



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DAVID HUMBERTO REGO QUEIROZ

FUNGIBILIDADE ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA  
CAUTELAR

SOUSA - PB  
2006

DAVID HUMBERTO REGO QUEIROZ

FUNGIBILIDADE ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA  
CAUTELAR

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. João de Deus Quirino Filho.

SOUSA - PB  
2006

DAVID HUMBERTO REGO QUEIROZ

FUNGIBILIDADE ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A TUTELA CAUTELAR

---

Prof. Orientador: João de Deus Quirino Filho

---

1º Examinador

---

2º Examinador

SOUSA-PB  
JUNHO, 2006.

Dedico este trabalho a toda minha família, especialmente a Fátima Rego, Daniela Rego, Daniel Rego, Naiara e Cibele, que foram os principais incentivadores, dando-me forças para transpor mais um obstáculo da vida.

Agradeço, primeiramente a Deus, assim como aos professores João de Deus Quirino Filho e Maria Da Luz pela colaboração prestada na elaboração do presente trabalho, agradeço também a Rejane da biblioteca pela paciência e atenção que teve comigo, não poderia, também deixar de agradecer a todos os meus amigos que conquistei ao longo do curso.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	05
INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	10
1.1 Surgimento da tutela cautelar.....	10
1.2 Primeira Reforma do Código de Processo Civil.....	12
1.3 Segunda Reforma do Código de Processo Civil.....	14
CAPÍTULO 2 DISTINÇÃO ENTRE TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR.....	17
2.1 Poder geral de cautela e “cautelares satisfativas”.....	17
2.2 Doutrina da distinção total entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.....	20
2.3 O enfraquecimento da segurança jurídica em prol da efetividade processual.....	27
CAPÍTULO 3 FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA .....	30
3.1 Principais problemas na interpretação do parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil.....	30
3.2 Casos e procedimentos para a aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência.....	34
3.2.1 Medida cautelar requerida como antecipação de tutela.....	34
3.2.2 Medida antecipatória requerida em processo cautelar.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

## RESUMO

A pesquisa abordará o tema das tutelas de urgência, passando pelo seu surgimento no ordenamento pátrio, logo em seguida tratar-se-á da distinção feita pelos diversos doutrinadores e o entendimento da jurisprudência, onde chegar-se-á a conclusão de que entre a as tutelas urgentes a semelhança entre ambas é o que prevalece. Mas o ponto principal da pesquisa consistirá no alcance da norma introduzida pela lei nº 10.444 de 7 de maio de 2002, que dispõe sobre a fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, que terá o objetivo de tentar esclarecer aos interpretes do direito como se comportar diante de situações referentes a fungibilidade em tela. Para isso, será utilizado o método histórico evolutivo trazendo as visões dos doutrinadores comparando suas divergências encontradas na doutrina e na jurisprudência em relação ao tema da fungibilidade entre a tutela antecipada e a cautelar, adotar-se-á também a técnica da documentação indireta através de pesquisas bibliográficas de publicações em geral. Ao final conclui-se que as inovações trazidas pelo legislador surgiram em virtude da busca da efetividade e eficácia da prestação jurisdicional, bem cõo da economia processual. Sendo assim, constata-se que questões meramente formais, não devem obstar direitos constitucionalmente garantidos como a efetividade da jurisdição e a razoável duração do processo, assim como, a celeridade de sua tramitação, pois é sabido que o processo deve ser utilizado apenas como um instrumento e não como um fim em si mesmo.

**Palavras-chave: Fungibilidade. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar.**

## ABSTRACT

This research will broach the subject of the guardianships of urgency passing by its issuing in land ordering. After this it will see about distinction made by different teachers of law and the understanding of jurisprudence that it can conclude that between the urgency subjects there is an important similarity that predominate. But the main part of this research will consist in reach of the rule introduced by law number 10.444 dated on May 7<sup>th</sup>, 2002, that disposes about fungible between the anticipated subject and care subject will have purpose to try clarifying to interpreters of right like they must behave themselves ahead situations about the fungible in question. For this, it will be used the historic and growing method taking teachers' views comparing their disagreements found in rule and jurisprudence about the theme fungible between anticipated subject and care subject. It also will attend the technique of the indirect document through bibliography researches published on the whole. At the end it concludes that news brought by lawmaker came out because of seek of the permanent and efficiency of the installment legal, as well as economy of the lawsuit. So, it finds that formal questions must not draw up constitutionally assured rights like permanency of power and moderate duration of lawsuit as well as the acceleration of its way, as it is known that the lawsuit must be utilized like an instrument and must not be utilized like an aim in itself only.

**Key words: Fungible. Anticipated subject. Care subject.**



## INTRODUÇÃO

Não é recente a procura, especialmente pelos aplicadores do direito, de meios processuais que sejam capazes de proporcionar uma maior efetividade e celeridade ao processo como um todo, especialmente no contexto atual, no qual a legislação vigente se mostra impossibilitada de prever todas as situações as quais poderão ser passíveis de conflitos.

O código de processo civil estabeleceu em livro próprio uma espécie de tutela que visava assegurar o resultado útil da demanda denominada cautelar. Na praxe forense, surgiu o fenômeno das chamadas “cautelares satisfativas”, medidas que não se prestavam a assegurar o resultado útil do processo, muitas vezes adiantando o resultado final, liminarmente e de forma irreversível. Essa prática era legitimada por uma suposta omissão no sistema processual, que não teria previsto a concessão de medidas litisreguladoras diversas das cautelares, exceto nos casos especificamente previstos em lei.

Diante disso, a reforma processual de 1994, com a sanção da Lei nº 8.952/94, foi extremamente relevante, pois finalmente introduziu no sistema processual civil brasileiro a antecipação de tutela, através de novo texto ao artigo 273, sendo que o instituto distinguiu-se em vários pontos da tutela acautelatória, especialmente no que pertine a satisfatividade inerente àquela e não nesta.

Essa inovação legal, enquadrada em procedimento diverso daquele destinado à tutela cautelar, foi fundamental para a consagração da doutrina e da jurisprudência que defendiam e defendem a distinção “total” entre a tutela cautelar e a antecipada. Quando requerida providência urgente de natureza cautelar, utilizando-se o procedimento inadequado da antecipação de tutela, e vice-versa, a providência era negada e, às vezes, extinta a própria ação, por fundamentos formais, sem exame do mérito. Isso gerava prejuízos aos litigantes, assim como insegurança jurídica, mormente porque existem casos em que a natureza da medida pleiteada não se mostra evidente.

O passo maior foi dado com a nova reforma processual de 2002, com o advento da Lei 10.444/2002, na qual, dentre outras importantíssimas alterações, acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, sendo este o objeto de discussão do presente estudo. Apesar de a prática forense já se mostrar conhecida desta nova regra, pertinente à fungibilidade das medidas de urgência, quais sejam a tutela cautelar e a antecipada, sua previsão legal é considerada fundamental para a tendência atual do processo civil de primar-se

pela efetividade, pois permite que diversos entraves ainda existentes na concessão das referidas tutelas emergenciais restassem por desconsiderados, além de coadunar-se perfeitamente com princípios constitucionais essenciais ao ordenamento jurídico, como o do devido processo legal.

O tema do presente trabalho é justamente a fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar. Tem-se, atualmente, um novo dispositivo legal que regula a matéria. Sua interpretação vem gerando divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu alcance. A questão é atual e importante, pois envolve não apenas regras procedimentais imprescindíveis à boa marcha do processo, como está diretamente relacionada com aspectos constitucionais, atinentes à efetividade da prestação jurisdicional.

Destarte, o tema se mostra de extrema pertinência à reflexão dos operadores do direito, tendo em vista que o Poder Judiciário há tempos tem-se mostrado ineficiente quanto às expectativas da sociedade, salientando-se que muitas pessoas, apesar de estarem envoltas em sérias dificuldades de obter determinada pretensão extrajudicialmente, acabam por ver seu possível direito perecer, vez que se desencorajam de requerer a tutela jurisdicional do Estado, justamente por saber que esperarão tempo demais. Oportuno destacar-se a importância de meios processuais que sejam capazes de abarcar diversas situações conflitivas, diante da impossibilidade legislativa de especificarem-se todas as hipóteses possíveis, além de ressaltar a necessidade de uma consciência voltada à prestação jurisdicional efetiva e célere, que exclua as formalidades exacerbadas ainda existentes no ordenamento jurídico pátrio, que servem tão somente para reiterar as tantas injustiças cometidas até então.

Os métodos procedimentais adotados foram o histórico e o comparativo, onde se buscou analisar posições doutrinárias e jurisprudenciais, ressaltando-se as divergências existentes quanto ao tema, assim como foi utilizado o método dedutivo de abordagem, eis que se partindo de considerações gerais, enunciados, princípios e análise doutrinária e jurisprudencial, buscou-se soluções aos problemas suscitados no decorrer do texto. empregou-se, também, a técnica da documentação indireta realizando o levantamento de dados através da pesquisa bibliográfica de publicações como livros, publicações avulsas, teses, etc.

No presente estudo partir-se-á de uma análise clássica das chamadas tutelas de urgência, na medida em que será feita uma abordagem a respeito da evolução da tutela cautelar e da tutela antecipada no direito processual civil brasileiro, bem como um paralelo entre essas, demonstrando-se as características inerentes a cada instituto, com a conseqüente diferenciação das mesmas.

Em seguida, será enfatizada a nova tendência do sistema de medidas de urgência,

direcionando o tema à questão do conflito existente entre os direitos fundamentais da efetividade e da segurança jurídica, bem como serão destacadas as proposições referentes à sobrevivência do processo cautelar nesta nova acepção surgida no ordenamento processual.

Finalmente, procurar-se-á demonstrar como foi sistematizado o novo § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, especificamente quanto ao duplo sentido da fungibilidade tutelar e a discricionariedade judicial na admissão do respectivo preceito.

## CAPÍTULO I EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

### 1.1 Surgimento da tutela cautelar

A tutela cautelar teve seu desenvolvimento científico preconizado pelos processualistas italianos. Pode-se dizer que, muito embora existam estudos anteriores noticiados, foi no início do século XX, com os ensinamentos do professor da Universidade de Roma, Giuseppe Chiovenda, que os doutrinadores e operadores do direito passaram preocupar-se com a tutela assecuratória.

Buscando sistematizar os provimentos cautelares existentes no ordenamento italiano de sua época, o professor Piero Calamandrei (2000), da Universidade de Florença, publicou, em 1936, obra clássica intitulada *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*.

Segundo seus entendimentos cautelares seriam os “procedimentos provisórios”, cujos efeitos seriam limitados no tempo, até que através do “procedimento principal” fosse decidido definitivamente o mérito da controvérsia.

Ernane Fideli dos Santos (2000, p. 195) afirma que os fundamentos doutrinários de Piero Calamandrei foram acolhidos pelo legislador italiano, na medida em que na própria linguagem da lei (*assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito*), constata-se a possibilidade de obterem-se medidas satisfativas antecipatórias atípicas.

Também Ovídio Baptista da Silva (2000) salienta que a identificação entre as medidas cautelares e antecipatórias está no núcleo da doutrina de Piero Calamandrei.

No Brasil o trânsito vagaroso do processo comum vinha causando danos permanentes ao demandante que, ao fim de um longo e por isso moroso processo, via seu direito reconhecido de forma tardia: perdido no tempo. Algo precisaria ser criado visando a proteção aos direitos postos à discussão perante o judiciário. E assim tem-se a semente do surgimento das tutelas de urgência, que são providencias de ritos diferenciados, mais ágeis e aptos a tornar o objeto da ação íntegro até a decisão final.

No revogado Código de Processo Civil de 1939, já existia o instituto da tutela cautelar, esta inominada. Entretanto, somente com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973 é que esse instituto passou a ser explorado, provocando um movimento de constante expansão de sua aplicabilidade prática.

Nota-se que está recepcionado no nosso Código de Processo Civil vigente o pensamento dogmático da doutrina tradicional italiana. Esse diploma legal seguiu as diretrizes funcionais e estruturais da clássica doutrina peninsular.

No Código de Processo Civil brasileiro foram identificados e isolados três funções referentes à prestação da tutela jurisdicional, adotando a classificação tripartite, isto é, reconhecendo como atividades jurisdicionais o conhecimento, a execução e a cautela.

A tutela cautelar veio para evitar a perda ou deterioração de direitos do demandante, seja pelo decurso do tempo seja por outro meio lesivo, já que o vagaroso tramite do procedimento comum vinha causando danos permanentes ao direito do autor.

A contribuição oferecida pelo próprio Código de Processo Civil de 1973 para a expansão da tutela cautelar está representada pela importância e dignidade que o Código emprestou ao Processo Cautelar, destacando-o para formar um Livro especial, com cerca de cem artigos, contra os apenas treze existentes no Código anterior.

Assim ao lado da tutela de conhecimento e da execução, ambas de caráter satisfativo, concebeu-se a função acessória, complementar, da tutela cautelar, com o propósito claro de afastar os incômodos da demora inevitável entre a dedução da demanda em juízo e a resposta definitiva da jurisdição.

Inicialmente, no terreno da tutela cautelar, existia certa limitação, pois não poderia a medida cautelar ultrapassar o campo das providências conservativas, já que as medidas de satisfação do direito da parte somente seriam alcançáveis após a exaustão do contraditório.

Porém, existiam casos em que não era possível evitar o *periculum in mora* senão antecipando o próprio direito subjetivo material. Com isso, parte da doutrina acabaria por inserir toda a tutela de emergência dentro do universo cautelar, de sorte que tudo o que se baseasse em *fumus boni iures* e na necessidade de evitar o *periculum in mora*, seria absorvido pelas medidas cautelares.

Consequentemente, em nossos tribunais, passou-se ao entendimento de que as medidas cautelares poderiam ser instrumentos, não apenas assecuratórias do provimento jurisdicional, mas também passaram a ser admitido como medidas satisfativas, gerando assim o que parte da doutrina passou a intitular de medidas “cautelares satisfativas”.

Com a promulgação da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, instituiu-se, dentro do próprio processo de conhecimento, a possibilidade emergencial da antecipação da tutela, entretanto sujeitando-a a requisitos mais rigorosos do que os exigido para as medidas cautelares. Com o advento da tutela antecipada o problema de identificação da cautelar quanto

à medida a ser de caráter assecuratório ou satisfativo parecia estar superado, mas conforme veremos adiante parte da doutrina e dos aplicadores do direito, ainda faziam certa confusão na aplicação de uma ou outra medida.

## 1.2 Primeira reforma do Código de Processo Civil

Observa Cândido Rangel Dinamarco (1998) que as alterações legislativas realizadas em 1994 e 1995 formam o objeto da intitulada Primeira Reforma do Código de Processo Civil.

Com isso o legislador deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil. Consagrou a possibilidade de o juiz, atendidos certos requisitos, antecipar, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito.

A orientação do legislador foi clara: admitiu explicitamente a possibilidade de concessão de medidas de antecipação do próprio direito material afirmado pelo autor, mas deu a tal espécie de tutela uma disciplina processual e procedimental própria, diversa das previstas para as medidas cautelares. Sendo assim, sua concessão está sujeita a regime próprio, inconfundível e, em alguns aspectos, mais rigorosos que os das medidas cautelares: a antecipação de tutela se dá na própria ação de conhecimento mediante decisão interlocutória, enquanto as medidas cautelares continuam sujeitas à ação própria, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; a antecipação de tutela tem seus requisitos próprios, estabelecidos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil diferente dos estabelecidos no artigo 798, aplicáveis às medidas cautelares.

Nota-se que a tutela antecipatória, diferentemente da cautelar, nasce com espírito voltado ao pedido principal, já que o antecipa, e, além disso, tem natureza satisfativa (mas uma satisfação parcial, vinculada ao provimento que ainda virá) porquanto traz de logo à parte aquilo que seria objeto da sentença de mérito final.

Nestes passos, coloca-se a tutela antecipatória como uma forma de precaver o direito pretendido contra as intempéries da morosidade que acompanha o processo cognitivo, trazendo a uma das partes o resultado prático daquilo que a sentença iria declarar/condenar futuramente.

Noutro prisma, é relevante ponderar também que a tutela antecipada surgiu com fito de por fim ao indevido uso que era feito das cautelares, uma vez que, durante certo

tempo e com sustentáculo em parte da doutrina e jurisprudência, era admitida como meio antecipatório dos finais efeitos da sentença, quando, de forma errônea, recebia a denominação *cautelar satisfativa*.

Diante de todas as considerações ora expostas pode-se dizer que a tutela antecipatória atribui um diferenciado e mais lépido tratamento ao direito que esteja sob o risco de lesão.

Essa reforma processual foi aplaudida pela doutrina. Cândido Rangel Dinamarco (1998) afirma que a generalização da antecipação dos efeitos da tutela veio como uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo.

Luiz Guilherme Marinoni (1999), por sua vez, visualiza a tutela antecipada como um corolário do direito à adequada tutela jurisdicional. Entende o jurista que a nova redação dada ao art. 273 fez com que ficasse clara a distinção entre a tutela sumária satisfativa e a tutela cautelar.

Parte da doutrina entende que ocorreu a purificação do processo cautelar, em razão da instituição da antecipação de tutela, não mais se preocupou em discutir a legitimidade das chamadas "*cautelares satisfativas*". Mesmo assim, o tema permaneceu em tela, modificado o foco da discussão. Os juristas passaram a procurar critério técnico e seguro a fim de distinguirem a tutela cautelar da antecipatória.

Com essa reforma, entende Teori Zavasck (1999, p. 45), ocorreu a purificação do processo cautelar que assim readquiriu sua finalidade: a de instrumento para a obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo.

Assim se manifestou o douto doutrinador acerca da nova perspectiva doutrinária:

Bem se vê, com isso, que a inovação no sistema não eliminou o significado da distinção entre medidas cautelares e medidas antecipatórias. Pelo contrário: o tema ganhou absoluta atualidade. Antes da reforma do Código, a pergunta que se fazia era se as medidas antecipatórias podiam ser consideradas medidas cautelares e, assim, ser incluídas no poder geral de cautela do art. 798 (CPC). Após a reforma, a indagação cabível é outra: a de como identificar as medidas sujeitas ao regime do processo cautelar e as subordinadas ao regime do art. 273. O antigo questionamento continua aceso, deslocado tão-somente o seu enfoque: a razão de distingui-las está em que cada uma das espécies de tutela provisória tem regime próprio, inconfundível e, por assim dizer, "infungível", insuscetível de substituição pelo regime da outra.

Ovídio A Baptista (2000, p. 47) entende que embora o legislador tenha feito

alterações que possam ser consideradas como superficiais, a retirada, do interior do processo cautelar, das medidas antecipatórias, teve como mérito inegável à "purificação das tutelas cautelares", ocasionando a transformação do dito procedimento, em um seguimento exclusivo para a tutela de segurança. Sendo assim, conseqüentemente, ocorrerá por parte dos juristas, uma maior preocupação em compreender o que seria tutela antecipada e o que consistiria em cautelar, para poder adequar cada uma das medidas a seu respectivo procedimento.

Chega-se à conclusão de que, agora tem-se a consciência de que com a chegada do artigo 273 à ordem jurídica brasileira, ao lado da tutela cautelar regida pelos seus mais de noventa artigos, existe uma tutela antecipada, a qual pode-se dizer, tem natureza diferente, ou seja, satisfativa.

### 1.3 Segunda reforma do Código de Processo Civil

O sistema jurídico brasileiro tem passado por uma fase de profundas modificações, evoluindo no que tange a efetividade processual e operacionalidade. A nova tonalidade processual caminha em direção à modernização e efetividade das decisões judiciais, por isso é necessário reunir os conhecimentos adquiridos e abraçar as novas tendências do direito processual brasileiro.

O Código de Processo Civil desde seu advento, em 1973, vem sendo objeto de polêmicas discussões alimentadas pelas novas idéias doutrinárias e pela necessidade de adequação às novas exigências da sociedade moderna e de massa.

O processo cognitivo foi o mais reformulado após o direito material civil. Pontificando a reformulação mais incisiva nas tutelas emergenciais que sofreram modificações que as tornaram mais eficazes, através da sua sumarização. A nova tonalidade processual ligada à correta prestação jurisdicional, perpassando a garantida no texto constitucional e alcançada concretamente.

A tendência de sumarização é evidente, ainda mais quando se observa que o nosso Código de Processo Civil é um dos poucos a abrigar sistematização própria para as tutelas emergenciais no mundo. O significado maior é a vitória da verossimilhança sobre a cognição exauriente, em razão do princípio da razoabilidade, economia e instrumentalidade dos atos e formas processuais.

A sumarização do processo de conhecimento e a ampliação do arcabouço



executivo parecem ser os objetivos do direito processual moderno pautado pela perseguição do ideal de justiça através de um procedimental mais elástico, que se amolde melhor aos casos concretos. Sem, no entanto perder a garantia de ordem processual, devendo conservar um mínimo de formalidade necessário ao bom andamento do processo.

Depois da reforma processual de 1994, que introduziu o regime generalizado da antecipação dos efeitos da tutela, a Comissão Revisora, agora dirigida pelos Ministros Sálvio Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, em prosseguimento ao trabalho iniciado e atenta aos problemas da praxe forense, resolveu introduzir novas reformas. As Leis 10.352 e 10.358 de 2001 e a Lei 10.444 de 2002 integram a chamada segunda reforma do Código de Processo Civil, ou, ainda, a reforma da reforma.

Com essa alteração legislativa, o artigo 273 teve dois parágrafos acrescentados e a redação modificada em outro.

Um dos parágrafos acrescentados foi o 6º, em que nele está contido uma importante inovação na disciplina da tutela antecipada, pois através da sua disposição estabeleceu-se um terceiro e distinto mecanismo para a precipitação da eficácia da decisão de mérito ao lado da antecipação de tutela fundada em razão do *periculum in mora* e da outorgável em razão do abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Através desse mecanismo a partir de agora, também em função da exclusiva incontroversa sobre a existência de direito, fica o juiz autorizado a emitir provimento antecipatório.

Apesar dessa inovação importa, principalmente, ao presente estudo a redação trazida pelo novel parágrafo sétimo da referida disposição legal:

§ 7º Se o autor, a título de antecipação dos efeitos da tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (BRASIL, 2006, p. 413).

Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 90) salienta a riqueza sistemática desse novo parágrafo. Aduz que, ao estabelecer a regra da fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, deve-se abrir novos horizontes para a melhor compreensão de ambos os institutos. Assenta que a doutrina que os distingue não foi capaz de perceber o forte traço comum entre eles, preocupando-se em separar muito precisamente as duas espécies do gênero tutela de urgência, tratando-os como estranhos e não como realmente são: “*dois irmãos quase gêmeos (ou dois irmãos quase univitelinos)*”.

José Maria da Rosa Tesheiner (2006) muito apropriadamente confere ao novo

texto legal a condição de tornar praticamente irrelevante a distinção acadêmica entre medidas antecipatórias e cautelares. Segundo o jurista, “cabe o provimento provisório, quer se trate de antecipar os efeitos do provimento definitivo, quer se trate apenas de assegurar-se sua eficácia prática”.

É notória a preocupação em relação à busca da efetividade do processo que a Emenda Constitucional número 45 de 30 de dezembro de 2004 acrescentou aos Direitos e Garantias Fundamentais o inciso LXXVIII, onde instituiu o princípio da razoável duração do processo.

Constata-se que a reformulação do processo de conhecimento com o intuito de torna-lo mais célere e eficiente não se restringe a essas reformas, pois em 2005 e 2006 o código de processo civil passou por outras reformulações através das leis de números: 11.287/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06. Dentre elas merece destaque a 11.232/05 que confronta a divisão clássica da jurisdição (conhecimento, execução e cautela), porque torna o processo um instrumento bifásico, formado por duas etapas, a primeira destinado-se a certificação do direito (conhecimento) e a segunda, após a sentença, a execução do pronunciamento, sem assumir a forma de um novo processo judicial autônomo.

Dessa forma, comprova-se que a intenção do legislador está mais que comprovada, que assenta na afirmação dos princípios da celeridade e efetividade, sem esquecer do novel princípio da razoável duração do processo.

## CAPÍTULO 2 DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELA E TUTELA ANTECIPADA

### 2.1 Poder geral de cautela e “cautelares satisfativas”

O Código *Buzaid* reservou ao processo cautelar Livro próprio. Nele, além de disciplinar diversos procedimentos especiais – alguns sem qualquer natureza cautelar – ficou estabelecido dispositivo que confere ao magistrado o que se chamou de *poder geral de cautela*. Esse poder permite ao juiz determinar medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Esse poder geral justifica-se porque o legislador não poderia prever todas as hipóteses em que bens jurídicos envolvidos no processo estivessem correndo perigo de dano, e muito menos todas as medidas possíveis para evitar que esse dano ocorresse.

Observa Teori Zavascki (1996, p. 40) que a interpretação desse dispositivo acarretou enorme e autorizada discussão doutrinária, principalmente sobre o significado de “*medidas provisórias adequadas*”, isto é, se tais medidas poderiam ser apenas garantias ou se poderiam, também, antecipar o direito material pretendido pela parte.

Várias correntes se formaram a respeito do tema. Galeno Lacerda (1999) inclui as medidas de antecipação provisória no rol de sua classificação das providências cautelares, admite sua concessão via *poder geral de cautela*, pois, para ele, a finalidade do processo cautelar é obter a segurança que possibilite a prestação jurisdicional de conhecimento e de execução. Afirma que, além da segurança mediante antecipação provisória destinada às questões de família, essa segurança pode ser alcançada em notável dimensão, praticamente em todos os setores do direito, através das cautelares inominadas.

Egas Moniz de Aragão (1988, p. 33), em mais uma brilhante exposição, publicada em 1988 na XI Jornada Ibero-Americana de Direito Processual, ao tratar das medidas cautelares inominadas, enfatizou que “a rigor nada impede que a solução final seja desde logo adiantada, através de medida cautelar atípica”, quando houver razoável possibilidade de que o beneficiário do adiantamento seja o vencedor do processo.

A respeito do assunto tem-se o posicionamento de Greco Filho (2000, p. 157):

Se o poder cautelar é amplo, não é, porém, ilimitado ou arbitrário. Deve-o

manter-se nos estritos termos da essência das medidas cautelares, qual seja a da provisoriedade, a proteção direta ou indireta a um direito que pode ser deferido no futuro e a sua real necessidade.

Não pode, pois, o juiz, ao deferir medidas cautelares, quando da mesma natureza do pedido principal, ultrapassar os limites máximos do próprio direito hipoteticamente a ser concedido, nem antecipar a execução para ganhar tempo da satisfação do possível credor, nem violar a coisa julgada.

Humberto Theodoro Júnior (2005) nesse sentido entende que, a tutela cautelar não tem o caráter de antecipação provisória da satisfação do direito material, as decisões que antecipassem a entrega da prestação do direito seriam satisfativas e, por conseguinte, não condizentes com a natureza da medida cautelar. Conforme o pensamento desse autor, o processo cautelar tem por finalidade apenas garantir a utilidade e eficácia de futura prestação jurisdicional.

Não se poderia deixar de analisar o posicionamento de Ovídio A. Baptista da Silva (2000, p. 17). Aponta que a tutela cautelar é substancialmente diferente da antecipatória. Dentro dos conceitos formulados, desenvolve a idéia de que aquelas são medidas de “segurança para a execução”, ao passo que essas são medidas de “execução para segurança”. Combate o sistema tradicional positivado no Código de Processo Civil. Aduz que a tutela cautelar não é digna de ser acessória de outro processo, pois tem autonomia funcional completa, cabendo tutelar uma pretensão específica, isto é, uma pretensão propriamente cautelar. Esse direito substancial à cautela tem como finalidade a proteção jurisdicional ao direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, sempre através de medidas conservativas e temporárias.

Essa celeuma doutrinária veio a refletir na jurisprudência. Gradualmente os Tribunais passaram de uma linha de orientação radicalmente posicionada a rejeitar as medidas cautelares antecipatórias (satisfativas) para outra, oposta. A ação passou a ser aceita, não apenas como instrumento para a obtenção de medidas para garantia do resultado útil do processo, mas também para alcançar tutela de mérito relativa a pretensões que reclamassem fruição urgente.

De fato, conforme assevera Luiz Guilherme Marinoni (2002, p. 210), a morosidade da prestação jurisdicional, aliada à ineficiência do procedimento ordinário, acabou por transformar o artigo 798 do Código de Processo Civil em autêntica “válvula de escape”.

Com base no *poder geral de cautela*, foram deferidas medidas liminares que antecipavam os efeitos da sentença, entregando, portanto, antecipadamente o bem material em

litígio. Além disso, por diversas vezes, satisfaziam de forma irreversível o direito do requerente, dispensando-o do ingresso da ação principal. Essas liminares fundavam-se nos requisitos próprios da tutela assecuratória, sendo denominadas “cautelares satisfativas”.

Atento a esse posicionamento Ovídio A. Baptista (2000, p. 90), afirma que com a inserção das chamadas “cautelares satisfativas” o legislador chocou-se com um problema grave, qual seja o da irreversibilidade dos efeitos de algumas liminares, onde se ocasionava, conseqüentemente, a dispensa por parte do autor do ônus de ingressar com a posterior ação dita principal. Essa dispensa vem a confrontar a qualidade instrumental dos processos cautelares.

Em um dos diversos exemplos ilustrados pelo autor, percebe-se a satisfação irreversível e a conseqüente impossibilidade de se retornar ao *statu quo ante* que dispensam o requerente de postular noutra ação, dita principal. Vejamos suas palavras no que se refere às ações cautelares destinadas a liberar os cruzados retidos pelo Governo Federal:

Em verdade, bem examinadas as coisas, a decisão que, sob a forma liminar, houvesse ordenado a liberação dos *cruzados*, nas circunstâncias descritas, constitui desenganadamente uma sentença de mérito, que nem mesmo é provisória. Com efeito, a entrega do numerário reclamada pelo autor é, sem dúvida, definitiva e, além disso, escudada em *juízo declaratório*, sobre a inconstitucionalidade da medida governamental, determinante da retenção dos *cruzados*. Além disso, os efeitos dessa liminar são definitivos e *irreversíveis*, pois o bem jurídico que a União Federal, no caso, pretenda proteger (o recrudescimento do processo inflacionário) estaria irremediavelmente comprometido por essa sentença liminar. Uma demanda posterior que declarasse legítimo o bloqueio e ordenasse a restituição do numerário ao Banco Central não faria o menor sentido, dado que as conseqüências do provimento liminar seriam irreversíveis. E nem se diga que a retenção dos *cruzados*, além de inconstitucional, teria sido inócua como instrumento de combate à inflação. (SILVA, 2000, p. 90).

O jurista demonstra que nesses casos de irreversibilidade, a única saída que resta a parte, prejudicada pelo deferimento da medida liminar satisfativa, seria buscar a indenização por perdas e danos.

Atualmente, a expressão “cautelar satisfativa” assumiu, perante a doutrina nacional, caráter de impossibilidade científica. Essa repulsa à satisfação material através de medidas cautelares está relacionada com o objeto atribuído à função cautelar.

Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 93), em obra fundamental a esse estudo, representa claramente o pensamento da doutrina majoritária sobre a questão:

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um

direito, não podendo realizá-la. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “*satisfativa sumária*”. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou a referência a direito, não há direito acautelado.

As medidas cautelares ultrapassavam sua finalidade de garantir a viabilidade de futura prestação jurisdicional, sendo usadas com fim satisfativo e, muitas vezes, sendo admitidas decisões irreversíveis que esgotavam a possibilidade de posterior proposição de ação principal, afastando, portanto, o caráter instrumental dos processos cautelares.

Nesse contexto, o Legislador introduziu no Código de Processo Civil a chamada tutela antecipada ou a antecipação dos efeitos da futura sentença de mérito.

## 2.2 Doutrina da distinção “total” entre a tutela cautelar e a tutela antecipada

Em busca do aperfeiçoamento do processo, através da correta utilização dos seus institutos, no caso, a tutela cautelar e a antecipatória, a doutrina tratou de apartar essas duas modalidades processuais utilizando rígidos conceitos técnicos.

No propósito de se demonstrarem as diferenças entre as tutelas cautelar e antecipatória, grandes vultos do Processo Civil Brasileiro divergem substancialmente, principalmente no que tange a identificação das características da tutela cautelar, o que, assim, compromete os parâmetros utilizados para a distinção com a tutela antecipada.

Informa Alcides Munhoz da Cunha (2001, p. 55) que uma parte significativa dos processualistas “radicalizou”, restringiu à tutela cautelar apenas as medidas de caráter conservativo, ampliando, por sua vez, “o conceito ainda difuso para a maioria dos operadores do direito sobre tutela cognitiva sumária de direito subjetivo para abranger as medidas antecipatórias *tout court*”.

Luiz Guilherme Marinoni (2001), ao defender a importância da distinção entre as duas tutelas, procurou tecnicamente explicar essa diferenciação. Para ele, a tutela cautelar objetiva assegurar o resultado útil do processo, sendo, portanto, caracterizada por sua instrumentalidade diante do chamado processo principal. Deve, ainda, ser realizada através de medidas provisórias, porquanto deferidas mediante cognição sumária, em razão de situação de

urgência. De outra banda, afirma que no plano do direito material, a tutela antecipada também se reveste do caráter provisório e se realiza mediante cognição sumária, uma vez presente a urgência em sua concessão. Entretanto, essa concede ao autor o que ele espera obter com o processo de conhecimento, isto é, realiza o direito material de forma antecipada.

Nesse sentido, assevera que a realização do direito material, ainda que com base em cognição sumária, dotada de caráter provisório, e, ainda que não se vislumbre a constituição da coisa julgada material, não pode ser conceituada como tutela cautelar; “evidentemente, essa tutela não pode ser definida a partir da característica da instrumentalidade”.

Com esses conceitos, o jurista nega a existência de caráter cautelar nas medidas antecipatórias. Afirma que essas, mesmo que caracterizadas pela provisoriedade, não se revestem de instrumentalidade, uma vez que satisfazem o direito material posto em questão, enquanto que “a tutela cautelar não pode satisfazer, mesmo que provisoriamente, o direito acautelado”.

Teori Zavascki (1999, p. 56) conclui que são espécies de tutela provisória, mas que são tecnicamente distintas, apresentando seis principais caracteres peculiares, que merecem transcrição:

- a) sujeitam-se a regimes processual e procedimental diferentes: a cautelar é postulada em ação autônoma, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; a antecipação é requerida na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, observados os requisitos do regime geral previsto no art. 273 (CPC);
- b) a medida cautelar é cabível quando, não sendo urgente a satisfação do direito, revelar-se, todavia, urgente garantir sua futura certificação ou sua futura execução; a medida antecipatória tem lugar quando urgente é a própria satisfação do direito afirmado;
- c) na cautelar há medida de segurança para a certificação ou segurança para futura execução do direito; na antecipatória há adiantamento, total ou parcial, da própria fruição do direito, ou seja, há, em sentido lato, execução antecipada, como um meio para evitar que o direito pereça ou sofra dano (execução para segurança);
- d) na antecipatória há coincidência entre o conteúdo da medida e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor; na cautelar o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva;
- e) o resultado prático da medida antecipatória é, nos limites, dos efeitos antecipados, semelhante ao que se estabeleceria com o atendimento espontâneo, pelo réu, do direito afirmado pelo autor; na cautelar, o resultado prático obtido não guarda relação de pertinência com a satisfação do direito e sim com sua garantia;
- f) a cautelar é medida habilitada a ter sempre duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra de mesmo conteúdo ou natureza (isto é, por outra medida de garantia), razão pela qual a situação fática por ela criada será

necessariamente desfeita ao término de sua vigência; já a antecipatória pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, a sentença final de procedência, cujo advento consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação.

Márcio Louzada Carpena (2003, p. 105) aduz que, além da finalidade (assegurar e satisfazer) e de procedimentos diversos (processo autônomo e incidente ao processo principal), há diferença quanto aos requisitos legais necessários para a concessão da tutela cautelar e da tutela antecipada. Observa o estudioso:

A tutela cautelar não se confunde com a tutela antecipada, e os requisitos para a procedência delas, ao contrário do que tem disposto parte da doutrina, não são os mesmos nem se equivalem. Como já se concluiu precedentemente, para a concessão da tutela antecipada se requer prova mais robusta e expressiva do que a exigível no processo cautelar. A diferença entre os graus de exigibilidade, pois, enquanto em um se pretende tão somente a garantia, a segurança, no outro se espera verdadeiramente o adiantamento do bem da vida pretendido.

Outrossim, enquanto a tutela cautelar caracteriza-se por não coincidir com a consequência jurídica do direito material, de forma que não se tornará apta a converter-se em situação consolidada quando da decisão final, diferentemente com que acontece com a concessão tutela antecipada, a qual com a sentença de procedência do pedido firmado na inicial, apenas restará confirmada. Dessa forma a medida cautelar terá sempre um limite temporal, persistindo apenas enquanto existir o estado de perigo a qual visa impedir, uma vez que não consistirá no objeto da tutela definitiva e jamais poderá adquirir a indiscutibilidade que dá permanência a coisa julgada material.

No processo cautelar, a prevenção do dano dá-se sem interferência do plano do direito material, nele não se verificando efeito antecipado da futura sentença de mérito. A ordem cautelar atua no plano sensível com caráter puramente *conservativo*, destinada apenas a garantir o resultado útil da função de conhecimento ou de execução. O arresto, por exemplo, mantém apenas a integridade do bem para servir de garantia à futura execução de crédito. Não avança qualquer ato de natureza executiva, limitando-se a conservar o bem para, no momento oportuno, resolver-se em penhora, esta sim ato serial da execução forçada porque preordenada à realização prática do direito. Inexiste, pois, adiantamento de efeito executivo, nem eficácia mitigada condenatória, apenas ordem de caráter conservativo. De modo nenhum o provável direito de crédito é satisfeito ou mesmo reconhecido.

Já na hipótese do art. 273 não basta apenas conservar para afastar a



insatisfação decorrente do estado antijurídico, mostrando-se necessária à *antecipação*, parcial ou total, dos próprios efeitos materiais da sentença a ser proferida no processo de conhecimento. A natureza do *periculum in mora* constitui-se, nesse caso, não pelo temido desaparecimento dos meios necessários à formação e execução da providência principal, e sim, precisamente, pela permanência do estado de insatisfação do direito, objeto do futuro juízo de mérito, receio de lesão este que só pode ser prevenido com a antecipação dos efeitos da própria sentença final. De que vale, *e.g.*, garantir a futura execução do crédito de alimentos, se durante o decurso normal do procedimento o credor dos alimentos continua passando fome? De que adianta impedir a alienação do imóvel lindeiro ao prédio encravado, se o proprietário não obtém passagem para a rua? Assim, a par da eficácia *mitigada* condenatória, constitutiva e declaratória, mostra-se indispensável adiantar algum efeito *mandamental* ou *executivo*, operante desde logo no mundo sensível. Não há que se confundir o deferimento de uma tutela que vise a simples segurança de um direito daquela que de certa forma estará concedendo o pedido formulado na inicial.

Dessa forma, embora cautela e antecipação trabalhem com a urgência, buscando a prevenção do dano decorrente da demora do curso do processo de conhecimento ou de execução, não há como afastar a manifesta diversidade da natureza do receio de lesão.

Insta salientar, todavia, que nem mesmo a tutela de cognição sumária satisfativa tem o condão de esgotar o objeto da ação, eis que o adiantamento dos efeitos da sentença proporcionados por esta são meramente provisórios, ou seja, sempre haverá um risco de o primeiro procedimento (sumário) não restar confirmado, sendo anulados ou modificados seus efeitos.

Na tutela cautelar, a urgência, traduzida pelo perigo na demora é uma das tônicas principais. A tutela antecipada nem sempre exige a urgência.

Nelson Nery Junior (1999, p. 385) chama a atenção para este detalhe dizendo:

Nem sempre a tutela antecipada tem como móvel a urgência (CPC 273 I), pois pode ser concedida quando houver abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC 273 II), que nada tem a ver com a urgência, mas sim com a *efetividade do processo*, como forma de garantir ao autor os efeitos da tutela pretendida pelo simples fato de o réu estar se utilizando do processo com propósito protelatório. Daí porque o instituto brasileiro é singular [...].

Outra distinção presente na doutrina diz respeito ao procedimento utilizado em cada uma das medidas. Embora guarde relação de instrumentalidade com o pleito principal, a

medida cautelar possui autonomia procedimental, eis que é processada em autos apartados, o que, inclusive, a diferencia da antecipação de tutela, uma vez que esta é requerida no próprio bojo do processo principal. Ressalte-se que tal autonomia não afastará a acessoriedade característica dos provimentos cautelares, pois enquanto aquela diz respeito à estrutura processual, esta envolve a própria essência e finalidade do processo cautelar, qual seja a de servir de instrumento que assegure o resultado útil da demanda principal, através da prevenção de provável perigo.

Propositada, a respeito destas distinções, a advertência de Reis Friede, quando afirma:

Alguns autores têm, com excessiva (e preocupante) frequência, confundido, entre si, os diferentes institutos da *tutela antecipada* (de nítida feição cognitiva de jurisdição própria, com incontestabilidade referencial extrínseca – material), índole meritória, satisfatividade finalística, intuito exauriente (ainda que, na hipótese, com grau relativo, e cognição sumária não-urgente), e da *tutela cautelar* (de nítida feição acautelatória de jurisdição imprópria, com incontestabilidade referencial intrínseca – processual), índole não meritória, cautelaridade referencial, intuito não-exauriente (e cognição sumária urgente), contribuindo, sobremaneira, neste especial contexto, para o efetivo estabelecimento de uma aparente (e, neste particular, equivocada) *similitude* entre ambos os institutos processuais [...].

Acolhendo essa linha de raciocínio, os Tribunais passaram a inadmitir a eleição de procedimento cautelar ao invés do procedimento referente à tutela antecipada, justificando, assim, a extinção do processo cautelar que possuía natureza satisfativa.

Somente como ilustração, em julgamento de Apelação Cível, o Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assentou que:

Após as alterações do artigo 273 do CPC, pela Lei nº 8.952/94, as ações cautelares retornaram para seu leito normal, não se justificando mais a inadequada utilização do procedimento cautelar pela ausência do instituto da antecipação da tutela no processo de conhecimento, que era tolerada pela jurisprudência. (BRASIL, 2002).

Assim, alguns processos cautelares supostamente inadequados foram extintos sem julgamento do mérito.

Não obstante a permissão legal referida, importa ressaltar que a extinção do processo, ainda mais quando referente à tutela de urgência, causa transtorno ao jurisdicionado, bem como, possivelmente, causará prejuízos reflexos.

De outra banda, oportuno mencionar a questão da satisfatividade nas ações cautelares inominadas de sustação de protesto, uma vez que parte da doutrina defende a tese de que a sustação de protesto consiste em uma medida antecipatória da decisão final de mérito, dotada de caráter satisfativo. Neste cerne, aqueles que são contrários à referida tese, entendem que só haveria satisfatividade se a ação principal fosse uma ação de sustação de protesto, ao passo que, em outras demandas, como a de rescisão contratual, por exemplo, o protesto levado a efeito é fato externo à lide, de modo que o deferimento da sustação não abrevia o lapso temporal, quanto menos executa provisoriamente a decisão final de rescisão do contrato.

Observa Araken de Assis (2000, p. 52) que “existem casos em que a natureza da medida é duvidosa”. Toma-se como exemplo o caso clássico da ação que vise sustar o protesto de título cambial. Essa demanda encontra-se na chamada zona cinzenta, onde não se mostra evidente se sua natureza tem caráter conservador ou antecipatório.

Ensina o autor que, dependendo da alegação do obrigado, a sustação de protesto vai ser revestida de natureza cautelar ou antecipatória.

Quando a alegação do obrigado recair sobre a obrigação cambial (pagamento, prescrição) ou sobre a invalidade ou a inexistência do vínculo cambiário, existirá outra matéria a ser objeto do processo principal, adquirindo a sustação caráter cautelar. Por outro lado, caso a alegação do obrigado verse sobre a ilegalidade do protesto, seja por ter sido realizado antes do prazo, por oficial incompetente ou proibido por lei, o mérito da demanda consistirá exatamente no direito de protestar o título, sendo cabível, portanto, antecipação de tutela frente à satisfação da medida que sustaria o protesto.

Ao invés, Teori Zavascki (1999, p. 54) assenta que a medida de abstenção, de sustação, de suspensão de atos ou comportamentos tem caráter antecipatório e não cautelar. Afirma que o mandado de abstenção terá natureza antecipatória sempre que a abstenção seja um “comportamento que o réu tenha de adotar em caráter definitivo se a sentença julgar procedente o pedido do autor, ou, em outras palavras, sempre que a abstenção constituir comportamento correspondente ao da satisfação espontânea do direito pleiteado”. E continua o jurista:

[...] não é cautelar porque não se destina nem a garantir a certificação do direito, nem a sua execução. E é antecipatória porque o não-protesto do título (a) é comportamento que o réu assumiria naturalmente se se dispusesse a atender o direito afirmado pelo autor; (b) é resultante material do direito certificado pela sentença; (c) é efeito de uma situação jurídica que o autor da demanda quer ver como eficaz não apenas pelo tempo de duração do

processo, mas consolidada definitivamente.

Nesse caso entende-se que seria mais adequado o posicionamento adotado por Araken de Assis, pois, aqui, se estaria diante de um caso, onde o mérito da chamada ação principal consistirá exatamente no direito de protestar o título, sendo assim, estaríamos diante de uma antecipação de tutela. Com isso, observa-se que dependerá da alegação do obrigado, para chegar a uma conclusão se se trata de cautelar (assecuratória) ou antecipação de tutela (satisfatória).

Nessa perspectiva, o jurisdicionado não poderia ficar à espera do que o juiz ou Tribunal vai entender sobre a questão e, pior, ver sua ação urgente extinta, sem julgamento do mérito, por fundamentos meramente formais.

Nesse sentido, Araken de Assis (2000, p. 54), preocupado com o lastimável formalismo, desenvolve primordialmente o que chama de fungibilidade entre as tutelas de urgência atípicas, cautelar e antecipatória. Para ele, “quem pode o mais – satisfazer -, há de poder o menos – assegurar”, razão pela qual não vê incompatibilidade no deferimento de medida que determine a sustação do protesto, seja requerida incidentalmente, seja autonomamente.

Sendo assim, desimportará se a sustação de protesto fora requerida a título de antecipação de tutela, quando na verdade seu caráter é de medida cautelar, pois será deferida igualmente no bojo do processo de conhecimento. Ou seja, apesar de sua cautelaridade inerente, poderá seguir a via procedimental da medida satisfativa.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1998, p. 21) aduz:

“Todavia, embora não da mesma espécie, tutela cautelar e antecipatória compartilham do mesmo gênero, gênero esse destinado à prevenção do dano ao provável direito da parte, mediante ordens e mandamentos que interfiram desde logo no plano sensível. Se a palavra “cautelar” e o próprio conceito aí implicado revelam-se impróprios para designar o novo gênero de função jurisdicional, a questão se transfere ao terreno puramente terminológico, parecendo bastante adequado falar-se em tutela de urgência, a exemplo da elaboração doutrinária italiana (que, todavia parte de outros pressupostos legais e doutrinários). Significa dizer que a tradicional classificação tripartida, de longa data consagrada na doutrina brasileira – processo de conhecimento, de execução e cautelar –, deve evoluir para a adoção de conceito mais abrangente e pertinente, mudando-se o último termo da equação para “processo de urgência”.

Esse entendimento vem a corroborar os ideais de efetividade e instrumentalidade do processo. Mesmo assim, parte da jurisprudência continuou ligada ao

rigor técnico, afastando a fungibilidade e praticando o excessivo apego à forma que acarreta inúmeros prejuízos aos jurisdicionados.

É chegado um novo momento metodológico do direito processual: a chamada fase instrumentalista. Agora, o apego à técnica ou a fenômenos endoprocessuais, características da fase autonomista, não condiz com a realidade que visualiza no processo um instrumento para a realização do direito material, isto é, que aspira a uma justiça célere, eficaz e efetiva.

### 2.3 O enfraquecimento da segurança jurídica em prol da efetividade processual

Buscando a melhoria do ordenamento jurídico brasileiro, a tendência ao longo do tempo, vem sendo a de criar meios para que o processo possa gerar resultados mais rápidos, garantindo às pessoas a tutela jurisdicional mais efetiva e eficaz.

A ocorrência constante de sérias injustiças no curso de inúmeras demandas, face à lentidão do procedimento ordinário, o que por vezes tornava os pleitos judiciais inúteis, fora a principal motivação na busca por meios que efetivassem concretamente o processo cognitivo. Pode-se afirmar que houve uma evolução na técnica de sumarização, ao passo que, inicialmente, utilizava-se a tutela cautelar como forma de obter uma prestação jurisdicional efetiva, e, apesar dos equívocos em decisões que se tornavam irreversíveis, foi, por diversas vezes, responsável por decisões mais justas e aproveitáveis.

Entretanto, hoje seria um retrocesso não admitir as diferenças existentes entre as medidas antecipatórias e cautelares, de modo que, em termos de efetividade e, inclusive, celeridade e economia processual, a tutela antecipatória mostra-se indispensável quando o que se busca é a satisfação do direito material, ou seja, do bem da vida pretendido com a ação de conhecimento, enquanto que, a cautelar, mostrar-se-á útil apenas nos casos em que se necessita proteger ou resguardar determinado direito, destinando-se exclusivamente a salvaguardar o resultado eficaz do processo principal.

Por outro lado, cumpre salientar a importância de uma prestação jurisdicional adequada às necessidades das partes, seja ela satisfativa ou cautelar, pois, ao requerente desimportará a natureza da tutela pretendida, sendo relevante apenas que lhe seja dada uma resposta à situação conflitiva em que está envolvido, eis que, esta é a função do Estado, surgida no momento em que proibiu a autotutela. A partir desta reflexão é que se passou a

questionar a capacidade do procedimento ordinário em atender concretamente às várias situações, as quais exigem uma forma particular de tutela, não sendo, desta forma, mais permitido que o Estado se negue a prestar a tutela antecipatória em prol da segurança jurídica, bem como do formalismo inerente ao processo cognitivo.

Sempre que tiver presente situações em que o direito a segurança jurídica não puder conviver, harmônica e simultaneamente, com o direito a efetividade da jurisdição, ter-se-á caracterizado hipótese de colisão de direitos fundamentais dos litigantes, a reclamar solução harmonizadora. Ora, a harmonização não pode se dar, simplesmente, a custa da eliminação de um dos direitos colidentes. A solução conformadora deve ocorrer de modo a que todos os direitos colidentes sobrevivam, senão de modo absoluto, pelo menos, relativizados.

O equilíbrio na balança da justiça, dos princípios fundamentais da efetividade e da segurança jurídica é imprescindível para o bom funcionamento do sistema responsável pela prestação da tutela jurisdicional. Não adianta a segurança através de uma prestação jurisdicional plena e exauriente, se durante o longo e demorado procedimento dessa tutela já ocasionara, irremediavelmente, uma lesão ao direito da parte.

O ponto fundamental de colisão entre a efetividade e a segurança jurídica, segundo Roberto Amelin (1997, p. 434), estaria situada no fator tempo, pois, seguindo seu entendimento, esse fator seria, de um lado, necessário a segurança jurídica, de outro, seria letal a efetividade da jurisdição.

A ordem atual insurge-se pela ponderação, que consiste no conteúdo do princípio da proporcionalidade, sendo este, na verdade, o melhor instrumento de avaliação do Julgador ao sentir-se dividido por qual direito fundamental a ser adotado. Pondera-se que, a idéia de efetividade, sob a perspectiva chiovendiana, em que o instrumento técnico se destina a fazer atuar a vontade da lei para resolver os conflitos de interesses ou garantir o bem da vida, não se coaduna com as nossas modernas necessidades, mostra-se insuficiente.

Com isto, a nova tendência é no sentido de que o princípio constitucional do segurança jurídica deva estar intimamente relacionado ao direito à efetividade jurisdicional, de maneira tal, que o legislador deva prever meios que permitam estruturar o sistema processual de modo a proporcionar a efetividade dos direitos. Em outras palavras, a tutela a ser prestada ao autor não mais arcará com os fatores negativos inerentes ao processo ordinário, especialmente no que tange à espera por uma cognição exauriente, ao passo que, os procedimentos é que deverão se adequar às necessidades do demandante, em pura atenção ao princípio constitucional da efetividade. Denota-se disto a importância da tutela antecipatória,

eis que, ao afastar os riscos da demora e o perigo de irreversibilidade, afigura-se como importante elemento do devido processo legal.

Existem dispositivos na legislação que utilizam terminologia fluida e de conteúdo genérico ("fundado receio", "lesão grave", "difícil reparação", "abuso do direito de defesa", manifesto propósito protelatório") que nada mais fazem senão descrever situações de possíveis confrontos entre a efetividade e a segurança jurídica, com isso abre-se campo para que o juiz formule, ele próprio, caso a caso, a solução mais adequada a manter vivos e concretamente eficazes os dois direitos fundamentais.

Tudo no mundo do Direito nos leva a interpretação. Paulo Nader (2001, p. 254) assevera que a efetividade do Direito depende, de um lado, do técnico que formula as leis, decretos e códigos e, de outro lado, da qualidade da interpretação realizada pelos aplicadores das normas, salienta que para haver uma boa interpretação exige-se do aplicador, além de conhecimento técnico, uma gama de condições pessoais, principalmente probidade, serenidade, equilíbrio e diligência.

Não restam dúvidas de que, neste contexto, os poderes conferidos ao juiz acabam por ser largamente ampliados, entretanto, não há que se olvidar de que o mesmo não poderá agir em discordância com valores inerentes à sociedade, os quais acabam por ser representados pelas normas vigentes. Portanto, cabe também ao legislador atualizar-se quanto às necessidades sociais, a fim de impedir que decisões, muitas vezes justas e eficazes, deixem de ser tomadas por serem consideradas arbitrárias e em desconformidade com a norma legal.

Acertadamente, a par disso, inferiu Eduardo Mello de Mesquita (2002, p. 268) que "nessa contingência em que se viu o legislador, outro não poderia ser o caminho a seguir, senão uma maior atribuição de responsabilidade ao julgador para que pudessem, juntos, realizar a *ordem jurídica justa*".

Entretanto, há que se ter cautela quanto aos limites para a utilização dos referidos mecanismos, pois os riscos de banalizar-se a utilização equivocada da tutela antecipada são grandes, considerando a necessidade de efetivar-se o processo, o que pode vir a desvirtuar o instituto.

## CAPÍTULO 3 FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

### 3.1 Principais problemas na interpretação do parágrafo sétimo do artigo 273 do Código de Processo Civil

A fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipatória, prevista no novel § 7º do artigo 273 do diploma processual civil pátrio, vem ocasionando na doutrina e nos Tribunais interpretações diversas. Existe forte debate sobre a possibilidade inversa, a de ser deferida medida antecipatória quando requerida via processo cautelar, além das questões procedimentais decorrentes de sua aplicação.

Primeiramente, cabe identificar quais os fatores que interferem na interpretação do novo dispositivo de lei. Isso porque, identificando-os, mais facilmente será possível visualizar uma melhor solução para os problemas deles decorrentes.

Cândido Rangel Dinamarco (2002) preocupado com a busca insistente pela separação técnica entre as duas tutelas recomenda um tratamento semelhante para elas, afastando, dessa forma, o rigor formal que impede a realização de direitos urgentes.

José Carlos Barbosa Moreira (1996, p. 201) questiona a validade e a importância da distinção. Esse jurista, sempre coerente e preocupado com a prática forense, teceu comentários fundamentais sobre a questão da distinção rígida entre as tutelas de urgência e seus efeitos no mundo jurídico. Tamanha a lucidez e a clareza com que encarou o tema transcreve-se suas palavras:

Não é nisso que podemos encontrar um critério para estabelecer distinção perfeitamente nítida entre a tutela antecipada e a tutela cautelar. Não sei se vale a pena, aliás, insistir nessa preocupação de traçar uma linha divisória, absolutamente rígida, que separe esses institutos, como se se tratasse de compartimentos estanques, de fronteiras sem poro.

De um tempo para cá, venho tendendo a convencer-me de que, por muitas vezes, esse tipo de preocupação é fútil, porque no Direito, como na vida, as distinções nem sempre refletem contraposições; o Direito e a vida são realidades que se desenvolvem e se estruturam gradualmente, sem essa obsessão por muros opacos que separem, de maneira radical, um compartimento do outro. A própria ciência processual reconhece hoje que muito do que se tentou fazer em matéria de distinção rigorosa, de quase que separação absoluta entre institutos, na verdade, constituía uma preocupação metodologicamente discutível e, em certos casos, francamente equivocada, porque há sempre uma passagem gradual de uma realidade a outra, e quase sempre se depara uma espécie de zona de fronteira, uma faixa cinzenta, que



nem o mais aparelhado cartógrafo saberia dizer com precisão em qual dos dois terrenos estamos pisando.

Tanto a cautelar como a antecipatória se destinam ao mesmo fim, o de evitar o dano, bem como são estruturadas de maneira igual, uma vez que provisórias e passíveis de modificação ou revogação a qualquer tempo. Ambas são concedidas em face de cognição sumária, embora se possa exigir maior intensidade nos requisitos em uma do que em outra. Por isso pode-se dizer que poderiam ser elencadas em um só gênero, pois como visto percebe-se que existem mais semelhanças do que diferenças, entre as principais delas a busca em assegurar o resultado útil do processo em casos de urgência.

Compartilha do mesmo entendimento Bedaque (1998, p. 298) ao considerar que tanto a tutela conservativa como a tutela antecipada realizam o mesmo fim, qual seja, “o de eliminar a colisão entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição”. Diante de tantas semelhanças, conclui que ambas as tutelas são cautelares em sentido amplo, pois, na realidade, as duas se destinam a assegurar o resultado útil do processo, sendo, portanto, espécies do mesmo gênero.

Seguindo o mesmo caminho, Eduardo Talamini (2003, p. 25) afirma que a tutela antecipada enquadra-se no conceito amplo de tutela cautelar. Em suas palavras:

Embora a antecipação implique, desde logo, a realização prática, parcial ou total, daquilo que seria gerado pela tutela final, mantém-se instrumental a esta – estando-lhe funcional e estruturalmente vinculada. Antecipam-se os efeitos do provimento definitivo precisamente para evitar que este venha a ser inócuo. Vale dizer, antecipa-se para acautelar. Nessa ordem de idéias, a antecipação de tutela só assumiria feição essencialmente distinta da providência cautelar se tivesse o condão de vir a se tornar, por si só, definitiva, desde logo ou caso o réu não desse início a um processo de cognição exauriente ou o deixasse extinguir-se sem julgamento do mérito (a exemplo do que ocorre nas formas de tutela provisional *ex art. 888*, ou – fora do campo das medidas de urgência – com a tutela monitoria).

Em interessante estudo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1998, p. 25) tentou inserir a tutela antecipada no quadro geral da função jurisdicional. Para tanto, procurou afastar a idéia do provimento antecipatório como medida cautelar, tentando aproximá-lo da função cognitiva ou da função executiva. Concluiu frustrada sua tentativa de afastamento, em razão da semelhança entre a tutela antecipada e a cautelar.

Importa dizer que o principal fundamento que a doutrina abraça para distinguir as espécies da tutela de urgência é justamente a afirmação de que a primeira assegura uma pretensão, enquanto a outra realiza de imediato essa pretensão. Conforme o autor, essa

constatação “não subministra material suficiente para o enquadramento da tutela antecipatória na classificação tripartite tradicional: tutela de conhecimento, de execução e cautelar”.

Nessa perspectiva, apresentam-se semelhanças fundamentais que os juristas preocupados com a purificação do processo cautelar deixam de visualizar.

Continua o jurista, ao observar do ângulo da finalidade, que a tutela que antecipa os efeitos da sentença de procedência tem inteira afinidade com a tutela cautelar “porque atua apenas na função da garantia do provimento definitivo: a sua principal e confessa finalidade estampa-se no prevenir o dano, e não reconhecer o direito ou realizá-lo praticamente”.

Sob a perspectiva dos graus de cognição, afirma que o processo de conhecimento demonstra a excelência da cognição, e a execução se vale de pressuposto de relativa certeza, enquanto a tutela antecipatória, assim como a tutela cautelar, trabalha com o juízo de verossimilhança e probabilidades.

Quanto à eficácia e aos efeitos da providência antecipatória, ressalta que, assim como a providência de ordem cautelar, verifica-se ontológica e estruturalmente provisória e instrumental. Essa provisoriedade não aparece no provimento de mérito do processo de conhecimento, tampouco nos atos expropriatórios pertinentes ao processo de execução.

Após apresentar outros argumentos contundentes e robustos que afastam a tutela antecipatória da função cognitiva e da função executória, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira acaba por sugerir a adequação do processo cautelar como “processo da tutela de urgência”, identificando semelhanças tais que, comportam a afinidade entre essas duas tutelas – cautelar e antecipatória:

Tudo o que foi dito até agora evidencia com clareza suficiente, a nosso ver, a impossibilidade de agrupar a tutela antecipatória ao processo de conhecimento ou de execução, mormente em face de sua afinidade com o processo cautelar, do qual compartilha a mesma estrutura, embora não o mesmo efeito jurídico. Aliás, o efeito jurídico, que aproxima a tutela antecipatória do verbo satisfazer e a cautelar do verbo assegurar, é que realmente as diferencia, impedindo possam ser consideradas da mesma espécie. Todavia, embora não da mesma espécie, tutela cautelar e antecipatória compartilham o mesmo gênero, gênero esse destinado à prevenção do dano ao provável direito da parte, mediante ordens e mandamentos que interfiram desde logo no plano sensível. Se a palavra “cautelar” e o próprio conceito aí implicado revelam-se impróprios para designar o novo gênero de função jurisdicional, a questão se transfere ao terreno puramente terminológico, parecendo bastante adequado falar-se em tutela de urgência, a exemplo da elaboração doutrinária italiana (que todavia parte de outros pressupostos legais e doutrinários). Significa dizer que a tradicional classificação tripartida, de longa data consagrada na doutrina

brasileira, - processo de conhecimento, de execução e cautelar – deve evoluir para a adoção de conceito mais abrangente e pertinente, mudando-se o último termo da equação para “processo da tutela de urgência”. Sempre, porém, deve se ter bem presente a impossibilidade de modelos puros e “anti-sépticos”, entalhados na mais rigorosa lógica formal e por essa razão imunes à vida e suas complexidades.

Sendo assim, alguns estudiosos entendem que a tutela cautelar e a tutela antecipada, por existirem mais semelhanças do que diferenças, fazem parte de um mesmo gênero, o das tutelas de urgência, com isso as normas de regulamentação contidas no Livro III do Código de Processo Civil poderiam ser utilizadas para regular a tutela antecipada, exceto naquilo que forem incompatíveis.

Cândido Rangel Dinamarco (2001) assenta que, por serem ambas tutelas do mesmo gênero e estarem tão intimamente relacionadas, poder-se-ão aplicar as disposições contidas no Livro III do Código de Processo Civil à tutela antecipada.

Também Eduardo Talamini (2003, p. 26) sustenta um regime jurídico único que regulamente as tutelas de urgência. Assevera que sua identificação é tamanha que as determinações expressas no Livro III do Código de Processo Civil devem regular, também, as medidas antecipatórias, exceto nos aspectos em que as duas providências se diferenciam. Em seus exemplos, “a regra que impõe a responsabilidade objetiva do requerente da providência cautelar (art.811) é aplicável à antecipação de tutela”. Ao contrário, exemplos de medidas que não se aplicam são aquelas que se referem à autonomia do processo cautelar (artigos 801, 802, 803, 806 e 808, I do CPC).

Ensina, ainda, que o disposto nos artigos que regulam a antecipação de tutela (artigos 273 e 461 do CPC) deve valer para a tutela cautelar, desde que não exista determinação expressa de norma específica já estabelecida. É o caso da multa prevista no artigo 461, §4º do diploma de processo civil, que estabelece sua possibilidade, “inclusive em provimento não final, emitido em cognição sumária e em caráter de urgência (em síntese: as mesmas características do provimento cautelar)”.

Seguindo o caminho de Cândido Rangel Dinamarco e de Eduardo Talamini, constata-se que ambas podem ser classificadas como medidas cautelares em sentido amplo, fazendo parte de um mesmo gênero. Dessa forma, deve-se buscar uma aproximação entre elas com um regime único que as regulamente, pois, como vimos, a antecipação de tutela tem suas características semelhantes a cautelar, não devendo ser inseridas no procedimento de cognição, mas deveria fazer parte de um procedimento junto com as cautelares.

### 3.2 Casos e procedimentos para a aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência

Esse ponto é muito importante, pois nele, tenta-se identificar como o magistrado pode proceder em face das situações processuais decorrentes da fungibilidade entre as tutelas de urgência. Para isso, cabe identificar quais são essas situações.

Têm-se, por ora, duas situações: medida cautelar requerida incidentalmente como antecipação de tutela; e medida antecipatória requerida em processo cautelar preparatório ou incidente.

Antes da análise dessas situações deve-se ter a noção do que seja uma medida cautelar o que é um processo cautelar, para isso, têm-se os ensinamentos de Vicente Greco Filho (2000, p. 152), que com clareza distingue medida cautelar de processo cautelar. Para ele medida cautelar é o provimento que protege o bem envolvido em um processo, seja de conhecimento de execução ou cautelar; enquanto que, processo cautelar é uma relação jurídica processual “que se instaura para a concessão de medidas cautelares” através de procedimento próprio. No processo cautelar são produzidas e deferidas as medidas cautelares, porém salienta que algumas medidas cautelares “podem ser determinadas dentro do próprio processo de conhecimento ou de execução” e também em procedimentos especiais.

Passa-se agora a analisar as formas de manifestação da fungibilidade da tutela cautelar com a tutela antecipada, onde se pode dizer que é o ponto onde existe a maior divergência entre os estudiosos jurídicos.

#### 3.2.1 Medida cautelar requerida como antecipação de tutela

Essa hipótese é justamente a prevista com a Lei nº 10.444/2002. Veja-se novamente o disposto no §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil:

§ 7º Se o autor, a título de antecipação dos efeitos da tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (BRASIL, 2006, p. 413).

Se antes a jurisprudência já admitia a fungibilidade, a lei agora consagrou sua aplicação. Entretanto, a doutrina continua a divergir quanto ao procedimento a ser adotado.

Ovídio A. Baptista da Silva (2002, p. 135) afirma que o deferimento da medida antecipatória como medida cautelar implica que “se processe a ação cautelar incidental ao processo principal, assegurando-se ao demandando o contraditório, com produção de prova e sentença”.

Mais rigoroso ainda é o ensinamento de Márcio Louzada Carpena (2003), onde assenta que o magistrado deve ordenar o prosseguimento da pretensão acautelatória com base no Livro III do Código de Processo Civil, que regula o processo cautelar (prazo diferenciado, dilação probatória destinada a comprovar os elementos específicos – *fumus* e *periculum* –, sentença). Aduz ser providencial a determinação de emenda à inicial para que o autor regularize o prosseguimento do feito (indicar valor da causa, realizar pedido de citação da parte adversa, etc.). Também devem os autos ser apartados e sua instrução deve seguir as demais condições do processo cautelar autônomo.

Contudo, crê-se que pela dicção do mencionado dispositivo legal, desnecessária é a instauração de processo autônomo, para deferimento de providência de natureza cautelar, quando formulado a título de antecipação de tutela no bojo da petição inicial ou no curso do procedimento, porquanto, presentes os pressupostos de admissibilidade de concessão, poderá, ou melhor, deverá o juiz conceder a medida cautelar nos próprios autos do processo principal.

Joaquim Felipe Spadoni (2003, p. 72) afirma ser manifesta a opção do legislador, mormente porque nos próprios motivos do anteprojeto e do projeto os autores declararam a recepção da fungibilidade procedimental também para atender a economia processual, o que certamente não ocorreria com a instauração do processo cautelar autônomo.

Reforçando seu entendimento Spadoni explica que são dois os motivos para não adotar o procedimento autônomo:

Primeiro porque a intenção do legislador, manifestada explicitamente nos motivos do projeto de lei que originou o § 7º do art. 273 do CPC, foi o de alcançar a efetividade do processo com economia processual, que certamente não estaria sendo atendida com a instauração do processo cautelar. Ademais é explícita a manifestação dos autores do ante-projeto e projeto nesse sentido, ao afirmarem que adoção da ‘fungibilidade’ do procedimento tende a evitar à parte “a necessidade de requerer, em novo processo, medida cautelar adequada ao caso”.

Segundo, porque em outras situações excepcionais que a lei permite ao juiz a concessão de medida cautelar incidente ao processo principal (p. ex., o arresto previsto no art. 653 do CPC e o sequestro de livros, correspondência

e bens do devedor previsto no art. 12, § 4º da Lei de Falências), não se mostra necessária a instauração de um processo autônomo para a concessão da tutela cautelar, sendo a mesma apenas uma decisão incidental ao processo onde se dará a tutela do direito material alegado pelo autor.

Antônio Cláudio da Costa Machado (2004, p. 360), chega a afirmar que o parágrafo 7º quis dizer mais do que a mera fungibilidade, pois esta, pressupõe o equívoco da parte ao solicitar a providência antecipatória em vez da de natureza cautelar, quando na realidade o parágrafo dispõe é que a tutela cautelar pode ser naturalmente requerida da mesma forma que a antecipação de tutela, ou seja, no bojo do processo principal.

Afirma que isso não ocasionaria a extinção do procedimento cautelar, pois as cautelares preparatórias permaneceriam intactas no sistema. Porém mais adiante conclui dizendo que apenas quando o juiz verifique que o requerimento de cautela se encontra bem instruído, não depende de prova oral e não irá gerar tumulto nos autos do processo principal, então, o órgão jurisdicional deve conceder a providência solicitada; caso contrário, o magistrado deve determinar que a medida seja ajuizada em sede própria de ação cautelar.

Ressalta-se que a própria legislação já autorizava a tutela cautelar no processo de conhecimento e de execução, mas apenas em casos restritos e limitados, quais sejam, o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, as ações referentes à (in)constitucionalidade e as ações que tenham por objeto a condenação ao cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer. Tem-se, ainda, outra manifestação dessa possibilidade na própria Reforma do Código de Processo Civil. O disposto no inciso II, do artigo 588 possibilita a realização de certos atos que podem resultar em graves danos ao executado (o levantamento de depósito em dinheiro e outros que importem na alienação de domínio) desde que seja efetuada a cautela através de caução idônea “requerida e prestada nos próprios autos da execução”. (BRASIL, 2006).

Já vinham sendo deferidas medidas de natureza cautelar no bojo do processo principal, a dispensar um novo processo cautelar, em face de sua simplicidade. São exemplos típicos dessa concessão os trazidos por J. J. Carreira Alvim (2003, p. 131): “requisição de documento comum em poder da outra parte, a suspensão temporária de uma licitação, a reserva de matrícula numa instituição de ensino, a inscrição de candidato em concurso, etc”.

Esse autor fala em sincretismo processual ao permitir que o juiz defira medida cautelar no próprio processo principal sem precisar remeter as partes para outro processo, “o que importa em sensível redução de tempo que é um dos maiores inimigos do processo” e, conseqüentemente, em maior simplicidade da prestação da tutela jurisdicional. Ressalva que a

fungibilidade não significa sincretismo processual, mas que se identificam em diversos pontos.

Em uma posição intermediária encontramos os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior e Joel Dias Figueira Júnior. Humberto Theodoro (2005) entende que a decisão que conceder, em virtude de risco grave e de difícil reparação, a liminar do artigo 273 do CPC em providências que deveriam ser tomadas como cautelares, não estará pecando. Porém naquelas medidas que se mostrem complexas e exigirem dilação probatória mais ampla, que não se comportarem na fase em que se ache o processo principal, admitir-se-á a fungibilidade, desde que seja ordenado o processamento em apenso, seguindo o rito das ações cautelares.

Tomando parte do entendimento acima, Joel Dias Figueira Júnior (2001, p. 20), sustenta a solução no próprio processo principal, exceto em diversas situações arroladas em que não se aconselha a concessão da tutela cautelar incidental. Essas situações referem-se às determinadas possibilidades de que a fungibilidade venha a causar prejuízos ou verdadeiro tumulto processual. São elas:

- a) quando se fizer imprescindível a produção de prova em audiência (a exemplo do que ocorre no processo cautelar em audiência de justificação);
- b) se não puder ser concedida sem a ouvida da parte contrária; c) se o juiz puder antever que, nada obstante a possibilidade de concessão da tutela cautelar *inaudita altera pars*, diante das particularidades do caso, o réu necessitará produzir contraprova (documental ou testemunhal), terminado por acarretar verdadeiro tumulto processual; d) quando os autos estiverem fora de cartório (v.g., com a parte contrária, perito etc.) e a espera colocar em xeque a efetividade da providência pleiteada; e) quando a fase instrutória estiver concluída ou em vias de conclusão; f) durante a fase decisória (autos conclusos para a prolação de sentença); g) após a publicação da sentença.

Continua o jurista, também em outras situações, onde a “auspiciosa fungibilidade dos pedidos significar complicações de ordem processual ou procedimental, capazes de ensejar tumultos ao trâmite regular do processo”, deverá o juiz determinar que o pedido cautelar seja apartado e instruído em processo autônomo.

Tem-se ainda o entendimento de Eduardo Talamini (2003, p. 27), onde afirma que para as medidas urgentes de maior complexidade, deve-se ocorrer a “autuação apartada dos termos que documentem a efetivação da medida de urgência, para atenuar os transtornos ao procedimento relativo à tutela principal”. Ressalva o autor que “os autos próprios não corresponderiam, entretanto, a processo autônomo”.

O que se discute aqui não é apenas uma forma procedimental, mas, sim, a própria autonomia do processo cautelar. Se prevalecer a primeira corrente, mantém-se o processo cautelar, e todo o resto, na forma como está. Todavia, ao admitir que o juiz possa simplesmente deferir a medida cautelar requerida via antecipação de tutela a dispensar o processo cautelar, afronta-se diretamente sua autonomia funcional prevista em lei e entra-se em uma esfera muito mais complexa.

Mantendo a situação como antes, ou seja, o juiz determinando desentranhar o pedido e apensá-lo aos autos com nova numeração, ordenando a emenda à inicial para o fim de instrução do processo cautelar, com contraditório próprio, dilação probatória, sentença, recurso próprio, etc., parece que permanece assegurado o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

Parece que argumentar que estaria sendo ferido o princípio do contraditório, não passa de um assunto já superado, pois é sabido que o contraditório pode ser postergado para permitir a efetividade da tutela dos direitos.

Como bem salientou Nelson Nery Júnior (*apud* Marinoni, 2000, p. 140):

Não é a cautelaridade ou satisfatividade do provimento jurisdicional que dá a tônica de respeito ou desrespeito ao princípio da bilateralidade da audiência [...] O cerne da questão se encontra na manutenção da provisoriedade da medida, circunstância que derruba, ao nosso ver, a alegada inconstitucionalidade das liminares concedidas sem a ouvida da parte contrária.

Contudo, a intenção do legislador foi a economia processual, em relação aqueles casos de equívocos na escolha do procedimento a ser tomado nos casos de urgência, se o da cautelar ou o da tutela antecipada, caso fosse necessário o processamento em apenso em vez do processamento nos próprios autos do processo dito principal, não vislumbraríamos onde estaria a economia processual, ainda, nesse caso, onerar-se-iam as partes em honorários sucumbências e despesas processuais, e ainda, submete-se os servidores do Poder Judiciário à elaboração de expedientes e a zelar pelo processamento do feito, enfim, aumenta-se a burocracia e os já conhecidos problemas práticos ocasionados pelo acúmulo de serviço.

Entretanto, constata-se que se a legislação permite instruir o pedido de antecipação sem ser necessária a instauração de processo próprio, parece plenamente viável que simples medida cautelar seja apreciada e instruída também sem a necessidade de outro processo. Vale a máxima: “quem pode o mais, tem de poder o menos!”.

Respeitada posição contrária parece que o sistema possibilita ao magistrado



proferir decisão cautelar, típica ou atípica, no bojo do processo principal, sem a necessidade de instauração de outro processo.

Dada a devida vênia, acredita-se ser plenamente viável que o magistrado receba o pedido cautelar incidental (típico ou não) ao processo principal (de conhecimento ou de execução, esse último conforme dispõe o artigo 598 do Código de Processo Civil, ao prever a aplicação subsidiária das regras que regem o processo de conhecimento) e o aprecie nesta seara, deferindo-o ou não, conforme os requisitos específicos de cada medida, sendo dispensável que um simples pedido de cautela (medida litisreguladora) venha a ensejar outro processo autônomo.

Assim, diante da nova disposição legal, não há como deixar de atentar para a possibilidade de cumulação de pedidos cautelares no processo de conhecimento ou de execução (por que não?), pois, em se tratando de situação de urgência, a cautela pode ser concedida e processada nos autos do processo principal, independente do momento em que for requerida.

Certamente esse procedimento está em conformidade com a economia processual, sem, contudo, deixar de servir como instrumento para a efetiva, adequada e tempestiva tutela jurisdicional.

Por fim, cumpre atender ao atual estado de espírito da tutela de urgência. Diante da larga discussão em sede doutrinária, dos diversos entendimentos jurisprudenciais e da legislação positiva em vigor, conclui-se que o procedimento a ser seguido, pelo menos por enquanto, deve ser uma opção da parte. Se o requerente entender que o melhor é pleitear medida cautelar em processo autônomo, que assim o faça; se preferir, todavia, pleiteá-la incidentalmente ao processo ajuizado, não existe óbice.

Essa solução parece a ideal, pelo menos enquanto não for revisados o processo cautelar e sua utilização, momento oportuno para mudanças nas leis vigentes, adequando o gênero tutela de urgência ao contexto em que vivemos (sociedade de massas, era de tecnologia e da globalização), completamente diverso do que presenciaram Giuseppe Chiovenda e Piero Calamandrei.

### 3.2.2 Medida antecipatória requerida em processo cautelar

Aqui está o principal ponto polêmico dessa nova produção legislativa, que

reside na aceitação, ou não, da fungibilidade na hipótese inversa, isto é, se pode ser deferida medida antecipatória requerida sob a veste cautelar, seja preparatória, seja incidente. Tudo isso porque a lei não expressou claramente o limite da fungibilidade, não disse que poderia, tampouco disse que não.

Arruda Alvim (*apud* Almeida 2006, p. 16) lidera os juristas que entendem ser inviável a chamada hipótese inversa, sendo a fungibilidade “via de uma mão só”. Afirma que a lei não autorizou esse procedimento, apenas prevê uma forma de fungibilidade, no caso da parte requerer inadequadamente providência cautelar sob a veste de antecipação de tutela, nos próprios autos do processo principal e desde que preenchidos os respectivos requisitos. Fundamenta que a hipótese inversa importaria em conceder o mais tendo sido pedido o menos.

Nessa linha, adverte que os requisitos para a concessão da tutela antecipada necessitam de grau maior de densidade do que os requisitos da tutela cautelar. Afirma que são ontologicamente e fundamentalmente os mesmos, mas a verossimilhança necessária para a medida antecipatória requer grau mais intenso, uma exigência maior de certeza sobre o direito do que o *fumus boni juris*, da tutela cautelar.

Compactuando com esse entendimento, encontramos Joel Dias Figueira Júnior (2001, p. 20) que não admite a hipótese inversa, sustenta que a suposta omissão legislativa foi proposita.

O jurista entende que a fungibilidade será aplicada apenas diante da inexistência de erro grosseiro e considera a propositura de ação cautelar que pretenda a antecipação dos efeitos da tutela exemplo de tal equívoco (erro grosseiro). Também afirma que, nesses casos, deverá o juiz indeferir a inicial, cabendo à parte formular novo pedido, dessa vez endereçado ao processo principal.

Esse entendimento restritivo encontra respaldo em algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (Apelação cível nº 70003098258 e nº 70001969617).

De outra banda, a corrente liderada por Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, mais preocupada com a efetividade do processo e a instrumentalidade de suas formas do que com a preservação do apego ao formalismo, admite a chamada hipótese inversa, sendo a fungibilidade entre as medidas de urgência uma “via de mão dupla”.

Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 34) sobre a questão:

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

Vale salientar que ambas as tutelas integram a um só gênero, o das tutelas de urgência e, no caso do magistrado se ater ao rigor técnico classificatório, corre-se o risco de indeferir medida de urgência somente por uma questão de ordem formal, prejudicando o litigante da efetividade do processo.

Com efeito, formular um pedido de natureza antecipatória ou outro de natureza cautelar em desacordo com o procedimento eleito pela lei processual não passa de mero equívoco formal ou procedimental.

A regulamentação separada da tutela antecipada não veio para nosso Código para restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a proporcionar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave seja ao processo seja ao direito material, se torne irremediável e, por conseguinte, se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela de urgência.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, parece não haver motivos para maiores discussões. Recentemente, o Ministro Moreira Alves, em julgamento de cautelar inominada que objetivava a concessão de efeito suspensivo às decisões das instâncias inferiores desfavoráveis, entendeu que o verdadeiro desiderato dessa ação cautelar era, na realidade, a obtenção de tutela antecipada em recurso extraordinário. (questão de ordem em petição nº 2.903-8/SP).

Mesmo assim, importa dizer que não houve qualquer óbice a impedir a apreciação do requerimento, sendo, dessa forma, aplicada diretamente e sem qualquer justificativa a fungibilidade entre as tutelas de urgência.

Também a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça tem admitido a fungibilidade entre as tutelas de urgência. No caso de atribuição de efeito suspensivo à ação rescisória, em duas oportunidades diferentes, uma de antecipação e outra de medida cautelar, a Ministra Fátima Nancy Andrichi, que inclusive fez parte do notável grupo de juristas que formaram inicialmente a Comissão Revisora responsável pelas reformas no Código de Processo Civil, fez constar expressamente em seu voto a tendência que vem firmando-se para a fungibilidade da tutela de urgência, isso já antes da Lei nº 10.444/2002. (recurso especial

nº351766/SP).

O legislador, ao consagrar a fungibilidade procedimental entre as tutelas de urgência, objetiva alcançar o princípio da economia processual. Caso seja negada a chamada “via de mão dupla” ou hipótese inversa, qual seria a economia processual gerada? Apenas causaríamos mais transtornos ao litigante que espera providência urgente, tudo em razão de questões formais.

Athos Gusmão Carneiro (2002, p. 80) pondera que, ao tempo da edição do Código de Processo Civil, em 1973, não se percebia com nitidez a diferença entre as medidas de urgência de natureza cautelar e de natureza satisfativa, permanecendo essas abrigadas sob o manto daquelas. Afirma o jurista, “a bem da harmonia do sistema”, que o Livro III do Código deve ser reformulado para atender também as exigências das providências antecipatórias.

Elucidando melhor esta doutrina, encontro o jurista Fredie Didier Jr (*apud* Lima Junior 2004, p. 12) que defende não a fungibilidade progressiva, mas a possibilidade de aplicação, no caso concreto, do quando disposto no art. 295, V, do Código Adjetivo Civil, ou seja, verificando a possibilidade de concessão da tutela antecipada em troca da cautelar, converte-se o procedimento para o rito comum, intimando-se o autor para que emende a peça vestibular. Vejamos o entendimento desse jurista:

Se a parte requerer medida antecipatória/satisfativa via processo cautelar, e o magistrado entender que os requisitos da tutela antecipada estão preenchidos, deve ele conceder a medida, desde que determine a conversão do procedimento para o rito comum (ordinário ou sumário, conforme seja), intimando o autor para que proceda, se assim o desejar ou for necessário, às devidas adaptações em sua petição inicial, antes da citação do réu. Essa medida pode ser tomada de ofício, com base no art. 295, V, do CPC. Em hipótese alguma deve determinar a extinção do feito, sob a absurda rubrica da ausência de interesse de agir. A conversibilidade do procedimento é uma das maiores manifestações do princípio da instrumentalidade das formas, e não pode ser olvidada. Trata-se, aqui, de adaptação da fungibilidade dos provimentos de urgência, junto com uma adaptação procedimental: acaso requerida uma medida antecipatória pelo procedimento equivocado (cautelar), corrige-o o juiz – em situação contrária, como visto, não é necessária essa conversão procedimental.

Nelson Nery Júnior (2003) defende que o juiz deve dar oportunidade ao autor para que adapte o seu requerimento, inclusive para que possa comprovar a existência dos requisitos mais robustos, necessários para a antecipação de tutela.

O douto Nereu José Giacomolli, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, trata da matéria em comento com muita percuciência, vejamos argumentação

embutida na decisão monocrática proferida pelo douto julgador em sede de agravo de instrumento:

Com efeito, a Lei n. 10.444, de 07/05/2002, introduziu o parágrafo 7º, no art. 273, do Código de Processo Civil, criou a regra de fungibilidade processual recíproca entre medidas cautelares e tutelas antecipatórias, de modo a permitir ao juiz a conversão do pedido de tutela antecipada em medida cautelar, com o processamento desta em autos apartados.

Com esta nova disposição, tem o demandante ora agravado a faculdade de optar pelo pedido de tutela antecipada ou pelo ajuizamento de cautelar, pois a Lei antes mencionada não visou impedir o ajuizamento de cautelares.

Embora a existência de corrente jurisprudencial entendendo que a partir da incorporação do instituto da antecipação de tutela por nossa legislação processual, não mais se justificaria o ajuizamento de cautelar, quando o provimento da liminar pode ser obtido na própria ação de conhecimento, mediante antecipação da tutela, tenho que compete à parte autora decidir qual a melhor forma de obter o provimento judicial que objetiva conseguir. (Agravo de Instrumento nº70007523038. Relator - Nereu José Giacomolli - nona câmara cível)

Depreende-se, portanto, que, no tocante ao ponto de vista processual, não há óbice algum no conhecimento de um pedido de liminar como antecipação de tutela ou como medida cautelar, haja vista que o que define a natureza jurídica da pedido é a essência da pretensão deduzida em juízo e não o eventual *nomem juris* que o requerente tenha, porventura, atribuído em sua peça. Assim, cumpre ao magistrado, com lastro na instrumentalidade, na efetividade do processo e na fungibilidade que tem sua razão de ser apenas na realização efetiva dos direitos, conhecer do pedido segundo a sua natureza jurídica em função da essência do que é postulado e não pelo rótulo que vem externando, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro não há a chamada tipicidade de ações.

Cabe transcrever pensamento reproduzido com freqüência pela doutrina em razão de sua perfeita harmonia com a presente fase instrumental do processo, de autoria de José Roberto dos Santos Bedaque (1998, p. 291) que assim escreveu:

O aspecto formal em nada influi na natureza da tutela. Ainda que requerida no bojo do processo cognitivo, caracteriza-se como cautelar incidental. Além do mais, não se pode excluir definitivamente seja a antecipação requerida em procedimento autônomo. Desde que necessária a utilização dessa técnica em determinada situação concreta, a fim de assegurar a efetividade da tutela, deve ser admitida. Questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos.

Acredita-se que a tutela de urgência não deve ser restringida, deve, sim, ser interpretada de forma extensiva, de forma a possibilitar o alcance dos princípios

constitucionalmente consagrados, como a garantia do acesso à ordem jurídica justa e à prestação efetiva, adequada e tempestiva da jurisdição constitucional.

Moacyr Amaral Santos (1997, p. 38) ilustra o excessivo formalismo romano à época da *legis actiones*, que vai da fundação de Roma até 149 a.C.:

Qualquer desvio ou quebra de solenidade, por mínimos que fossem, um gesto que fosse olvidado, uma palavra omitida ou substituída davam lugar à anulação do processo, com a vedação de propositura de outro sobre o mesmo objeto: *quidquid fit contra legem nullum est*.

Acredita-se, que para poder haver a fungibilidade, devem ser observados os pressupostos justificadores de cada uma das providências de urgência. Assim, mesmo que veiculado o pedido, por via procedimental imprópria, o exame de sua admissibilidade terá de levar em conta não o procedimento eleito, mas a natureza da medida. Se, por exemplo, se requereu medida satisfativa dentro do procedimento próprio da ação cautelar, o provimento preventivo somente será provido se presentes os requisitos exigidos pelo artigo 273 e não apenas aqueles do artigo 798 do CPC.

Em outras palavras, não se recomenda um rigor inflexível na conceituação e delimitação dos dois institutos, sendo de admitir-se a fungibilidade das medidas de um e outro, desde que no caso concreto, se observe a existência dos pressupostos legais da providência de urgência pretendida. Contradições formais como a divergência de rito ou forma procedimental, não devem impedir a outorga da tutela de urgência realmente necessária.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento da tutela cautelar no Brasil teve como causa o moroso procedimento comum, que ocasionava a perda ou deterioração de direitos dos demandantes.

Posteriormente o processo cautelar, baseado no poder geral de cautela atribuído aos magistrados passou a ser utilizado como forma de antecipar o direito pretendido pelo autor, sob a forma dos chamados “cautelares satisfativas”.

Como conseqüência o legislador introduziu a antecipação da tutela possibilitando a satisfação provisória do direito pretendido pelo demandante.

Apesar da distinção óbvia entre tutela antecipatória, de natureza satisfativa, e tutela cautelar de natureza assecuratória, não há motivos para opô-las, tanto no Direito alienígena como no Brasil, ambas eram tratadas como do gênero medidas cautelares.

Verifica-se então que parte da doutrina e da jurisprudência preconizou a distinção “total” entre os dois institutos, estabelecendo critérios técnicos para diferenciá-los. Outros preferiram salientar as semelhanças entre a tutela cautelar e a antecipada, considerando que são espécies do mesmo gênero, o das tutelas de urgência.

Sendo assim, a tutela de urgência deve ter um regime jurídico único, calcado no Livro III do Processo Cautelar, no que couber, mas já não necessita ser objeto de processo autônomo, podendo ser concedida no bojo de processo de conhecimento ou de execução.

Percebe-se que a partir da Segunda Reforma do Código de Processo Civil, o sistema jurídico brasileiro passou a focar-se em uma nova tonalidade, a qual caminha em busca da modernização e efetividade das decisões judiciais.

A relevância dada à efetividade processual tornou-se a principal característica do ordenamento jurídico atual, de maneira tal que a segurança jurídica dos provimentos, tão prezada antigamente, foi relegada à segundo plano, enfatizando-se a necessidade de uma prestação jurisdicional adequada aos reais anseios das partes, desimportando a natureza do provimento prestado. O formalismo exacerbado e o apego exagerado aos ditames legais não mais subsistem nesta nova ordem jurídica, onde se prima essencialmente pela pacificação social através de atos jurisdicionais úteis e justos.

Observou-se que requerida medida de natureza cautelar dentro do processo principal, o procedimento a ser observado é o mesmo da antecipação de tutela, isto é, a instrução do incidente nos autos do próprio processo principal. Se a legislação permite a antecipação da tutela sem necessitar da instauração de processo autônomo, conclui-se que

simples medida cautelar também não necessitaria.

Inobstante a nova reforma não tenha tornado expressa a possibilidade de uma fungibilidade inversa entre medidas de urgência, constatou-se pelo exposto que o posicionamento a ser seguido é no sentido de não se interpretar a lei restritivamente, mas sim, adaptando-a aos casos concretos, observando-se apenas a preexistência dos requisitos exigíveis para cada instituto, sem ater-se em meras formalidades de nomenclatura, até mesmo porque, caso não seja esta a compreensão, estar-se-ia impondo novos entraves à busca pela tão esperada efetividade processual.

Para aquele que está pleiteando seu direito não interessa qual instrumento será aplicado. No limiar da situação a função jurisdicional se presta para dar o direito àquele que faz jus ao mesmo, sendo secundário se este foi antecipado através de uma tutela antecipada ou medida cautelar. O que não se vislumbra é o perecimento de tal direito por não se saber qual instituto deva ser usado. Talvez esta seja a maior contribuição da fungibilidade trazida pela lei 10.444/02.

Ademais, essa inovação traz para a relação jurídica processual com função cognitiva a possibilidade de serem alcançadas as tutelas cautelares e antecipatórias. Assim, acaba o processo de conhecimento por ter uma inusitada característica de “multifuncionalidade”, enterrando de vez a exigência de que para cada função jurisdicional, uma relação jurídica processual própria.

Seja como for, questões meramente formais não devem obstar a realização de direitos constitucionalmente garantidos, como expressão de uma visão que busca dar celeridade à prestação da tutela jurisdicional, entendido o processo como instrumento, jamais como fim em si mesmo.



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. *A fungibilidade e a tutela antecipada no Direito Processual Civil moderno: tonalidade inovadora da Lei nº 10.444/2002*. Jus Navigandi, Terezina, ano8, n. 358, 30 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5400>. Acesso em 10 mai. 2006.

ALVIM, J. J. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Medidas Cautelares Inominadas*, In Revista de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, n. 57, p. 33-90, 1º trimestre, 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação da Tutela*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARPENA, Márcio Louzada. *Do Processo Cautelar Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil. Do processo cautelar, arts. 796 a 812*; Coordenação Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 3. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. 2a. tiragem rev. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil, suplemento de atualização*; Coordenação Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 17.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. III. t. I

LIMA JÚNIOR, Oswaldo Pereira de. *Tutela cautelar e tutela antecipatória: tutelas de urgência fungíveis*. Jus Navigandi, Terezina, ano8, n. 358, 30 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5403>. Acesso em 10 mai. 2006.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Antecipação de Tutela Jurisdicional na Reforma do Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, p. 198-211, jan./mar. 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7. ed. atual. Até 07/07/03. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES, Elpidio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Perfil Dogmático da Tutela de Urgência*. In *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, v. 342, p. 13-28, abr./mai./jun. 1998.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (colabs.). *Vade mecum saraiva*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Antecipação da Tutela Satisfativa*. In *Estudos em*

*Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 97, p. 195, jan./mar. 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar tutela de urgência.* 3. ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das Tutelas de Urgência.* In *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n.110, p. 72-94, abr./jun. 2003.

TALAMINI, Eduardo. *Medidas Urgentes (“Cautelares” e “Antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de rota para um Regime Jurídico Único.* In *Revista Dialética de Direito Processual Civil.* São Paulo: Dialética, n. 2, p. 15-28, maio 2003.

TESHEINER, José Maria da Rosa. *Fungibilidade das Medidas Cautelares e Antecipatórias (Lei nº 10.444/2002).* Disponível em: <<http://www.tex.pro>> Acesso em 07. maio. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil.* 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TIMBÓ, Bruna. *A fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar – mão dupla.* 14 fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/18/1918/>. Acesso em 15 mai. 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil Lei 10.352, de 26.12.2001 Lei 10.358, e 27.12.2001 Lei 10.444, de 07.05.2002.* 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et. al. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela.* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.