à tutela do direito.³⁵

E arremata:

Deixa-se claro, porém, que, além de não ser possível aceitar a teoria que enxerga na função cautelar a tutela do processo, é preciso frisar que a tutela cautelar não se destina a inibir o ilícito (tutela inibitória) e a remover os efeitos concretos do ilícito (tutela de inibição do ilícito), e, portanto, não constitui uma genuína tutela preventiva. A tutela cautelar assegura a *tutela* de um direito *violado* ou, em outro caso, assegura uma situação jurídica tutelável, ou seja, uma situação jurídica a ser tutelada através do chamado processo principal.³⁶

Assim, a tutela cautelar é instrumento para assegurar a efetividade da tutela final pretendida em relação ao direito material tutelado. Vale dizer, “a tutela cautelar, portanto, protege o direito e não o processo, como muitos entendem.”³⁷

2.1.2 Perigo de dano

³⁴ *Ibidem*. 41-42 p.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 4: Processo Cautelar**. *Op. Cit.* 23 p.

³⁶ *Ibidem*. 23 p.

³⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. 4 *Op. Cit.* 37 p.

A tutela cautelar, como largamente demonstrado no item anterior, se dedica a assegurar o direito material tutelado pela prestação jurisdicional ao fim do processo de conhecimento. Assim, “a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de proteção imediata, poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse de submeter-se às exigências do *procedimento ordinário*.”³⁸

Imagine-se, por exemplo,

uma ação voltada a declarar que os bens de um sociedade, acima de determinado valor, não podem ser alienados sem a concordância de todos os sócios. O rumor, no seio da sociedade, de que dois de seus administradores estão em vias de alienar um bem, representa perigo de dano à situação jurídica objeto da tutela declaratória, abrindo oportunidade à exigência de tutela de segurança do patrimônio social. Tal tutela de segurança poderia se expressar através de uma caução. Essa tutela não impediria a alienação do imóvel, mas garantiria o patrimônio social, obrigando a que, para a alienação, os administradores prestassem caução idônea.³⁹

No exemplo colacionado, o direito material, ao final do processo de conhecimento, já teria perecido, eis que os administradores da sociedade já teriam alienado o bem. Assim, diante do perigo de dano irreparável (possibilidade de alienação do bem), a tutela cautelar se impõe, para garantir que ao final do processo o patrimônio social da sociedade esteja preservado.

Desta forma, a necessidade da tutela cautelar nasce não apenas do perigo da demora em abstrato, mas de uma situação concreta, a qual coloca em risco o direito material a ser tutelado pela sentença ao final do procedimento ordinário. Neste caso, pode-se definir com precisão não só o perigo, como a causa e o efeito desse perigo, vale dizer, o perigo da demora no processo está no perigo de dano, como ensina MARINONI:

Embora o perigo de dano faça surgir uma situação de urgência, tornando insuportável a demora do processo, não há razão para identificar perigo de dano como *periculum in mora*, como se ambos tivessem o mesmo significado. O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isto mesmo, para se evidenciar a necessidade de tutela cautelar, não basta alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência da sua causa, ou seja, o perigo de dano.⁴⁰

Sobre o tema, BAPTISTA esclarece que se

estivermos a imaginar um remédio contra a demora (*periculum in mora*), provavelmente seremos levados a conceber algum meio de *antecipar* a proteção

³⁸ *Ibidem*. 42 p.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 4: Processo Cautelar**. *Op. Cit.* 28 p.

⁴⁰ *Ibidem*. 28 p.

jurisdicional, outorgando, desde logo, a tutela que somente seria outorgada no final do *procedimento ordinário*.⁴¹

Por tais motivos, a tutela cautelar se justifica com o perigo do dano e não só com o perigo da demora, no sentido de assegurar que o direito material acautelado não sofra as conseqüências desastrosas provocados pelo perigo iminente de dano irreparável.

2.1.3 *Fumus boni iuris*

Além de uma situação acautelada e do perigo de dano, a tutela cautelar prescinde de *fumus boni iuris*, ou seja, requer “que o direito acautelado seja tratado, no juízo da **ação assegurativa**, não como um direito efetivamente existente, e sim como uma simples probabilidade de que ele realmente exista.”⁴²

No mesmo sentido, MARINONI comenta que

para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da conseqüente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas.⁴³

E assevera que “a tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente.”⁴⁴ Sobre o mesmo tema OVÍDIO BAPTISTA esclarece que

A exigência de *cognição sumária*, imposta pela natureza da tutela cautelar, insere-a definitivamente na classe de processos sumários, sob dois aspectos: a demanda cautelar é sumária não só sob o ponto de vista material, como, além disso, exige uma forma sumária de procedimento, por via do qual ela se haverá de realizar. Não se pode pensar em verdadeira **tutela de simples segurança** instrumentalizada por meio de um procedimento ordinário, pois a urgência é uma premissa inarredável de todo provimento cautelar. A cognição exauriente que o magistrado tivesse de desenvolver, quando fosse convocado para prestar tutela cautelar, além de supérflua e inútil, seria incompatível com a urgência que se presume sempre existente.⁴⁵

⁴¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. *Op. Cit.* 42

p.
⁴² *Ibidem.* 60 p.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 4: Processo Cautelar**. *Op. Cit.* 28 p.

⁴⁴ *Idibem.* 28 p.

⁴⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. *Op. Cit.* 60 p.

Desta forma, o *fumus boni iuris* se caracteriza como a probabilidade da existência do direito acautelado, a ser demonstrada por um processo de cognição sumária. Frisa-se, por oportuno, que se presente no caso mais do que o simples *fumus*, a tutela a ser prestada pelo estado deve ser outra. OVÍDIO BAPTISTA pontua que

se o direito apresenta-se como uma realidade de indiscutível evidência, a resposta jurisdicional não deveria mais ser a **tutela de simples segurança**, e sim alguma forma de tutela definitiva e satisfativa. Esta conclusão impõe-se em virtude da própria natureza da função jurisdicional exercida pelo Estado. O monopólio da jurisdição, ao tornar ilegítima a *ação privada* que o titular do direito poderia desencadear, tanto que agredido seu interesse ou apenas ameaçado de sofrer alguma lesão, provocou a mediatização da reação da vítima da ofensa, inserindo, entra a ação ofensiva praticada pelo agressor e a resposta que o titular do direito poderia contrapor-lhe, toda a atividade de cognição judicial, cuja função é precisamente capacitar o julgador a determinar a existência do direito de que aquele se digna titular. Ora, se o juiz, ao receber o pedido da tutela jurídica, já pode, com toda segurança, proclamar a existência do direito, a demora em protegê-lo, a partir daí, seria injustificada. A tutela em tal caso deveria ser satisfativa e não cautelar.⁴⁶

Sobre o assunto, MARINONI esclarece que

se a tutela do direito não depende da elucidação de fatos, ou se, para tanto, é desnecessária a produção de prova diversa da documental, o juiz, mais do que poder formar convicção de probabilidade ou de verossimilhança, está autorizado a formar convicção que lhe permite decidir sobre a oportunidade da concessão da própria tutela do direito.⁴⁷

Com efeito, o *fumus boni iuris* é a demonstração da possibilidade de que o direito acautelado exista, não podendo ser menos, eis que não ensejaria uma tutela jurídica, e não devendo ser mais, vez que a tutela a ser concedida deveria ser outra (satisfativa).

2.1.4 Temporariedade

Em razão das escolhas teóricas feitas no presente estudo, é necessário consignar que a tutela cautelar é temporária e não provisória. “A tutela cautelar, na concepção da doutrina clássica, sempre foi ligada à decisão definitiva sobre o mérito, ou seja, à sentença. Daí a provisoriedade, apontada por esta doutrina como característica da tutela cautelar.”⁴⁸

MARINONI continua esclarecendo que “nesta concepção doutrinária, a tutela cautelar é destinada a dar segurança ao processo e, mais precisamente, à sentença de mérito.

⁴⁶ *Ibidem.* 62 p.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 4:** Processo Cautelar. *Op. Cit.* 29 p.

⁴⁸ *Ibidem.*

Na verdade, uma vez proferida a sentença, desapareceria, por conseqüência lógica, a razão da tutela cautelar.”⁴⁹

Ocorre que, como largamente explicado até o presente momento, a tutela cautelar se destina a proteção de um determinado direito material ameaçado. Ela não é instrumento do instrumento. Do contrário, é instrumento para assegurar que o direito material ainda seja realizável ao final do processo. Desta forma, a tutela cautelar está ligada à ameaça ao direito material e não com a sentença (ou processo).

Vale dizer, estando a tutela cautelar relacionada com a ameaça ao direito material e não com o processo, ela não pode ser provisória. MARINONI diz “que a eficácia da tutela cautelar se liga do perigo de dano, tendo com ele relação de *temporiedade*, e não com a sentença de mérito, com a qual teria relação de *provisoriedade*.”⁵⁰

Para entender a questão, utiliza-se o clássico exemplo dos andaimes de LOPES DA COSTA:

O temporário se define em absoluto, apenas em face do tempo; provisório, além do tempo, exige a previsão de outra coisa em que se sub-rogue. Os andaimes da construção são temporários. Ficam apenas *até que se acabe* o trabalho no exterior do prédio. São, porém, definitivos no sentido de que *nada virá substituí-los*. Já, entretanto, a barraca onde o desbravador dos sertões acampa, *até melhor habitação*, não é apenas temporária, é provisória também.⁵¹

Comentando o exemplo, OVÍDIO BAPTISTA coloca que

no caso figurado pelo escritor, da barraca empregada pelo desbravador do sertão, seu uso é provisório porque é empregada para ser substituída (trocada) pela habitação definitiva, *porque também ela serviu de habitação*. O provisório somente poderá ser substituído pelo definitivo se houver, como observou CALAMANDREI, uma relação entre seus efeitos que torne capaz a substituição de um pelo outro, quer dizer, se ambos forem da mesma natureza, de modo que o provisório possa ser “trocado” pelo definitivo.⁵²

Desta forma, a tutela cautelar é temporária por não ser substituída pela sentença do processo principal. Vale dizer, o direito tutelado no processo principal (direito material) é absolutamente diverso do tutelado no processo cautelar (direito material à cautela, servindo de garantia para que o processo principal tenha um fim útil), não havendo relação de substituição

⁴⁹ *Ibidem*. 30 p.

⁵⁰ *Ibidem*. 31 p.

⁵¹ COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. **Medidas Preventivas - Medidas preparatórias - Medidas de Conservação**. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966. 10 p.

⁵² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. *Op. Cit.* 60 p.

entre as sentenças proferidas nos dois processos. Ela é temporária ao passo que só deve durar até que permaneça o perigo de dano.

Frisa-se, por oportuno, que sendo a tutela cautelar temporária, eis que relacionada à ameaça de um direito e não com o processo, ela não se limita pela sentença, mas sim pelo seu trânsito em julgado. Tal situação significa que mesmo sendo declarada a inexistência do direito, a tutela cautelar poderá persistir até o trânsito em julgado. Segundo MARINONI,

não há contradição entre a declaração da inexistência do direito e a necessidade de manutenção da tutela cautelar. A declaração da inexistência do direito não elimina o perigo de dano, já que o que vale, em caso de recurso, é o julgamento do tribunal, ou seja, a cognição definitiva. Não há como negar que a revogação da tutela, em caso de sentença de improcedência, abre a oportunidade para um dano na pendência do recurso. Como é óbvio, caso o tribunal reforme a sentença que implicou a revogação da tutela cautelar, e no período entre a sentença e o julgamento do tribunal ocorra dano, a tutela jurisdicional do direito a ser entregue ao autor terá sido mutilada.⁵³

Por tais motivos, a tutela cautelar é marcada pela temporariedade, e nunca pela provisoriedade.

2.1.5 Referibilidade

Referibilidade é a última nota sobre a tutela cautelar. Como posto à exaustão, a tutela cautelar serve para assegurar que um direito material, diante do perigo de dano, seja realizável ao final do processo de conhecimento. Assim, “há sempre referibilidade à situação substancial acautelanda. Inexistindo referibilidade, não há direito acautelado, mas sim tutela satisfativa.”⁵⁴

É importante, ainda, observar que haverá referibilidade mesmo quando as ações cautelares dispensarem a ação principal, eis que a tutela cautelar não deixará de se referir a uma situação substancial tutelável. Vale dizer, “a ação cautelar deve *necessariamente* fazer referência a uma situação tutelável acautelada, embora possa, em situações excepcionais, dispensar a propositura da ação principal.”⁵⁵

Por fim, observa-se que, por decorrer da acautelaridade, a falta de referibilidade implicará em uma tutela satisfativa.⁵⁶

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 4: Processo Cautelar**. *Op. Cit.* 30 p.

⁵⁴ *Ibidem.* 36 p.

⁵⁵ *Ibidem.* 37 p.

⁵⁶ *Ibidem.* 38 p.

2.2 TUTELA ANTECIPADA

2.2.1 Da tutela cautelar à tutela antecipada

Como já comentado no primeiro capítulo do presente estudo, o processo cautelar, em razão dos anseios sociais que viam no procedimento ordinário um obstáculo, foi durante muito tempo utilizado como instrumento para, de forma sumária, conceder à parte a satisfação que seria realizada somente com a tutela a ser deferida ao final do processo. Vale dizer, tinha-se um provimento antecipatório através do processo cautelar.

Assim, em decorrência do uso distorcido do processo cautelar para se obter uma proteção jurisdicional de cunho satisfativo, a qual, em razão da escolha ideológica de Buzzaid, só poderia ser deferida ao final do processo de conhecimento, o legislador criou o instituto da tutela antecipada em nosso ordenamento, introduzindo novas regras nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil.⁵⁷

Com efeito, tais artigos vieram para eliminar o uso equivocado da técnica cautelar, tornando clara a possibilidade de se antecipar os efeitos da tutela pretendida no processo de conhecimento. Segundo MARINONI, essa é

a consagração da possibilidade de se antecipar a tutela final, com base na verossimilhança, em face do fundado receio de dano, o que antes de 1994 era feito – excepcionalmente, é certo – mediante o uso distorcido da técnica cautelar. Portanto, o art. 273, além de corrigir o uso equivocado da técnica cautelar, teve o grande mérito de tornar *inquestionável* a viabilidade de se requerer tutela antecipatória *em toda e qualquer situação cognitiva concreta*.⁵⁸

Assim, a tutela antecipada veio preencher uma lacuna do nosso ordenamento, permitindo que em situações que demandassem urgência fosse permitido ao juiz antecipar os efeitos da tutela final, ou seja, satisfazendo, desde logo, a pretensão do autor.

O art. 273, do CPC, prevê a possibilidade de concessão de antecipação de tutela, sempre que, diante de prova inequívoca das alegações, houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (inc. I), ou abuso de defesa (inc. II), ou parcela incontroversa (inc. III). No presente estudo, será analisado o primeiro caso, eis que os demais não se confundem com a tutela cautelar.

2.2.2 Satisfatividade e ruptura com o princípio da *nulla executio sine titulo*

⁵⁷ *Ibidem*. 60 p.

⁵⁸ *Ibidem*. 61 p.

Nesse momento, já está claro o caráter eminentemente satisfativo da tutela antecipada, o que a distingue da tutela cautelar. Nas palavras de MARINONI,

a tutela antecipatória, (...), é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização – e não sua segurança – mediante cognição sumária ou verossimilhança. Na verdade, a tutela antecipatória, de lado hipóteses excepcionais, tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipatória é tutela final antecipada com base em cognição sumária.⁵⁹

É importante notar que essa porção de satisfatividade, mesmo que deferida antecipadamente, foi introduzida no código de forma a manter a ordinarização do processo de conhecimento, eis que se antecipam os efeitos da tutela e não tutela propriamente dita. Com efeito, não existe uma declaração da existência ou inexistência do direito e sim um juízo declaratório acerca da verossimilhança e do *fumus boni iuris*, no qual serão antecipados os efeitos mandamentais e/ou executivos da tutela pretendida.⁶⁰

A razão dos efeitos antecipados terem natureza mandamental e/ou executiva tem contornos simples, facilmente compreendida com os exemplos colacionados por OVÍDIO BAPTISTA:

O juiz não poderá antecipar declaração, constituição ou condenação sob forma de tutela provisória, e, se o fizer, seu provimento será inteiramente inócuo, sem relevância processual. Se o juiz dissesse, por exemplo, numa ação declaratória de ilegalidade de exigência fiscal, que “tudo indica que o tributo é realmente ilegal”; ou dissesse que, “pelas provas até agora existentes nos autos, sou levado a supor que o autor realmente tem razão”; ou declarasse, no provimento liminar, mais ou menos isto: “o direito do autor apresenta-se com um elevado grau de verossimilhança”; ou então numa ação de anulação de contrato, afirmasse: “pela prova de que disponho até agora, considero verossímil a alegação do autor, razão pela qual decreto a anulação provisória do contrato”; ou então, numa ação condenatória, expedisse decisão liminar com este teor: “o réu é provisoriamente condenado, até que eu possa confirmar o revogar esta condenação na sentença final” – todas essas proposições não teriam relevância processual.⁶¹

Assim, a antecipação dos efeitos da tutela não coloca em cheque a ordinarização do procedimento, vez que não se questiona o conceito de decisão interlocutória, nem a estrutura elementar do processo de conhecimento e sua relação com o processo de execução.

Concedida a antecipação de tutela, ela precisa ser executada de alguma forma, eis que, se não houvesse forma para tanto, ela perderia razão de existir por não ser capaz de se

⁵⁹ *Ibidem*. 61 p.

⁶⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. *Op. Cit.* 123-125 p.

⁶¹ *Ibidem*. 125-126 p.

realizar no mundo fático. Essa situação traz um problema para doutrina clássica e para a efetivação dos direitos, pois ao misturar processo de conhecimento com processo de execução, rompe-se o princípio da *nulla executio sine titulo*. Observe-se.

Como se sabe, a doutrina clássica entende o processo de conhecimento como aquele destinado a declarar a existência ou inexistência do direito do autor, sendo o processo de execução o instrumento para realizar tal direito. Frisa-se, por oportuno, que a execução só poderia se iniciar depois da cognição exauriente do juízo, e a conseqüente declaração do direito. Desta forma,

se o trânsito em julgado da sentença condenatória seria imprescindível para a formação do título executivo judicial, nenhuma diferença poderia haver em se falar que a coisa julgada é fundamento lógico-jurídico da execução ou que a execução depende de uma sentença condenatória transitada em julgado ou de um título executivo.⁶²

Ocorre que, ao se possibilitar ao magistrado a antecipação dos efeitos da tutela, e considerando que tais efeitos devem ser executados, deverá haver execução com o conhecimento ainda em curso, situação conflitante com o princípio da *nulla executio sine titulo*.

A questão se resume ao fato de que sempre se esteve preocupado com a arbitrariedade do juízo, por isso se entende que a execução só pode se iniciar após a cognição exauriente, baseada em certeza, para que o juiz não pudesse favorecer uma parte ou outra. Com efeito, sob tal ótica, enxerga-se a execução como instrumento para realizar um direito declarado por sentença transitada em julgado.⁶³

Entretanto, esse entendimento não é capaz de responder aos anseios da sociedade, razão pela qual MARINONI comenta que “a necessidade da via executiva deve ser determinada pela situação de direito substancial e não por uma característica do processo (por exemplo: declaração do direito ou coisa julgada material).” E arremata, pontuando que por tais motivos “a tutela antecipatória possui muito mais identidade com a execução de que com o provimento cautelar.”⁶⁴

2.2.3 Prova inequívoca e verossimilhança das alegações

Este é o primeiro requisito para o deferimento da tutela antecipada. Quando se

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 2:** Processo de Conhecimento. *Op. Cit.* 208 p.

⁶³ *Ibidem.* 209-210 p.

⁶⁴ *Ibidem.*

falou sobre o *fumus boni iuris*, na tutela cautelar, ficou demonstrado que a antecipação dos efeitos da tutela exige mais do que mero *fumus*, ou seja, é necessária prova inequívoca dos fatos alegados para sustentar a decisão antecipatória. Esses são os exatos termos do art. 273, *caput*, do CPC: “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, totalmente ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.”

Como se vê, prova inequívoca e *fumus boni iuris* não se confundem, sendo que uma é mais que o outro. A professora ADA PELEGRINI GRINOVER, comenta, ainda, que prova inequívoca é aquela “suficiente para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito”.⁶⁵ Vale dizer, *fumus boni iuris* possui menos “certeza” que a prova inequívoca, a qual possui menos “certeza” que aquela que fundamentará a sentença.

Para que o autor constitua a prova inequívoca, “é importante lembrar que o art. 273 não exige exclusivamente prova documental, para demonstração do ‘fundado receio de dano irreparável’”.⁶⁶ Desta forma,

o interessado, ao requerer a tutela antecipatória, pode valer-se de prova documental, de prova testemunhal ou pericial antecipadamente realizadas e de laudos ou pareceres de especialistas, que poderão substituir, em vista da situação de urgência, a prova pericial. O interessado ainda pode requerer que sejam ouvidas, imediata e informalmente (vale dizer, nos dias seguintes ao requerimento de tutela), as testemunhas, a parte ou um terceiro, bem como pedir a imediata inspeção judicial, nos termos do art. 440, do CPC.⁶⁷

Tais instrumentos probatórios servirão para constituir prova inequívoca, formando o “juízo de verossimilhança”. Para MARINONI, tal expressão é tautológica, eis que “toda prova, esteja finalizado ou não o procedimento, só pode permitir a formação de um ‘juízo de verossimilhança’ quando se parte da concepção de que a verdade é algo absolutamente inatingível.”⁶⁸

Assim, prova inequívoca é aquela que, sem ter a possibilidade de interpretação diversa, é capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações, considerando não só os fatos apontados, bem como a subsunção com o direito. Frisa-se, por oportuno, que a prova inequívoca não exige prova do direito, e sim da verossimilhança dos fatos (e da subsunção) lançados na inicial.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pelegrini. **Processo**: estudos e pareceres. São Paulo: Perfil, 2005. 60 p.

⁶⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. *Op. Cit.* 133-134 p.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 2**: Processo de Conhecimento. *Op. Cit.* 211 p.

⁶⁸ *Ibidem.* 212 p.

2.2.4 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Além da prova de inequívoca, o art. 273, I, do CPC, exige que “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.” Quando se falou do perigo de dano nas tutelas cautelares, ficou demonstrado que, na verdade, a tutela antecipada deveria ser caracterizada pelo *periculum in mora* e não pelo perigo de dano.⁶⁹

Por esse motivo, OVÍDIO BAPTISTA faz uma ressalva quanto ao uso de termo “perigo de dano irreparável”:

A conclusão de que as ‘antecipações’ do art. 273 não são cautelares não deve invalidar-se com a referência feita no inc. I desse artigo ao pressuposto de que igualmente se vale a tutela cautelar, qual seja, a existência de ‘fundado receio de dano irreparável’. Certamente seria preferível que o legislador empregasse, aqui, a categoria conhecida como *periculum in mora*, muito mais adequada à idéia de antecipação e historicamente ligada às execuções provisórias, reservando a categoria indicada como ‘perigo de dano irreparável’ para as cautelares.⁷⁰

Assim, o perigo de dano será decorrente da não concessão da tutela antecipada. Para que fique claro, imagine-se uma ação declaratória para inexistência de débito, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela no sentido de mandar que o nome do autor seja retirado do rol de devedores das entidades de proteção ao crédito. Nesse caso, o dano decorre da demora na prestação jurisdicional para declarar a inexistência do débito, e não de uma ameaça ao direito (a qual seria tutelável por uma ação cautelar).

2.2.5 Reversibilidade

O último ponto a ser explorado sobre a antecipação de tutela decorre da previsão legal do art. 273, §2º, do CPC, o qual estabelece que “não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.” Ao se interpretar tal norma sistematicamente, observando-se principalmente o disposto no art. 273, I, do CPC, chega-se a conclusão que houve exagero na prudência recomendada pelo legislador ao magistrado.⁷¹

Segundo MARINONI,

⁶⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. 4 *Op. Cit.* 42 p.

⁷⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. *Op. Cit.* 133-134 p.

⁷¹ *Ibidem*. 132 p.

seria possível pensar que o juiz não pode conceder tutela antecipatória quando ela puder causar prejuízo irreversível ao réu. Contudo, se a tutela antecipatória, no caso do art. 273, I, tem por objetivo evitar um dano irreparável ao direito *provável* (*é importante lembrar que o requerente da tutela antecipatória deve demonstrar um direito provável*), não há como admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer um prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o *direito provável* deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao *direito improvável*.⁷²

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), inclusive, já foi levado a se manifestar sobre o tema, quando considerou que “a exigência de irreversibilidade inserta no §2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão que se destina.”⁷³ Vale dizer, “o *direito constitucional* à adequada tutela jurisdicional estaria sendo negado se o juiz estivesse impedido de conceder tutela antecipatória apenas porque corre o risco de causar prejuízo irreversível.”⁷⁴

Por esses motivos, aplicação de tal norma é ilógica, eis que não faz sentido indeferir a antecipação de tutela para alguém que demonstrou plausibilidade em seu direito em razão de um provável dano a quem não tem sequer plausibilidade de direito.

2.3 DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR

Após essas breves considerações sobre a tutela cautelar e a tutela antecipada, cabe compará-las, observando suas muitas diferenças e suas poucas semelhanças, para que, ao final, possa-se observar a aplicação do princípio da fungibilidade entre tais tutelas. Para tanto, as notas lançadas anteriormente serão (re)analisadas, de forma rápida, contrapondo as características da tutela cautelar com as características da tutela antecipada.

2.3.1 Asseguratividade e satisfatividade

A primeira diferença entre tutela cautelar e tutela antecipada, e que não passa despercebida nem mesmo pelo leitor mais desatento, refere-se à natureza jurídica de tais tutelas. A tutela cautelar se destina a assegurar a realização de um direito material ameaçado.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 2:** Processo de Conhecimento. *Op. Cit.* 229 p.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 144656. Relator Ministro Adhemar Maciel. 27 de outubro de 1997. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=144656&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 2:** Processo de Conhecimento. *Op. Cit.* 230 p.

De outro lado, a tutela antecipada satisfaz desde logo a pretensão do autor. Ou seja, a primeira dá ao autor a certeza que poderá usufruir o bem da vida desejado assim que uma sentença declare a existência de tal bem da vida; a segunda, entrega ao autor desde logo o bem da vida pretendido.

Segundo EDUARDO ARRUDA ALVIM:

As cautelares, que tem por escopo proporcionar segurança, garantidora da eficácia futura da decisão, são marcadas pela referibilidade (...).
As decisões antecipatórias de tutela, de seu turno, são marcadas por um cunho eminentemente satisfativo.⁷⁵

Para esclarecer tal questão, OVÍDIO BAPTISTA apresenta o seguinte exemplo:

Para compreender melhor a natureza da **tutela de simples segurança** (cautelar), é necessário distingui-la das formas de execução provisória, segundo produza a atividade jurisdicional como resultado uma simples “**segurança da execução**” ou, ao contrário, seu resultado seja uma “**execução para segurança**”. Quem executa para segurança antes de mais nada *executa*, ao contrário de quem apenas *assegura* uma futura execução. Quem, ante uma situação de urgência que faça periclitar a incolumidade do direito, desde logo o *realiza*, obtendo do juiz antecipadamente o mesmo resultado que somente a sentença final lhe poderia dar, se a demanda fosse procedente, não se teria limitar a obter a segurança do direito litigioso, mas sua *satisfação* imediata, embora provisória e sujeita a ser confirmada pela sentença final.⁷⁶

Assim, a satisfação da antecipação de tutela está intimamente ligada com as repercussões fáticas de seu deferimento. Por óbvio, a ação cautelar irá “satisfazer” o interesse do autor, mas essa satisfação terá apenas o condão de garantir a execução futura de um direito a ser declarado. Vale dizer, o direito de proteção à ameaça de um direito é que será satisfeito, e não o próprio direito ameaçado.⁷⁷ Como se percebe, toda satisfatividade fica no plano do direito processual. Segundo OVÍDIO BAPTISTA:

O equívoco em que incide a doutrina, de tratar tudo que é provisório como cautelar, identificando a satisfatividade com a *definitividade* do julgamento final do mérito, presta homenagem ao mais requintado *normativismo* jurídico, para o qual as conseqüências *fáticas* – mesmo sendo definitivas e satisfativas do interesse da parte – não “satisfazem juridicamente” a pretensão. Só o julgamento definitivo, poderá, para essa doutrina, ter caráter satisfativo.⁷⁸

⁷⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. *Op. Cit.* 162 p.

⁷⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. *Op. Cit.* 43 p.

⁷⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. *Op. Cit.* 162 p.

⁷⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. *Op. Cit.* 35 p.

Desta forma, para saber se uma tutela é cautelar ou antecipatória, deve-se observar seus efeitos no mundo fático: se assegurativa, sem satisfazer, será cautelar; se satisfativa, antecipatória.

2.3.2 Perigo de dano e *periculum in mora*

Historicamente, bem como já adiantado, o *periculum in mora* é utilizado “para os casos de *execução provisória*, valendo-se do conceito de *dano irreparável* quando a hipótese correspondesse à tutela cautelar”.⁷⁹

Assim, a tutela cautelar se justifica com o perigo de dano irreparável a um direito material tutelável. Vale dizer, na tutela cautelar, o perigo da demora só existe em razão do perigo de dano, sendo que, para justificar seu pedido, o autor deverá demonstrar a relação de causa e efeito entre dano e demora. De outro lado, a tutela antecipada se aproxima do conceito de *periculum in mora*, eis que contra o tempo é a antecipação que se impõe.⁸⁰

2.3.3 *Fumus boni iuris* e prova inequívoca

Por evidente, satisfazer um direito tem maiores repercussões do que a mera segurança de um direito. Por esse motivo, a exigência para que se conceda uma tutela antecipadamente é maior do que aquela feita para que se conceda uma tutela cautelar.

Neste sentido, a prova inequívoca requer que sejam apresentados ao juiz instrumentos capazes de convencê-lo da plausibilidade do direito, sem que seja possível, a princípio, interpretar o conjunto probatório apresentado de forma diversa àquela capaz de ensejar a antecipação de tutela.

De outro lado, a tutela cautelar requer menos. O juiz para deferir a tutela cautelar deverá observar a mera possibilidade da existência do direito material referido, ou seja, basta o simples *fumus*. Sobre o tema, esclarece TEORI ZAVASCKI que

Diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), antecipação da tutela do mérito supõe verossimilhança tanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza, quanto à verdade dos fatos (...). Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova da verdade absoluta – que não existe nem mesmo quando concluída a instrução – mas, uma prova robusta, que aproxime em segura medida o

⁷⁹ *Ibidem*. 43 p.

⁸⁰ *Ibidem*. 42 p.

juízo de probabilidade do juízo de verdade.⁸¹

Assim, em que pese a semelhança, prova inequívoca e *fumus boni iuris* não se confundem, demonstrando, mais uma vez, as diferenças entre os provimentos antecipados e cautelares.

2.3.4 Temporariedade e provisoriedade

Até o momento, ficou demonstrado, à saciedade, que a nota essencial sobre a tutela cautelar se refere a sua função de assegurar que um direito material se mantenha realizável diante de um dano. Dessa característica, decorre seu caráter temporário. Observe-se.

A doutrina clássica usa o termo provisório quando se reporta a tudo aquilo anterior a sentença. Ocorre que a provisoriedade supõe que haverá a substituição por algo definitivo e nada substitui a tutela cautelar. A doutrina clássica enxerga a tutela cautelar como provisória porque entende que ela tem por objetivo assegurar o fim útil do processo e não assegurar a realização do direito material tutelado por tal processo. Vale dizer, entende-se a cautelar como instrumento do instrumento.

Por essa visão, a tutela cautelar seria substituída pela tutela deferida na sentença do processo principal. Entretanto, como a tutela cautelar é assegurativa do direito material ameaçado, uma não substitui a outra, tanto que a tutela cautelar pode sobreviver à sentença no processo principal, desde que permaneça o perigo de dano.

De outro lado, a tutela antecipada, será substituída pela tutela a ser deferida ao final do processo de conhecimento, constituindo seu caráter provisório.⁸²

⁸¹ ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 77-78 p.

⁸² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 49-60 p.

3 A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Fungibilidade é “a propriedade do que é substituível, que pode – em razão de sua natureza, de suas qualidades ou de suas funções – sofrer uma permutação, que elimina o objeto inicialmente existente”⁸³, ou ainda, em linhas mais simples, é “a qualidade da coisa que pode ser substituída por outra da mesma espécie, com características idênticas.”⁸⁴

Nos capítulos anteriores, as diferenças entre as tutelas cautelares e antecipatórias foram demonstradas amplamente. Desta forma, o conceito de fungibilidade aplicável ao presente estudo é o primeiro dos dois apresentados, eis que, o segundo, prevê substituição da coisa por outra da mesma espécie, com características idênticas (o que não se tem entre tutela cautelar e antecipada).

Antes de surgir no direito processual, a fungibilidade já aparecia no direito material, sendo inclusive abordada no art. 85, do CC/02, o qual determina que “podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”. Segundo CARLOS ROBERTO GONÇALVES, “a fungibilidade é o resultado da comparação entre duas coisas, que se consideram equivalentes, os bens fungíveis são substituíveis porque são idênticos, econômica, social e juridicamente. A característica advém, pois, da *natureza* das coisas.”⁸⁵ Como se observa, a fungibilidade entre bens ou obrigações deve possibilitar que se chegue à finalidade pretendida, substituindo-se o bem ou obrigação original, desde que não haja prejuízo.

O direito processual se utilizou da mesma idéia de flexibilização dos tipos jurídicos quando fala em fungibilidade, entretanto,

No campo do Direito Processual, a norma da fungibilidade deixa de possuir caráter de troca, de substituição, de generalidade de determinados objetos, como ocorre no direito material, para adquirir caráter de tolerância, de aproveitamento de atos imperfeitos, promovendo a *aceitação* de um meio processual em lugar do outro, ou mesmo do meio processual tido como incorreto, desde que capaz de gerar os mesmo resultados.⁸⁶

Assim, passa-se agora a delimitar a incidência da fungibilidade no direito

⁸³ FRANÇA, R. Limongi *apud* DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência**: princípio sistemático da fungibilidade. Curitiba: Juruá, 2003. 53 p.

⁸⁴ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2004. 324 p.

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. 250 p.

⁸⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da fungibilidade no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2007. 101 p.

processual civil brasileiro.

3.1 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Como colocado, o princípio da fungibilidade permite que se aproveitem atos formalmente viciados, desde que, sem causar prejuízos, tenham alcançados seus objetivos. Frisa-se, por oportuno, que “não se trata apenas de promover a utilização de uma meio processual no lugar de outro, mediante conversões, mas também de aceitar a aproveitar um meio como se outro fosse.”⁸⁷

Como se observa a fungibilidade no direito processual se afasta em sua substância da fungibilidade no direito material. Isso decorre do fato que “apenas o termo ‘fungibilidade’ veio do direito material, enquanto a idéia, o conteúdo da fungibilidade de meios, é uma das espécies, uma especialização do princípio do aproveitamento das formas oriundo das nulidades processuais.”⁸⁸

Por esse motivo, LAMY considera que

a fungibilidade constitui permite aproveitar e aceitar como válidos e eficazes – exatamente por não haver nulidade – os meios formalmente irregulares escolhidos pela parte, para o fim de prestar-lhe a tutela jurisdicional. O meio entendido como correto não deixará de ser utilizado, não havendo necessariamente trocar ou conversão de meios, mas apenas economia processual.⁸⁹

Assim, o princípio da fungibilidade permite, de forma inegável, que se privilegie o direito material frente à forma, atendendo ao princípio constitucional de acesso à justiça, permitindo que o processo seja mais célere e efetivo. Além dos princípios constitucionais, RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS coloca que

Embora não esteja positivada no estatuto processual em vigor, a idéia da fungibilidade subsiste no sistema jurídico como princípio fundamental do processo civil, que pode ser inferido de outros princípios expressamente previstos, como da economia processual e o da instrumentalidade das formas (também designado princípio da finalidade).⁹⁰

No mesmo sentido, JEAN CARLOS DIAS alega que

⁸⁷ *Ibidem.* 101 p.

⁸⁸ *Ibidem.* 104 p.

⁸⁹ *Ibidem.* 102 p.

⁹⁰ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. **Princípios da fungibilidade:** hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. 17. ed. São Paulo: Rt, 2007. 60 p.

Como o princípio da fungibilidade, em regra, determina o aproveitamento de um ato, sem que este esteja inteiramente adequado, do ponto de vista da espécie aplicável, com o fito exclusivo de possibilitar a produção dos resultados, que, em tese, eram pretendidos. Desse modo, ele viabiliza uma decisão que, em regra, não poderia ser produzida, maximizando a atuação jurisdicional ainda que instrumentalizada pelo meio não adequado. Sob determinado enfoque, a fungibilidade consagra a economia processual, e, ao mesmo tempo, torna efetiva a busca pelo acesso à Justiça, porque sublima as exigências formais em favor do resultado.⁹¹

Por esses motivos, não se pode negar os benefícios trazidos pela aplicação da fungibilidade no direito processual civil brasileiro. Inobstante, a forma tem uma razão para existir, sendo ela a responsável por garantir, por exemplo, o devido processo legal, a ampla defesa e a publicidade dos atos processuais. Desta forma, a fungibilidade deve ter seu uso limitado, não podendo ser utilizada irrestritamente, sob o risco de se rasgar inúmeros princípios processuais em detrimento de outros.

Assim, doutrina e jurisprudência estabeleceram dois requisitos para a utilização da fungibilidade no direito processual: i) dúvida objetiva; e ii) inexistência de erro grosseiro.

A dúvida objetiva é aquela que decorre ou de imprecisão da legislação, ou de divergência doutrinária e/ou jurisprudencial, “aceitando mais de um meio para o atingimento do mesmo fim processual, desde que não se trate de meios concorrentes.”⁹² Tal situação decorre do fato que o “ônus pelos erros de interpretação do sistema processual não deve ser das partes. É irrazoável (não razoável) que as dúvidas provocadas pela lei e pelo sistema prejudiquem o jurisdicionado.”⁹³

Por evidente, toda dúvida é subjetiva, entretanto, o termo “objetiva” é utilizado no sentido de que “a dúvida não pode ter origem na insegurança pessoal do profissional”.⁹⁴

Conforme LAMY, utilizando ensinamento de NELSON NERY JÚNIOR, o erro grosseiro é aquele “que atenta contra disposição expressa de lei ou, ainda, que não tem fundamento segundo divergência doutrinária ou jurisprudencial”.⁹⁵ Essa exigência decorre da natureza da fungibilidade que é instrumento na busca da efetividade e da economia processual e não instrumento para acobertar os maus profissionais.⁹⁶

⁹¹ DIAS, Jean Carlos. *Op. Cit.* 61 p.

⁹² LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio** *Op. Cit.* 107 p.

⁹³ *Ibidem.* 108 p.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 2:** Processo de Conhecimento. *Op. Cit.* 512 p.

⁹⁵ LAMY, Eduardo de Avelar. *Op. Cit.* 105 p.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 2:** Processo de Conhecimento. *Op. Cit.* 511-514 p.

3.2 A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA NOS TERMOS DO ART. 273, §7º, DO CPC

3.2.1 Da utilização do processo cautelar para se obter tutelas satisfativas ao art. 273, §7º, do CPC

No primeiro capítulo do presente estudo foi demonstrada a evolução histórica do processo civil, com atenção especial para as tutelas de urgência. Lá, no item 2.2, ficou consignada que, até a década de 1990, o processo cautelar foi amplamente utilizado para se conseguir tutelas de natureza satisfativa, em evidente utilização distorcida da tutela cautelar.

Tal confusão nasce do fato de que os anseios da sociedade não podiam mais ser tutelados pelo moroso processo de conhecimento. Toda a evolução sócio-econômica pela qual se passou fez com que surgisse uma série de novos direitos materiais, bem como fez com que as necessidades do homem se tornassem mais urgentes em razão das exigências do mundo moderno, onde os direitos tuteláveis podem parecer a cada segundo.

As novas vontades da sociedade aliadas à estrutura do CPC/73 levaram à utilização do processo cautelar como forma de se obter tutela urgente, mesmo que de natureza satisfativa, eis que não faria sentido deixar que o direito perecesse pela incapacidade do estado de oferecer instrumento eficiente para tanto.

Para solucionar tais problemas, em 1994, foi editada a Lei n. 8.942, introduzindo a tutela antecipatória em nosso ordenamento. Ocorre que, apesar da intenção de resolver um problema, outro foi criado. Segundo MARINONI,

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 aquela 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.⁹⁷

Em razão da situação apontada, criou-se uma situação de insegurança, vez que caso o magistrado entenda-se que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela tivesse natureza assegurativa, ele seria indeferido. Um verdadeiro jogo de azar.

Veio, então, a reforma da reforma, introduzindo o §7º ao art. 273, do CPC, com a seguinte redação: “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de

⁹⁷ *Ibidem*. 227 p.

natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

3.2.2 O art. 273, §7º, do CPC e suas repercussões doutrinárias

Os termos de tal parágrafo nos levam a concluir que, com a reforma da reforma (Lei n. 10.444/2002), o magistrado passou a estar autorizado a deferir medidas cautelares requeridas de forma interinal, a título de antecipação de tutela. Como se percebe, constitui avanço importante, eis que, de forma expressa, tenta resolver a esquizofrênica relação entre tutela cautelar e tutela antecipada.

Ocorre que a doutrina ao se deparar com tal texto o (re)interpretou, pelos menos, de três formas distintas. Com efeito, a resposta do legislador às questões levantadas com após a reforma de 1994 trouxe, na verdade, mais dúvidas.

A primeira corrente adota o que se chama de duplo sentido vetorial ou mão-dupla, na qual o juiz pode deferir tanto a cautelar pedida como tutela antecipada ou antecipada pedida como tutela cautelar. Segundo DINAMARCO:

O novo texto não pode ser lido somente como portador de autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação de 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.⁹⁸

Na mesma linha, WAMBIER destaca que “razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido seja o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada.”⁹⁹ TADIN considera que a reforma da reforma consagrou a identidade entre as tutelas de urgência, sendo que, por esse motivo, a fungibilidade deve valer, irrestritamente, entre cautelares e antecipatórias.¹⁰⁰

Corroborando tal posicionamento, BEDAQUE pontua que

também é preciso deixar claro que a fungibilidade não está limitada apenas a problemas terminológicos. A adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida,

⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 92 p.

⁹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários a à segunda fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. 61 p.

¹⁰⁰ TARDIN, Luiz Gustavo. **Breves comentários a à segunda fase da reforma do código de processo civil**. São Paulo: RT, 2006. 175-176 p.

deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final. Nada obsta, portanto, que, diante de pedido de antecipação de efeitos, o juiz defira tutela meramente conservativa e vice-versa. Esse *duplo sentido vetorial entre as medidas urgentes* sequer necessitaria estar previsto em lei, pois ele decorre da própria lógica do sistema das tutelas provisórias e instrumentais.¹⁰¹

Alinhando-se com tal posicionamento, THEODORO JR. considera que diante dos termos do art. 273, §7º, o dever do juiz será o de “processar os pedidos de tutela de urgência e de afastar as situações perigosas incompatíveis com a garantia de acesso à justiça e de efetividade da prestação jurisdicional, seja qual for o rótulo e o caminho processual eleito pela parte.”¹⁰²

Para EDUARDO ARRUDA ALVIM:

a fungibilidade de que trata o §7º do art. 273 deve ser entendida como abrangendo os dois sentidos. Afirma-se irrelevante que o requerente da cautelar, que será tomada como antecipação de tutela, tenha mero *fumus boni iuris*, teoricamente menos do que é exigido para a concessão da antecipação de tutela. Mesmo porque as distinções entre esses requisitos, como observamos anteriormente, são mais teóricas do que concretas; ou melhor, são de difícil mensuração no plano empírico.¹⁰³

Ao se filiar em tal corrente, EDUARDO LAMY comenta que ela contribui “para solução de problemas, como a rigidez na diferenciação das técnicas urgentes e as dificuldades de utilização e diferenciação entre os institutos processuais como um todo, e a necessidade de resultados práticos mais efetivos por parte da jurisdição.”¹⁰⁴

Por fim, é importante observar a lição de NELSON NERY JÚNIOR. Apesar de ser adepto da teoria da mão-dupla, faz ressalva que deverá haver transformação da antecipação de tutela requerida como se fosse cautelar em pedido de tutela antecipada propriamente dito:

A recíproca é verdadeira. Caso o autor ajuíze ação cautelar incidental, mas o juiz verifique ser caso de tutela antecipada, deverá transformar o pedido cautelar em pedido de tutela antecipada. Isso ocorre, por exemplo, quando a cautelar tem natureza satisfativa. Dado que os requisitos da tutela antecipada são mais rígidos que os da cautelar, ao receber o pedido cautelar como antecipação de tutela o juiz deve dar oportunidade ao requerente para que adapte o seu requerimento, inclusive para que possa demonstrar e comprovar a existência dos requisitos legais para obtenção da tutela antecipada. A cautelar só deverá ser indeferida se não puder ser adaptada ao pedido de tutela antecipada ou se o autor negar a proceder à adaptação.¹⁰⁵

¹⁰¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.* 388-389 p.

¹⁰² THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 406 p.

¹⁰³ ALVIM, Eduardo Arruda. *Op. Cit.* 178 p.

¹⁰⁴ LAMY, Eduardo de Avelar. *Op. Cit.* 105 p.

¹⁰⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 7. ed. São Paulo: Rt, 2003. 653 p.

A segunda corrente de interpretação se coloca em uma posição de intermediária, eis que aceita a fungibilidade de mão-dupla, mas apenas em situações específicas. Observe-se.

Segundo SANTOS:

Desde que (...) haja razoabilidade na dúvida dos limites da cautela e da antecipação, possível é que esta se defira como cautelar e aquela em forma de tutela antecipada. E, em qualquer das hipóteses, irrelevante é a forma, devendo os pressupostos de uma e de outra ser atendidos em razão da própria estrutura da medida pleiteada.¹⁰⁶

Como se infere dos ensinamentos de SANTOS, a fungibilidade de mão-dupla nasceria de uma “zona de penumbra” entre tutela cautelar e tutela antecipada, na qual não está claro se o pedido feito acautela ou satisfaz. Assim, reconhecesse-se a fungibilidade pode ter duplo sentido vetorial, entretanto, apenas quando não for possível estabelecer se a pretensão do autor tem caráter assegurativo ou satisfativo.

Para MARINONI, o §7º do art. 273 ao permitir a confusão entre cautelares e antecipatórias demonstra a distância entre elas, eis que somente o que é diferente pode ser confundido, 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. Nesse caso, não existindo erro grosseiro do requerente, ou, em outras palavras, havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela, aplica-se a idéia de fungibilidade, uma vez que se objetivo é evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento da tutela urgente (evidentemente de natureza nebulosa) no processo de conhecimento.¹⁰⁷

Em pese considere ser possível a fungibilidade de mão-dupla, MARINONI limita a fungibilidade à existência da zona nebulosa, inclusive, quando no sentido vetorial previsto no §7º do art. 273. Segundo ele:

O §7º do art. 273 não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipatória ou afirma que toda e qualquer tutela cautelar pode ser requerida no processo de conhecimento. Ao contrário, tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode fazer confusão entre as tutela cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder a tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto a sua natureza (cautelar ou antecipatória).¹⁰⁸

Vale dizer, independente do sentido, segundo MARINONI deve haver uma

¹⁰⁶ SANTOS, Ermani Fidélis dos. **Manual do direito processual civil**. 11 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 2: Processo de Conhecimento**. *Op. Cit.* 228 p.

¹⁰⁸ *Ibidem*. 228 p.

dúvida objetiva acerca da natureza da tutela pretendida. Somente essa zona de penumbra autorizará o magistrado a aplicar a fungibilidade entre as tutelas de urgência.

Inobstantes tais posicionamentos, uma terceira parte da doutrina se posiciona pela absoluta impossibilidade de existência de fungibilidade de mão-dupla. Nos termos postos por EDUARDO DE MELLO E SOUZA, “não haveria sentido lógico em permitir ampla fungibilidade de tutelas dentro do processo de conhecimento, e manter toda uma sistematização específica para medidas cautelares em outro livro do código.”¹⁰⁹

Sobre o tema, JEAN CARLOS DIAS esclarece que:

É preciso deixar claro que não cabe a aplicação da fungibilidade quando o pedido formulado em grau de tutela antecipada se referir a providência cautelar típica. No mesmo sentido, não é admissível a concessão de medidas antecipatórias em processo cautelar. Nos dois casos, há previsão normativa expressa determinando o modo de obtenção dessas tutelas. Em havendo regramento específico o descumprimento deste determina a violação ao princípio do devido processo legal.¹¹⁰

Por fim, na mesma linha, JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETO, esclarece que

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 dos requisitos da tutela antecipada são mais robustos – pois há maior intensidade na exigência em relação à aparência do bom direito, i.e., verossimilhança é requisitos mais denso que *fumus boni iuris* – do que os da cautelar, ainda que, em rigor e fundamentalmente, se trate de uma questão de grau.¹¹¹

Assim, essa última corrente considera irrazoável a utilização da fungibilidade entre as tutelas de urgência em duplo sentido vetorial, seja porque a lei assim não permite, ou porque se estaria infringindo princípios processuais importantes, como o devido processo legal e ampla defesa.

Diante desse breve esboço das posições doutrinárias acerca da aplicação do §7º do art. 273, pode-se alinhar, sinteticamente, a existência de três interpretações. A primeira delas, capitaneada por DINAMARCO, entende que a fungibilidade entre as tutelas de urgência possui um duplo sentido vetorial, sendo consequência do princípio do acesso à justiça (art. 5º,

¹⁰⁹ SOUZA, Eduardo de Mello e. Tutela cautelar: retorno às origens. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Monis de Aragão**. São Paulo: RT, 2005. 621 p.

¹¹⁰ DIAS, Jean Carlos. *Op. Cit.* 182 p.

¹¹¹ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. Vol. 2. 9. ed. São Paulo: Rt, 2005. 367 p.

XXXV, da CF), bem como estaria abrigada em princípios processuais tais quais instrumentalidade, eficiência e celeridade da prestação jurisdicional, eis que tal situação proporcionaria uma resposta rápida e efetiva do judiciário mesmo diante de um pedido viciado em sua forma.

A segunda corrente entende que a mão-dupla pode ser aplicada desde que exista dúvida razoável acerca da tutela pretendida, ou seja, tal tutela deve estar numa zona de penumbra na qual não se sabe se há acautelaridade ou se há satisfatividade. Tal posicionamento decorre do entendimento de que o jurisdicionado não poderia ser prejudicado diante de falta de precisão técnica da legislação, da doutrina e da jurisprudência.

A última, mas não menos importante, considera, em atenção ao devido processo legal e a ampla defesa, bem como em atenção à letra da lei, ser impossível a aplicação da fungibilidade em mão-dupla.

3.2.2 O art. 273, §7º, do CPC e suas repercussões jurisprudenciais

Como se pode imaginar, toda essa confusão doutrinária instalada quanto à aplicação do art. 273, §7º, do CPC, repercutiu em nossos tribunais, causando certa insegurança nos operadores do direito, em especial, aos advogados, eis que não se sabe exatamente qual será o entendimento do magistrado acerca do pedido urgente realizado.

Serão analisadas a jurisprudências em dois tribunais. O primeiro tribunal a ser analisado é o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), eis que o presente estudo se realiza em Florianópolis. O segundo será o Superior Tribunal de Justiça, vez que é o principal norte da jurisprudência nacional.

Em Santa Catarina, a primeira divergência encontrada envolve a exigência de dúvida sobre a natureza da tutela para aplicação da tutela. O desembargador Henry Petry Júnior, foi levado a analisar situação na qual a parte autora requeria, como antecipação de tutela, que a parte ré exibisse determinados documento (medida cautelar de exibição). O eminente desembargador lavrou acórdão no seguinte sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RESCISÃO CONTRATUAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL. AUSÊNCIA DE JUNTADA DO CONTRATO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. (...) II – ADEMAIS, PLEITO ANTECIPATÓRIO PARA O FORNECIMENTO DO DOCUMENTO. RECOMENDÁVEL ACOLHIMENTO COMO CAUTELAR INCIDENTAL. FUNGIBILIDADE. CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAIS. ART. 273, §7º, DO CPC. IV – SENTENÇA ANULADA. RECURSO PROVIDO. (...) II - Sem prejuízo da possibilidade de

ordem judicial, no caso, embora não tenha sido requerido formalmente como tal, é razoável acolher o pleito liminar de exibição dos documentos como cautelar incidental, considerando o intuito do requerimento, a instrumentalidade do processo, a necessária economia e o fomento da celeridade processual, nos termos do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil.¹¹²

Como se observa, a fungibilidade foi aplicada no sentido previsto no §7º do art. 273, independentemente de dúvida quanto à natureza da tutela (ou seja, se existia uma zona nebulosa sobre o direito a ser tutelado, sendo impossível definir se a prestação jurisdicional irá assegurar ou satisfazer um direito). No mesmo sentido, encontra-se decisão do Desembargador José Carlos Carstens Köhler:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE. TUTELA ANTECIPADA. **INDISPONIBILIDADE DE BENS. MEDIDA DE CARÁTER ACAUTELATÓRIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 273, § 7º, DO CÓDIGO PROCESSO CIVIL. ANÁLISE DA IRRESIGNAÇÃO SOB OS DITAMES DO ART. 798 DO CÓDIGO BUZAID. PERICULUM IN MORA NÃO CONFIGURADO. PLEITO RECHAÇADO. RECURSO DESPROVIDO.**¹¹³ (grifou-se)

Inobstante tal posição, ao enfrentar caso semelhante, em que se pedia a indisponibilidade de bens do réu de forma interinal, o Desembargador Trindade dos Santos lançou os seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO. SINISTRO DE CIRCULAÇÃO. COLISÃO ENTRE CAMINHÕES. CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO DO DEMANDADO. INDÍCIOS VEEMENTES A RESPEITO. PERÍCIA MÉDICA. SEQUELAS GRAVES CONSTATADAS. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL. TUTELA ANTECIPADA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. INDISPONIBILIZAÇÃO DE BENS. AVERBAÇÃO DO FEITO JUNTO AO DETRAN E REGISTRO DE IMÓVEIS. INDEFERIMENTO. RECLAMO EM PARTE ACOLHIDO. 1 Em ação de reparação de danos decorrentes de sinistro automobilístico, é de ser deferida a tutela antecipatória, para a concessão à vítima de pensão mensal, quando existente nos autos prova eficiente acerca da culpa do veículo contrário para o evento, bem como da invalidez que resultou para o autor. Ainda que possa ser revertida a medida, em se tratando de um direito absoluto há que preponderar ele sobre o direito meramente econômico da parte adversa. E, o valor dessa pensão mensal, enquanto perdurar a tramitação do feito, há que corresponder ao piso salarial da categoria profissional da vítima: a de motorista de veículo pesado. 2 **O protesto contra alienação de bens, com as conseqüentes averbações junto ao registro imobiliário e ao Detran, é medida que impõe-se perseguida via processo cautelar, propiciando a demonstração dos pressupostos do 'fumus boni iuris' e do 'periculum in mora', não dispensando, pois, a instrução probatória, instrução essa estranha ao âmbito**

¹¹² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2008.006019-6. Relator Desembargador Henry Petry Júnior. 31 de julho de 2008. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000B6AU0000>.

¹¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2007.055367-4. Relator Desembargador José Carlos Carstens Köhler. 31 de julho de 2008. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000APUI0000>.

das antecipatórias de tutela.¹¹⁴ (grifou-se)

Como se infere dos dois últimos julgados colacionados, tem-se no TJSC posicionamento absolutamente diverso, eis que o primeiro acórdão não fez qualquer ressalva quanto à existência de via adequada para as tutelas cautelares, enquanto o segundo acórdão considerou que, apesar de estar no sentido vetorial previsto no §7º do art. 273, o pedido não estaria em harmonia com o rito escolhido. Vale dizer, se houvesse uma permuta entre os relatores, as ações teriam desfechos absolutamente diversos, demonstrando o estado de insegurança comentado anteriormente.

Frisa-se, por oportuno, que o Desembargador Trindade dos Santos indeferiu o pedido apenas por entender que os requisitos não estavam preenchidos, sendo o processo cautelar o rito adequado para produzir a cognição necessária ao deferimento da medida requerida. Ademais, o eminente desembargador quando analisa pedidos para retirada do nome do autor dos cadastros de proteção ao crédito, entende pela possibilidade da fungibilidade em mão-dupla, sendo que vez defere a medida como cautelar:

CAUTELAR INOMINADA. Órgãos restritivos do crédito. Inscrição cancelada. Ilegitimidade passiva 'ad causam'. Inocorrência. **Matéria típica de tutela antecipada. Irrelevância.** Honorários advocatícios. Fixação adequada. (...) II - 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.¹¹⁵ (grifou-se)

Enquanto em outras oportunidades, defere a medida como tutela antecipada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECLARATÓRIA. DÉBITO TELEFÔNICO. INEXISTÊNCIA AFIRMADA. **VETO À INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. TUTELA ANTECIPADA, PARA TANTO, DEFERIDA. DECISÃO NULA. ARGUMENTO REJEITADO. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. MULTA COMINATÓRIA. CABIMENTO. DECISÃO INCENSURÁVEL. RECURSO DESACOLHIDO.** I Ainda que requerida determinada medida judicial sob os auspícios de antecipação de tutela, é dado ao magistrado deferi-la sob o prisma acautelatório, posto viabilizar-se, nos termos do art. 273, § 2º, do CPC, a aplicação, na hipótese, do princípio da fungibilidade. Admissível juridicamente a transformação de pleito de tutela antecipatória em pleito

¹¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2007.047022-2. Relator Desembargador Trindade dos Santos. 31 de julho de 2008. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000AHVO0000>

¹¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2003.002577-4. Relator Desembargador Trindade dos Santos. 3 de setembro de 2003. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=0100059UC0000>

acautelatório, não há que se cogitar, como condição de validade da decisão concessiva de liminar, do esclarecimento judicial expresso acerca dos requisitos do art. 273 da mesma codificação. (...) ¹¹⁶ (grifou-se)

Dessa forma, se percebe que no TJSC a jurisprudência tende a se posicionar pela fungibilidade entre as tutelas de urgência em seu duplo sentido vetorial, quando presentes os requisitos que ensejam o deferimento da respectiva tutela. Inobstante, não se pode deixar de se reportar a julgados brilhantes, em sentido contrário.

É de se observar ainda que alguns magistrados do tribunal catarinense têm refutado os pedidos antecipatórios em processos cautelares, nos moldes do julgado de relatoria do Desembargador Newton Trissoto, fazendo referência expressa aos ensinamentos de Lopes da Costa:

ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – CAUTELAR – PRETENSÃO CARACTERIZADA COMO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – EXTINÇÃO DO PROCESSO – RECURSO PREJUDICADO. Presta-se a demanda cautelar para “garantir a utilidade e a eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória” (Lopes da Costa). ¹¹⁷

Por fim, no mesmo sentido se colaciona julgado de relatoria do eminente processualista JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, que se constitui em verdadeira aula de Direito de Processual Civil sobre a impossibilidade da fungibilidade entre as tutelas de urgência em duplo sentido vetorial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR INOMINADA. AUTORIZAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS PELO AGRAVANTE NO HOSPITAL AGRAVADO, APÓS SUA EXCLUSÃO DO CORPO CLÍNICO. LIMINAR NEGADA. TUTELA DE URGÊNCIA DE CARÁTER SATISFATIVO E NÃO ASSECURATÓRIO. PRETENSÃO QUE NÃO PODE SER DEDUZIDA EM AÇÃO CAUTELAR. INADEQUAÇÃO INSTRUMENTAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR EM SEDE ACAUTELATÓRIA, MÁXIME QUANDO JÁ PROPOSTA AÇÃO PRINCIPAL TENDO POR ESCOPO O MESMO OBJETO QUE PODERIA SER SATISFEITO MEDIANTE A FORMULAÇÃO DE PRETENSÃO ANTECIPATÓRIA. HIPÓTESE QUE NÃO AGASALHA A FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS EMERGENCIAIS. CARÊNCIA DE AÇÃO CONFIGURADA. EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS. EXTINÇÃO, *EX OFFICIO*, DO PROCESSO CAUTELAR, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ART. 267, VI, CPC). I - A tutela cautelar e a tutela antecipatória, embora sejam espécies de um mesmo gênero

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2007.035709-6. Relator Desembargador Trindade dos Santos. 26 de março de 2008. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000A6OY0000>

¹¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2008.005965-0. Relator Desembargador Newton Trissoto. 15 de outubro de 2008. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000B63Z0000>.

(tutelas sumárias de urgência), diferem quanto a natureza jurídica, escopos elementos e efeitos. Assim, as ações cautelares não agasalham pretensão exclusivamente assecurativa, notadamente após o advento da Lei 8.952/1994, que inseriu no processo de conhecimento de rito comum a possibilidade de obtenção de antecipação dos efeitos da tutela principal perseguida em juízo. II - É cristalino que a pretensão deduzida pelo Recorrente não tem natureza acautelatória, pois, como se infere da exordial da ação cautelar, o objetivo é a antecipação dos efeitos da decisão do feito principal, em que se discutirá a validade da decisão administrativa que excluiu o Agravante de seu corpo clínico da Agravada, impedindo-o de realizar procedimentos médicos em seu estabelecimento. III - Assim, manifesta a ausência do interesse processual, na modalidade adequação, devendo o Agravante/Requerente, ser declarado, de ofício, carecedor de ação, por força do *efeito translativo*, inerente e conferido a todos os recursos ordinários, e, por conseguinte, extinto o processo cautelar, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil. IV - Gize-se, também, ser inaplicável à espécie a regra insculpida no art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil, por se tratar de norma excepcional que requer interpretação restritiva. Ademais, não estamos diante da formulação de pedido incidental equivocadamente denominado de antecipação de tutela, mas, inversamente, de ação cautelar preparatória com pretensão satisfativa, não se vislumbrando, portanto, erro escusável (objetivo ou não grosseiro).¹¹⁸

Essa mesma tendência jurisprudencial, de acatar a fungibilidade em seu sentido mais amplo é confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). A jurisprudência do STJ é firme no entendimento de que fungibilidade se aplica, independentemente de dúvida sobre a natureza da tutela, nos termos de acórdão da relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

Processual Civil. Ação Rescisória. Tutela antecipatória para conferir efeito suspensivo à sentença rescindenda. Cabimento. 'Fungibilidade' das medidas urgentes. Fumus boni iuris. Inocorrência. Violação a literal disposição de lei. Interpretação controvertida nos Tribunais. - Cabe medida cautelar em ação rescisória para atribuição de efeito suspensivo à sentença rescindenda. - **Se o autor, a título de antecipação de tutela requer providência de natureza cautelar, pode o juiz, presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental no processo ajuizado, em atendimento ao princípio da economia processual.**¹¹⁹ (grifou-se)

Como se observa, conforme entendimento do STJ, para a aplicação do princípio da fungibilidade, basta que os requisitos para tanto estejam preenchidos. Acrescenta-se, ainda, o julgado seguinte, demonstrando que total aceitação da fungibilidade em seu duplo sentido vetorial:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR DE CARÁTER SATISFATIVO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. ARTS. 273 E 796 DO CPC. 1. As medidas liminares de caráter satisfativo são admissíveis, excepcionalmente, face as

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2008.018577-3. Relator Desembargador Joel Dias Figueira Júnior. 12 de agosto de 2008. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000BISJ0000>.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 351766. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 6 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200101110120>

peculiaridades do caso concreto, desde que estejam presentes os pressupostos específicos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* e seja a pretensão almejada indispensável à preservação de uma situação de fato que se revele incompatível com a demora na prestação jurisdicional.¹²⁰

Desta forma, o entendimento do STJ é, em sua maioria, pela mão-dupla na aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência. O mesmo posicionamento foi confirmado no TJSC, bem como na doutrina, sendo possível dizer que esse é o posicionamento dominante.

3.3 ESCOLHA PELA NECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DA “ZONA NEBULOSA” PARA APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

Depois de demonstrar a razão do surgimento do art. 273, §7º, do CPC, no ordenamento jurídico brasileiro, bem como conhecer as repercussões de tal medida na doutrina e jurisprudência brasileira, cabe definir um posicionamento sobre o tema.

Como adiantado no título deste item, entende-se que para se justificar a aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência deve existir uma dúvida sobre a natureza da pretensão do jurisdicionado. Ou seja, a tutela requerida deve estar num limbo, não sendo nem totalmente satisfativa e nem totalmente assecurativa. Deve estar numa zona de intersecção entre as tutelas cautelar e antecipatória. As razões para tal escolha são as seguintes.

A primeira nota que levou a tal escolha tem tom principiológico. Escolher pela fungibilidade de mão-dupla de forma irrestrita poderia levar ao operador do direito mais desatento a ultrapassar limites postos pelos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Em tal caso, apesar da intenção de evitar os efeitos do tempo sobre um determinado direito substancial, estar-se-ia causando lesão a tal direito, eis que não seriam respeitadas proteções que lhe são garantidas.

De outro lado, vedar completamente a fungibilidade em seu duplo sentido vetorial também parece uma atitude temerária, eis que pode significar a prevalência do direito processual sobre o direito material, ou seja, teríamos a instauração do formalismo exarcebado, em detrimento de princípios constitucionais como o acesso à justiça, bem como de princípios processuais tais quais a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 954548. Relator Ministro Castro Meira. 18 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200701157695>

O segundo motivo faz referência aos conceitos doutrinários trazidos ao longo do presente estudo. Como demonstrado à exaustão, tutela cautelar e tutela antecipada têm naturezas completamente diferentes, sendo que o instituto da fungibilidade apenas prova tal situação, eis que se fossem a mesma coisa, não poderiam ser fungíveis. Por esse motivo, cada uma possui requisitos diferentes, os quais não encontram um procedimento único, dentro de nossas leis atuais, capaz de satisfazer as exigências de cada uma das tutelas. Assim, sendo absolutamente diferentes em suas características, bem como tendo procedimentos diferentes, a tutela cautelar e a tutela antecipatória merecem ser tratadas com individualidades, o que nos leva a restringir a fungibilidade entre elas, considerando a possibilidade apenas para os casos em que houver dúvida quanto à natureza da pretensão do jurisdicionado.

O terceiro motivo é repercussão de uma interpretação sistêmica do nosso código de processo civil. Ao introduzir as modificações no art. 273, do CPC, o legislador reformador deixou intacto o livro referente ao processo cautelar. Desta forma, não faria sentido se ter um livro inteiro regulando o processo cautelar se ele pudesse ser inteiramente abarcado pelo processo de conhecimento através do instituto da antecipação de tutela.

Por fim, ao se analisar o art. 273 em sua literalidade, constata-se que o legislador ao usar o verbo “poder” dá ao magistrado uma possibilidade e não uma obrigação em se deferir sempre a tutela cautelar requerida como antecipatória. Vale dizer, nesse juízo discricionário, o julgador deverá fazer uma análise da tutela requerida, observando se ela encontra na zona de intersecção entre as tutelas urgência, justificando o equívoco do autor.

Assim, em que pese todo o respeito e acatamento devido aos brilhantes doutrinadores que se posicionam a favor da fungibilidade em mão-dupla de forma irrestrita, não se pode concordar com eles. Entende-se, depois de todas as considerações realizadas, que a fungibilidade pode ter duplo sentido vetorial, mas deve ser utilizada de forma restrita, somente quando houver dúvida se a tutela requerida é dotada de acautelaridade ou de satisfatividade.

Frisa-se, por oportuno, que tal entendimento deve ser aplicado até mesmo quando o pedido for realizado no sentido vetorial previsto no §7º do art. 273, ou seja, quando for requerida cautelar como se fosse antecipatória. Vale dizer, o juiz somente deverá deferir tal pedido quando se tratar de medida situada em zona nebulosa, onde não há definição entre acautelaridade e satisfatividade.

CONCLUSÃO

As tutelas cautelar e antecipada são importantes instrumentos para a preservação de direitos materiais, eis que amenizam as penas impostas pelo longo curso processual. Como visto, na maioria das situações, elas são responsáveis pela materialização de princípios constitucionais, tal qual o acesso à justiça, sendo imprescindíveis para que a parte tenha, ao final do processo, um direito realizável (tutela cautelar) ou possa usufruir de tal direito tempestivamente (tutela antecipatória). Vale dizer, são instrumentos para proteção à ameaça a um direito material.

Por serem espécies do mesmo gênero, bem como em razão de escolhas doutrinárias, tais tutelas são comumente confundidas. Por esse motivo, a introdução do instituto da tutela antecipada trouxe grandes confusões quanto às situações em que poderia ser utilizada. Diante disso, o legislador buscou sanar tais situações, acrescentando o parágrafo 7º do art. 273 ao CPC, o qual teve o condão de instituir a possibilidade de se deferir tutela cautelar requerida como tutela antecipada (fungibilidade).

Ocorre que, em razão dos conflitos existentes já comentados, os operadores jurídicos se perguntaram: pode o magistrado deferir tutela antecipada requerida como cautelar (fungibilidade de mão-dupla)?

Para responder tal questão, o presente trabalho se iniciou por uma demonstração histórica do surgimento do direito processual como ramo autônomo ao direito material, do surgimento e a evolução das tutelas de urgência.

Ainda no primeiro capítulo, foram esboçados alguns princípios constitucionais, os quais têm o condão de sustentar as tutelas de urgência, inclusive a cautelar, como medidas de proteção a um direito substancial e nunca ao processo. Durante tal análise, ficou consignada a relação de proteção que as tutelas de urgência tinham com o direito material e não com o processo.

No segundo capítulo, ficou demonstrado que a tutela cautelar se caracteriza pela asseguratividade, pela temporariedade, pelo perigo de dano, pelo *fumus boni iuris* e pela referibilidade. Sendo que, de outro lado, a tutela antecipada é marcada pela satisfatividade, pela provisoriedade, pelo *periculum in mora* e pela prova inequívoca. Vale dizer, ressaltou-se, à saciedade, a distância existente entre tutela cautelar e antecipada.

No terceiro e último capítulo, definiu-se fungibilidade como a característica

daquilo que pode, sem problemas quando a utilidade, ser substituído por outro. Depois, caracterizou-se como a fungibilidade se manifestar no direito processual, no sentido de que se presta a aceitar determinando ato que, mesmo que viciado em sua forma, não enseja prejuízo às partes.

No ato seguinte, foram colacionados os entendimentos da doutrina e da jurisprudência. Registrou-se que a corrente dominante se posiciona pela possibilidade da fungibilidade ser aplica em seu duplo sentido vetorial entre as tutelas de urgência.

Entretanto, apesar de tal fato, diante dos princípios constitucionais envolvidos, dos conceitos teóricos escolhidos, bem como da interpretação sistêmica e literal do CPC, no presente trabalho se concluiu que a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada deve apenas ser usada em caso da existência da zona de penumbra (na qual não se define se o pedido irá acautelar ou antecipar).

REFERÊNCIAS

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. Vol. 2. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Antecipação de tutela**. Curitiba: Juruá, 2007. (Biblioteca Arruda Alvim).

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. (tentativa de sistematização) São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2007.035709-6. Relator Desembargador Trindade dos Santos. 26 de março de 2008. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000A6OY0000>

_____. _____. Agravo de Instrumento n. 2007.047022-2. Relator Desembargador Trindade dos Santos. 31 de julho de 2008. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000AHVO0000>

_____. _____. Agravo de Instrumento n. 2007.055367-4. Relator Desembargador José Carlos Carstens Köhler. 31 de julho de 2008. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000APUI0000>.

_____. _____. Agravo de Instrumento n. 2008.005965-0. Relator Desembargador Newton Trissoto. 15 de outubro de 2008. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000B63Z0000>.

_____. _____. Agravo de Instrumento n. 2008.018577-3. Relator Desembargador Joel Dias Figueira Júnior. 12 de agosto de 2008. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000BISJ0000>.

_____. _____. Apelação Cível n. 2008.006019-6. Relator Desembargador Henry Petry Júnior. 31 de julho de 2008. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000B6AU0000>.

_____. _____. Apelação Cível n. 2003.002577-4. Relator Desembargador Trindade dos Santos. 3 de setembro de 2003. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=0100059UC0000>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 144656. Relator Ministro Adhemar Maciel. 27 de outubro de 1997. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199700523330&pv=01000000000&tp=51>

_____. _____. Recurso Especial n. 351766. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 6 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200101110120>

_____. _____. Recurso Especial n. 954548. Relator Ministro Castro Meira. 18 de outubro de 2007. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200701157695>

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2000. vol. 1.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. **Medidas Preventivas - Medidas preparatórias - Medidas de Conservação**. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. 2. Ed. São Paulo: RT, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2004.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da fungibilidade no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil Vol. 2: Processo de Conhecimento**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Curso de Processo Civil Vol. 4: Processo Cautelar**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo: RT, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Rt, 2003.

SANTOS, Emami Fidélis dos. **Manual do direito processual civil**. 11 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Processo e Ideologia.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Eduardo de Mello e. Tutela cautelar: retorno às origens. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Monis de Aragão.** São Paulo: RT, 2005.

TARDIN, Luiz Gustavo. **Breves comentários à segunda fase da reforma do código de processo civil.** São Paulo: Rt, 2006.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil brasileiro: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Processo Cautelar.** 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. **Princípios da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo.** 17. ed. São Paulo: Rt, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à segunda fase da reforma do código de processo civil.** 2. ed. São Paulo: Rt, 2005.

ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.