

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Processual Civil

Renata Carvalho Gomes

A FUNGIBILIDADE NAS TUTELAS DE
URGÊNCIA

Brasília – DF
2011

Renata Carvalho Gomes

A FUNGIBILIDADE NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Processo Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Orientador: Prof. -

Brasília – DF
2011

Renata Carvalho Gomes

A FUNGIBILIDADE NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Processo Civil do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. -

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Agradeço à minha família e amigos, pelo estímulo e pela corroboração.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar as diferenças e semelhanças existentes entre as medidas antecipada de mérito e cautelar, sob a perspectiva dos novos direitos que surgem e que exigem medidas processuais adequadas à efetiva tutela jurisdicional do direito material no caso concreto. Sendo feita uma análise sobre as características de cada medida de urgência, assinalando as dificuldades que existem na doutrina em se chegar a um acordo sobre quando é possível a aplicação do princípio da fungibilidade e qual o procedimento que deve ser adotado para se identificar a medida mais adequada a determinado caso específico.

Palavras-chave: Tutela Jurisdicional. Tutelas de urgência. Tutela Cautelar. Tutela Antecipatória. Eficiência. Fungibilidade

ABSTRACT

This study aims to analyze the differences and similarities between the early measures of merit and precautionary approach under the new rights that arise and require appropriate procedural steps to effective judicial protection of substantive law in this case. As an analysis on the characteristics of each measure of urgency, noting the difficulties that exist in the doctrine in reaching an agreement on when it is possible to apply the principle of fungibility and what procedure should be adopted to identifying the most appropriate to a specific case.

Keywords: Judicial Review. Guardianship of Urgency. Preventive Custody. Anticipatory Tutelage. Efficiency. Fungibility

SUMÁRIO

SUMÁRIO	7
INTRODUÇÃO	8
1 JURIDIÇÃO E TUTELA JURISDICIONAL	10
1.1 Tutela Jurisdicional	10
1.1.1 Classificação da tutela jurisdicional	12
1.2 Acesso á Justiça: Garantia Constitucional.....	18
2 TUTELAS DE URGÊNCIA	21
2.1 Tutela Cautelar	23
2.2 Tutela Antecipada	27
2.3 Semelhanças e Diferenças entre as espécies de tutelas.....	31
3 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA	35
3.1 O Princípio da fungibilidade e sua aplicação as tutelas cautelar e antecipatória.....	36
3.2 A “mão dupla” da fungibilidade nas tutelas de urgência	41
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

As modificações ocorridas na sociedade ensejaram o surgimento de novos tipos de tutelas a serem protegidas pelo Estado. Assim, essa proteção não poderia ser feita do mesmo modo que antes, uma vez que a sociedade almejava novos meios adequados para tutelar de forma eficaz as mais variadas situações da vida.

O nascimento de novos direitos exigiu dos processualistas uma nova análise da prática processual. Apenas a existência de uma tutela jurisdicional não satisfaz o demandante, é necessário que a tutela seja efetiva, útil àquele que visa à tutela de seu direito material. Sob essa nova perspectiva, fez-se necessário a inserção no ordenamento jurídico de novas técnicas processuais, como, por exemplo, o § 7º no art. 273, que será aqui analisado.

No atual sistema processual, a tutela cautelar e a tutela antecipada tiveram seus conceitos originais flexibilizados quando se convalidou a possibilidade de deferimento de medida cautelar no bojo do processo de conhecimento, a chamada fungibilidade das tutelas de urgência. Entretanto, a dicotomia existente entre essas tutelas ainda é relevante, pois cada uma delas tem características próprias que não devem ser desconsideradas mesmo diante de casos de fungibilidade.

A tutela antecipatória e a tutela cautelar são consideradas espécies das tutelas de urgência, tendo cada uma um procedimento específico de atuação. No entanto, existe uma grande dificuldade na prática forense em se identificar qual seria a medida de urgência cabível no caso concreto por serem semelhantes.

A pesquisa visa a evidenciar que se é necessária a flexibilização dos entendimentos doutrinários clássicos para que a tutela de urgência seja definida de acordo com a tutela final almejada, uma vez que o direito processual está profundamente ligado ao direito material.

Assim, analisa-se primeiramente o que é uma tutela jurisdicional e qual a sua classificação. Em seguida, apresenta-se a compreensão acerca das semelhanças e diferenças existentes entre as medidas de urgência. E por fim, examina-se a possibilidade da fungibilidade dessas medidas, tendo em vista a

dificuldade de identificação da medida correta para a situação jurídica tutelável no caso concreto.

Ademais, a metodologia empregada para o desenvolvimento dessa pesquisa será a jurídico-dogmática, sendo realizada por meio da pesquisa bibliográfica e documental, envolvendo o exame de livros, artigos e legislação relacionados ao tema objeto de estudo.

1 JURISDIÇÃO E TUTELA JURISDICIONAL

1.1 Tutela Jurisdicional

É importante enfatizar a origem da tutela jurisdicional, pois nos tempos primitivos não existia um Estado forte e soberano com a capacidade de controlar e/ou solucionar os conflitos entre os cidadãos. Diante da inexistência do Estado – Juiz, os conflitos (resistência de um ao anseio de outrem), eram decididos pelo uso das próprias forças, ou seja, o mais forte tinha sempre direito sobre o mais fraco.¹

No princípio da civilização, as formas de soluções de conflitos de interesses se manifestavam nas formas da autotutela, também chamada de auto defesa, e da autocomposição.²

Na autotutela, os conflitos de interesses eram solucionados com o uso da força física ou intelectual, assim o mais forte ou mais astuto se sobressaía sobre o mais fraco. Já na autocomposição, as partes conflitantes celebravam um acordo, em que uma das partes ou ambas tinham que abrir mão de parte de seu direito ou, eventualmente, de todo o direito.³

Na autocomposição, os próprios sujeitos envolvidos na demanda começaram a optar por árbitros para solucionar os conflitos, geralmente sacerdotes ou anciões, por estes serem pessoas de confiança de ambas as partes, que poderia deliberar de forma amigável e neutra.⁴

O Estado ao se firmar como uma instituição forte e soberana passa a conferir aos indivíduos a solução dos conflitos de interesses por meio da prestação da tutela jurisdicional, privando os indivíduos do direito de exercer seus direitos

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 20.

² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 22-23.

³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23.

⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 21-23.

pelas próprias mãos⁵. Assim, a justiça privada foi substituída pela Justiça Pública, pois aquela era ineficaz ante a pacificação social.⁶

A etimologia da palavra tutela, que tem origem do latim (tueor, tueri = ver, olhar, observar e vigiar) significa defesa e proteção. Já juridicamente, a palavra tutela é utilizada no sentido de proteção de direito subjetivo, nomeadamente nas expressões tutela jurídica e tutela jurisdicional.⁷

É importante distinguir a jurisdição da tutela jurisdicional, sendo que a primeira é uma função praticada pelo Estado à qual todos têm direito, já a segunda é uma das formas pelas quais o Estado garante proteção a quem seja titular de um direito subjetivo, alterando a realidade vivida pelas partes, nem todos têm direito.⁸

A tutela jurisdicional é um poder-dever do Estado que tem o objetivo de acabar com os conflitos, e que “significa, em última análise, formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais que isso, impor as medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos”.⁹

Assim, tutela jurisdicional tem o significado de proteção de um direito ou de uma situação jurídica, pela via jurisdicional. Implica prestação jurisdicional em favor do titular de uma situação substancial amparada pela norma, caracterizando a atuação do Direito em casos concretos trazidos à apreciação do Poder Judiciário. É o estudo da técnica processual a partir do seu trabalho e em função dele.¹⁰

Assim, o Estado somente oferece verdadeiramente tutela jurisdicional quando esta é adequada a resguardar o direito material lesado ou ameaçado de lesão¹¹. Conclui-se, portanto, que a tutela jurisdicional é a resposta do Estado aos indivíduos que reivindicam seus direitos lesados ou ameaçados.

⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23.

⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Processo Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 29.

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 05.

⁸ LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da Tutela de Urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 39.

⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 5-6.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo – influência do direito material sobre o processo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 26.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 86.

1.1.1 Classificação da tutela jurisdicional

A tutela jurisdicional pode ser prestada pelo Estado de várias formas, já que esta se modifica de acordo com a natureza da lesão levada ao Judiciário¹². Assim, para cada circunstância existe uma solução adequada.¹³

A classificação clássica da tutela jurisdicional é quanto ao processo, sendo três as modalidades: processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.¹⁴

À tutela de cognição corresponde o processo de conhecimento, à tutela de execução, o processo de execução e à tutela cautelar, o processo cautelar.¹⁵

A chamada tutela de conhecimento ou de cognição é aquela em que se faz indispensável a análise da existência ou não do direito afirmado. Já a tutela de execução ou executiva é aquela em que se deve dar efetividade ao direito certo ou presumido. Por fim, a tutela cautelar visa a não satisfação direta do direito material, mas assegura o resultado útil da demanda principal, uma vez que é apenas acessória.¹⁶

Essa classificação tem perdido um pouco de sua importância, pois as demandas estão adotando uma natureza sincrética em que possuem mais de um objetivo, já que tem se buscado mais de uma função quando da interposição da ação.¹⁷

¹² PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo. Direito, 2001. p. 101.

¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumarias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 103.

¹⁴ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo. Direito, 2001. p. 108.

¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 191.

A distinção entre as funções não é dispensável, mas a diferenciação delas em relação á demanda não é necessária, uma vez que é possível visualizar mais de um propósito, em uma só demanda jurisdicional.¹⁸

A tutela jurisdicional cognitiva (ou de conhecimento) tem por finalidade afirmar a existência ou não de um direito.¹⁹

Cognição é a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las.²⁰

A técnica de cognição pode ser analisada no sentido horizontal, em que a cognição será plena ou limitada (parcial), e no sentido vertical, no qual a cognição poderá ser exauriente, sumária e superficial.²¹

No plano horizontal, a cognição tem por fim os fundamentos do processo, denominados como trinômio, quais sejam: questões processuais, condições da ação e mérito.²²

A cognição será plena quando o denominado trinômio constituir o objeto da cognição submetido á atividade cognitiva do juiz. Sendo esta a espécie a mais freqüente no processo de conhecimento, em que se garante que a sentença decidirá a questão submetida ao crivo do judiciário da forma mais completa possível.²³

Por outro lado, a cognição será limitada ou parcial quando o objeto da demanda for limitado em seu espectro de abrangência da cognição, ou seja, quando ocorrer alguma restrição de um dos elementos do trinômio da atividade cognitiva do juiz.²⁴

¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 191.

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 87.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 273.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 34-35.

²² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19.

²³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19.

²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19.

Já no plano vertical, a cognição é classificada de acordo com o grau de sua profundidade, em exauriente, sumária e sumaríssima. A cognição será exauriente quando a decisão judicial for proferida com base em um juízo de certeza.²⁵

A cognição exauriente, portanto, permite a prolação de uma decisão baseada no juízo de certeza, o que justifica a formação da coisa julgada, manto que reveste de imutabilidade e indiscutibilidade o conteúdo desta decisão. Em outros termos, a cognição exauriente permite a resolução definitiva da questão trazida ao crivo do judiciário, impedindo assim, o surgimento de processo posterior que tenha o mesmo objeto.²⁶

Requisito fundamental de segurança nas decisões judiciais a cognição exauriente deve observar os princípios do contraditório e da ampla defesa²⁷, uma vez que “o juiz só poderá formar o juízo de certeza após ouvir as razões de ambas as partes”.²⁸

A finalidade de obter a certeza jurídica quanto à existência ou não do direito substancial afirmado na demanda torna a cognição exauriente freqüente no processo de conhecimento.²⁹

Em alguns casos a cognição exauriente pode expor a perigo a integralidade ou eficácia do bem ou interesse jurídico tutelado, uma vez que a prestação da tutela definitiva não é célere.³⁰

O espaço temporal entre o pedido e o provimento é razoável, sendo possível que fatos externos coloquem em risco a efetividade de uma futura sentença definitiva de mérito.³¹

Assim, o sistema processual oferece um procedimento de caráter provisório chamado de cognição sumária “destinado a assegurar três escopos principais:

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 279.

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 279-280.

²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21-23

²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 280.

²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 280.

³⁰ TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 69.

³¹ TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 69.

economia processual, evitar abuso do direito de defesa e busca de efetividade da tutela quando esta seja comprometida pelo tempo”.³²

A cognição sumária é uma cognição menos aprofundada que a exauriente. Possui caráter temporário ou provisório, e não forma coisa julgada material, pois está pautada no juízo de probabilidade e não de certeza³³.

O provimento proferido afirma apenas a provável existência do direito, conforme produção probatória, não sendo esta capaz de afirmar a existência do direito.³⁴

Em face dos objetivos da tutela de cognição sumária, Luiz Guilherme Marinoni afirma que esta visa:

[...] assegurar a viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, I, do CPC); (c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista da demora do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); (d) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do CPC).³⁵

A cognição sumaríssima ou superficial ocorrerá, por outro lado, nos casos em que o juiz deve restringir a análise das alegações de forma superficial. Sendo esta uma decisão típica em liminares no processo cautelar³⁶.

Por fim, cumpre ressaltar, que as diversas modalidades de cognição podem ser combinadas entre si em um mesmo processo, sendo possível existir combinações entre o plano horizontal e o plano vertical da cognição.³⁷

“O judiciário, através da cognição, aplica a lei ao caso concreto, impondo a sua vontade, exteriorizando no ato final, com coerção e autoridade”.³⁸

³² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 281.

³³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 280-281.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 38.

³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 282.

³⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 283.

³⁸ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Reio de Janeiro: Forense, 2001. p. 44.

É imprescindível fazer referência a classificação da tutela de conhecimento, uma vez que existem formas diferentes de exteriorização das tutelas jurisdicionais no processo de conhecimento. A tutela cognitiva pode ser meramente declaratória, constitutiva ou condenatória. A doutrina ainda adiciona a essa sub-divisão a tutela mandamental e a tutela executiva *latu sensu*.³⁹

A tutela declaratória tem por fim a declaração da existência ou não de uma relação jurídica ou de um direito⁴⁰. No que diz respeito à tutela constitutiva, esta tem por objetivo a modificação, formação ou extinção de uma relação jurídica⁴¹. Já a tutela condenatória tem como finalidade conferir uma relação jurídica obrigacional ao demandado, estabelecendo um fim na crise de adimplemento⁴². No que tange à tutela mandamental, essa é aquela que tem como conteúdo um mandamento, uma ordem.⁴³

Por fim, a tutela executiva "*latu sensu*" é aquela, que tem por finalidade a execução de uma pretensão já resolvida judicialmente no âmbito do processo de conhecimento, sem a necessidade da instauração de um outro processo de execução, portanto, esta tutela é auto executiva.⁴⁴

Segundo a doutrina tradicional, as ações de conhecimento possuem uma classificação trinária, na qual se encontravam praticamente só três grupos de sentença: declaratória, condenatória e constitutiva, porém foram acrescentadas mais duas categorias de sentença à essa classificação. Por esse motivo a classificação das ações de conhecimento deixou de ser trinar e passou a ser denominada de classificação quinária das ações.⁴⁵

Deixando ao largo essa classificação trinária, ao que parece já superada, alguns processualistas falam ainda na existência da classificação quinária, fase pós Pontes de Miranda, incluindo mais duas categorias de cargas eficazes presentes em muitas sentenças. Seriam elas, segundo Pietroski, mais as seguintes, completando as cinco: "d) *mandamental* - mero ato estatal praticado pelo juiz em substituição da parte autora, sem, contudo, produzir coisa julgada material; e) *executiva* - contém no seu bojo uma força

³⁹ NUNES, Elpídio Donizzeti. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 22

⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumarias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 103.

⁴¹ BRITO, Fábila Lima. **Perfil sistemático da tutela antecipada**. Brasília: OAB, 2004. p. 27.

⁴² FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.47

⁴³ NETO, Luiz Orione. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24.

⁴⁴ NETO, Luiz Orione. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24.

⁴⁵ PAIVA, José Arimathéa Almeida. Ações sincréticas como instrumento para minorar a morosidade dos processos. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/22679>>. Último acesso em 18/05/2010.

interna, oriunda do direito material com aptidão para realizar uma mudança no mundo físico.⁴⁶

No entanto, na doutrina moderna está ocorrendo um retorno à classificação clássica (trinária).⁴⁷

A tutela jurisdicional executiva se caracteriza pela satisfação de um direito do sujeito ativo, em que ocorre a realização prática de um comando contido em sentença condenatória ou em ato jurídico comparado, os chamados títulos executivos extrajudiciais.⁴⁸

Esta se distingue da tutela jurisdicional cognitiva com relação ao objetivo de cada uma delas, uma vez que a finalidade da cognição é descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso, e a finalidade da execução é efetuar o conteúdo daquela regra.⁴⁹

A tutela executiva consiste em proporcionar ao titular de um direito consagrado em um título executivo um resultado prático ou equivalente ao que ele obteria se o titular da respectiva obrigação a cumprisse espontaneamente. É importante frisar que tal resultado é de ser obtido, no processo de execução, independentemente, ou mesmo contra a vontade, daquele a quem incumbiria o cumprimento da obrigação.⁵⁰

Conclui-se, portanto, que a tutela de execução é aquela que tem por finalidade garantir ao autor o adequado cumprimento da obrigação imposta ao réu.

Por fim, a tutela jurisdicional cautelar é aquela que garante a efetividade de outro tipo de tutela. Em alguns casos a efetividade da tutela jurisdicional (cognitiva ou executiva) fica ameaçada de se tornar ineficaz. Assim, para impedir dano irreparável ou de difícil reparação, surge esta terceira espécie de tutela jurisdicional que visa assegurar a efetividade da tutela satisfativa (de conhecimento ou de execução), sem satisfazer o direito material.⁵¹

⁴⁶ PAIVA, José Arimathéa Almeida. Ações sincréticas como instrumento para minorar a morosidade dos processos. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/22679>>. Último acesso em 18/05/2010.

⁴⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 191-195.

⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 87.

⁴⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código Civil**. Vol 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 38

⁵⁰ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Forçada: Controle de Admissibilidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 16.

⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 87.

A tutela cautelar visa evitar prejuízos em relação á demora na prestação jurisdicional. Assim, o Estado se manifestará, por meio de técnicas antecipatórias e assecuratórias, por meio de um procedimento sumário, para que obtenha um resultado rápido.⁵²

1.2 Acesso á Justiça: Garantia Constitucional

O acesso à justiça é um princípio constitucional consagrado no ordenamento jurídico brasileiro e sua efetiva realização é importante para a garantia de acesso a ordem jurídica justa.⁵³

O princípio do acesso à justiça não está restrito somente à possibilidade de se pleitear em juízo alguma pretensão, sendo mais que isso, pois seu embasamento também garante que a instrumentalidade do processo seja usada de forma a não dificultar a prolação de uma decisão justa e eficaz.⁵⁴

Assim, “para a plenitude do acesso a justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas”.⁵⁵

No momento em que o Estado assumiu a responsabilidade e o poder de resolver os conflitos existentes entre os cidadãos, vedando a autotutela, adquiriu o encargo de apresentar a solução dos conflitos de forma adequada e eficaz, sendo o processo, o instrumento escolhido para se atingir a paz social⁵⁶. O Estado não pode

⁵² LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da Tutela de Urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 39.

⁵³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 34.

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 133.

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 133.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 37.

utilizar-se de desculpas para prestar tutela jurisdicional de forma inadequada e intempestiva⁵⁷.

A efetividade do processo está conectada ao fator tempo, pois com a demora na conclusão do processo, prejudica-se o direito que se busca tutelar.⁵⁸

Ordenamento que não assegura a atuação de regras que estabelece, mediante sistema eficaz de tutela, destinado a garantir o interesse de quem se encontra em situação de vantagem e não obteve o reconhecimento voluntário de seu direito subjetivo, não pode ser considerado jurídico.⁵⁹

Por tutela jurisdicional efetiva deve-se entender, aquela que “significa a maior identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras de direito material”⁶⁰.

O rápido desenvolvimento da sociedade, em relação ao surgimento das indústrias, bem como o crescimento da população urbana fez com que surgissem novos conflitos a serem tutelados. Assim, o processo como meio capaz de assegurar os direitos não podia ficar estagnado no tempo. O processo e seu procedimento devem pautar-se em um juízo de previsibilidade, ou seja, devem ser flexíveis, se adequando aos novos anseios da sociedade.⁶¹

Exatamente nesse contexto que se encarta, o processo, diante das tensões a que se presta contemporizar, entre os direitos civis individuais e os interesses da coletividade, deve pautar-se em procedimentos capazes de possibilitar decisões comprometidas com a função sociopolítica assumida, tornando aceitável o procedimento tanto por aqueles que dele participam quanto por aqueles que não hajam participado.⁶²

A função social que norteia o direito processual possui como finalidade a pacificação dos conflitos, visto que foi proibido o exercício de justiça com as próprias mãos. É papel do Estado resolver os conflitos existentes na sociedade, uma vez que possui como objetivo primordial o bem estar e a paz social entre os indivíduos.

⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumarias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 37.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 37.

⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumarias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 13.

⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumarias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24-25.

⁶¹ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. v. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 136.

⁶² MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. v. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 136-137.

Dessa forma, se o indivíduo tem o direito de acesso ao Judiciário, este espera por uma solução justa. Sendo importante o papel do Estado em proporcionar um mínimo de satisfação aos litigantes, mesmo que uma das partes saia vencida..⁶³

A nova dinâmica do direito processual não enseja prejuízos à autonomia do processo⁶⁴, esta busca atualizar os instrumentos do processo para que se chegue a sua efetividade.⁶⁵

Deste modo, as definições expostas são esclarecedoras e oportunas à evolução do tema, principalmente em relação às espécies de tutelas em destaque: tutela cautelar e tutela antecipatória. Ambas possuem o objetivo de assegurar o direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, a qual não pode ser afastada pela inexistência de instrumentos processuais.

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

p. 147.

⁶⁴ TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.

142.

⁶⁵ TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.

142.

2 TUTELAS DE URGÊNCIA

A tutela jurisdicional pode ser definitiva ou provisória. A primeira privilegia a segurança e é composta por procedimentos da cognição exauriente da lide e pela imutabilidade da coisa julgada, em regra. A segunda possui como prerrogativa a efetividade e caracteriza-se pela condição de urgência e pela cognição sumária ou sumaríssima; é considerada uma cognição menos aprofundada.⁶⁶

O processo de conhecimento, após o transcurso das fases postulatória e instrutória, possui como objetivo a tutela definitiva. Nessas fases do processo, as partes envolvidas debatem sobre o bem jurídico pleiteado, conduzindo ao processo os argumentos e provas que entendem fundamentar as suas pretensões.⁶⁷

O fator tempo é indispensável para a garantia total do direito à segurança jurídica, porém, em alguns casos, o tempo pode ser inviável a efetividade jurisdicional, sobretudo nas situações em que o risco da perda do direito do autor exige uma tutela urgente.⁶⁸

Quando ocorrer esse tipo de situação sempre haverá uma colisão de direitos constitucionais, quais sejam: direito à segurança jurídica e direito à efetividade da jurisdição, sendo necessária uma solução proporcional. Não é aceitável a simples supressão de um dos direitos, é necessária uma solução que permita a sobrevivência de ambos os direitos colidentes.⁶⁹

O deferimento de medidas provisórias é o modo de viabilizar a coexistência desses dois direitos constitucionais. O legislador previu institutos adequados para solucionar os conflitos de determinados casos, contudo devido à diversificação de demandas e sua extensão, não há como prever todas as formas de prevenção pelo legislador.⁷⁰

As expressões “fundado receio”, ‘lesão grave’, ‘dano irreparável’, ‘difícil reparação’, ‘manifesto propósito protelatório’” expostas nos artigos 273 e 798 do

⁶⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23-28.

⁶⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

⁶⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67-68.

⁶⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 68.

⁷⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69.

Código de Processo Civil, definem circunstâncias e admitem que o juiz encontre a melhor solução para cada caso.⁷¹

Assim, o juiz terá duas providências de urgência a sua disposição, a medida cautelar e a medida de mérito antecipatória, as quais poderão ser usadas de acordo com a exigência de cada caso. A cautelar possui a função de garantir que o processo não será inútil, já a medida antecipatória possui como finalidade antecipar os efeitos da tutela que é objeto da demanda.⁷²

A tutela cautelar visa proteger a eficácia do processo, pois a duração do processo pode facilitar que se percam meios indispensáveis à satisfação do direito material.

O processo cautelar é um instrumento de garantia á utilidade da ação principal, as tutelas cautelares visam proteger a eficácia do processo, pois, a demora na atuação e satisfação do direito por meio do processo pode facilitar a perda de meios indispensáveis à satisfação do direito material.⁷³

Já a tutela antecipada de mérito visa o “adiantamento dos efeitos da decisão final, a ser proferida no processo de conhecimento, com a finalidade de evitar dano subjetivo a parte”⁷⁴, uma vez que o tempo pode expor a risco o próprio direito material, devendo este ser entregue em caráter provisório.⁷⁵

“A tutela antecipada implica adiantamento dos efeitos da sentença de mérito, enquanto a tutela cautelar se limita a garantir a utilidade do processo principal”.⁷⁶

Portanto, a tutela antecipada implica na antecipação dos efeitos da sentença realizando dessa forma o próprio direito material, já a tutela cautelar garante a

⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69.

⁷² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 70.

⁷³ TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 90.

⁷⁴ NUNES, Elpidio Donizzeti. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 341.

⁷⁵ TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 90.

⁷⁶ LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51.

eficiência do processo principal assegurando meios de satisfação para o direito material.⁷⁷

2.1 Tutela Cautelar

O instituto da tutela cautelar é o terceiro gênero de tutela jurisdicional, ao lado das tutelas de conhecimento e de execução, esta tutela possui o objetivo de garantir a conservação do estado das pessoas, coisas e provas, para que o resultado do processo seja útil.⁷⁸

A tutela cautelar é uma “medida destinada a assegurar a efetividade da função jurisdicional do Estado contra os possíveis danos que a duração do processo pode causar ao titular do direito”.⁷⁹

É uma “concessão de medidas colaterais que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal”⁸⁰. Dessa forma, a tutela cautelar nasceu para solucionar o problema na morosidade no sistema jurídico-processual, em que o lapso temporal eliminava, e elimina, o direito.⁸¹

O objeto do processo cautelar são as pretensões de direito ameaçadas de ineficácia, expostas a um dano iminente. Cabe ao juiz conceder a cautelar, na forma da lei, sob pena de proferir uma “sentença primorosa em seu aspecto formal e assentada num juízo de veracidade do mais elevado grau que, no entanto, poderia

⁷⁷ TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 94-95

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 20. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2002, p. 51.

⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 79.

⁸⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer (arts. 273 e 461 do CPC). *In*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 38.

⁸¹ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: RT, 2002, p. 255.

ser inútil, sob o ponto de vista da efetividade do direito reclamado pelo autor vitorioso”.⁸²

Por ser a tutela cautelar instaurada na forma de ação, esta submete-se ao exame das condições da ação, isto é, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*. Contudo, as cautelares por serem medidas extraordinárias, também se submetem a requisitos específicos, quais sejam: *fumus boni iuris e periculum in mora*.⁸³

Alguns doutrinadores entendem que os requisitos específicos integram o exame das condições da ação, em que situado no campo da possibilidade encontra-se o *fumus boni iuris*, e situado no interesse processual estaria o *periculum in mora*.⁸⁴

Porém, para a doutrina moderna e mais apurada, tais requisitos – *fumus boni iuris e periculum in mora* – integram o próprio mérito da ação cautelar⁸⁵. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior dispõe que:

A ação cautelar, é certo, não atinge e nem soluciona o mérito da ação principal. Mas no âmbito do exclusivo da tutela preventiva ela contém uma pretensão de segurança, traduzida num pedido de medida concreta para eliminar o perigo de dano. Assim, esse pedido, em sentido lato, constitui o mérito da ação cautelar, que nada tem haver com o mérito da ação principal. Analisando-se, pois, a ação preventiva de *per se*, é perfeitamente possível afirmar-se que também nela se pode separar o mérito das preliminares relativas aos pressupostos processuais e as condições da ação propriamente ditas. Dentro desse prisma, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* devem figurar no mérito da ação cautelar, por serem requisitos do deferimento do pedido e não apenas da regularidade do processo ou da sentença.⁸⁶

A expressão *fumus boni iuris* significa “fumaça do bom direito”, isto é, juízos de probabilidade ou plausibilidade de um direito.⁸⁷

O juízo de probabilidade ou plausibilidade é um convencimento fundamentado em uma avaliação de probabilidade hipotética, não podendo ser

⁸² SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: RT, 1998, p. 19.

⁸³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo Cautelar**. 21. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2004, p. 103.

⁸⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo Cautelar**. 21. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2004, p. 85-86.

⁸⁵ DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 123.

⁸⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo Cautelar**. 21. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2004, p. 87.

⁸⁷ NETO, Luiz Orione. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 116.

compreendido como formação de convencimento total do juiz, uma vez que nas tutelas cautelares não se aplica à cognição exauriente.⁸⁸

O *fumus boni iuris* corresponde a “verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado”⁸⁹. Existirá o *fumus boni iuris* quando a parte evidenciar as condições para praticar o direito de ação, sendo suficiente que os fatos apresentados na inicial garantam, em tese, uma sentença de mérito favorável.⁹⁰

O juiz não pode estabelecer como condição a medida cautelar a uma prova completa e exaustiva do direito da parte, pois em razão da urgência, não há de se instituir uma comprovação igual a que se exige na ação principal. Como já foi dito anteriormente, nas tutelas de urgência a cognição é sumária e não exauriente.⁹¹

Assim sendo, as provas devem ser produzidas para que o juiz possa ser persuadido em relação à verossimilhança da situação jurídica retratada na petição da tutela cautelar. A concessão da tutela cautelar subordina-se à prova *fumus boni iuris*, que é precisamente o juízo específico de probabilidade de existência do direito invocado pela parte no processo principal.⁹²

O *fumus boni iuris* deve ser constituído a partir de elementos de persuasão, ainda que superficiais e incompletos, mas que permitam um juízo de probabilidade, já que a finalidade da lei é impedir a concessão de medidas quando nenhuma é a probabilidade ou possibilidade de sucesso no processo principal.⁹³

Por conseguinte, deve-se assegurar a tutela cautelar ao existir plausibilidade nos fundamentos apresentados e sérios motivos que possam depreciar o direito da parte, em razão da demora da prestação jurisdicional.⁹⁴

Outro pressuposto para a concessão da medida cautelar é o *periculum in mora*, que significa “o perigo da demora”.

⁸⁸ DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 124.

⁸⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo Cautelar**. 21. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2004, p. 92.

⁹⁰ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: RT, 2002, p. 303.

⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**. 2. ed. São Paulo: América Jurídica, 2001, p. 78.

⁹² DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 123.

⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**. 2. ed. São Paulo: América Jurídica, 2001, p. 79.

⁹⁴ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: RT, 2002, p. 304.

A tutela cautelar possui como atributo fundamental a urgência, a qual se expressa pelo requisito do *periculum in mora*. Este requisito está inteiramente ligado à idéia de risco e prejuízo⁹⁵, conseqüentemente, não há que se falar em tutela cautelar quando faltar o *periculum in mora*⁹⁶, pois estaria ausente a sua própria razão de existência.⁹⁷

Para a obtenção da tutela cautelar, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isso pode ocorrer quando haja o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal.⁹⁸

Em sentido técnico, o *periculum in mora* demonstra a idéia de risco de lesão ou difícil reparação nos casos em que o processo principal não seja satisfatoriamente ágil a originar a solução do conflito antes que uma das partes gere prejuízo à outra.⁹⁹

A pretensão da tutela cautelar é “senão suprimir, ao menos reduzir, até o limite do possível, os inconvenientes que o tempo exigido para que a jurisdição cumpra sua função poderia causar ao direito necessitado de proteção urgente”.¹⁰⁰

O *periculum in mora* estará caracterizado quando o direito almejado pelo autor for lesionado ou prejudicado em razão da demora processual, morosidade esta que favorecerá o réu. Assim, o prejuízo que se procura impedir não é de natureza fundamentalmente patrimonial, mas sim “prejuízo processual ligado à própria atuação jurisdicional ao regular o processo de transporte da matéria meritória”. Sendo o prejuízo, jurídico e processual, e não fático e material.¹⁰¹

O risco processual irreversível ou de difícil reparação é aquele que materializado, impede a efetividade prática da decisão de mérito. Esse risco fundado objetivamente é o elemento primordial de verificação da possibilidade de incidência

⁹⁵ DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 115 e 116.

⁹⁶ NETO, Luiz Orione. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119.

⁹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 165.

⁹⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo Cautelar**. 21. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2004, p. 92.

⁹⁹ DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 116.

¹⁰⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: RT, 1998, p. 55

¹⁰¹ DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003, p.116.

da tutela cautelar, cabendo ao juiz, em cada caso, verificar o critério de avaliação do risco alegado pelo autor, por meio do seu livre convencimento.¹⁰²

Importante ressaltar, que o risco ou o perigo deve corresponder a fatos supervenientes que venham a desequilibrar a relação jurídica existente.¹⁰³

Conclui-se, portanto, que o processo cautelar é o procedimento pelo qual opera a jurisdição, com o escopo de assegurar a eficácia do processo principal, podendo ser este de conhecimento ou de execução.¹⁰⁴

2.2 Tutela Antecipada

A antecipação de tutela foi disciplinada no ordenamento jurídico pátrio pela Lei n. 8952, de 13 de dezembro de 1994. Dá-se o nome de tutela antecipada a antecipação dos efeitos da decisão final, a ser pronunciada em processo de conhecimento, com o objetivo de evitar dano ao direito subjetivo da parte.¹⁰⁵

A redação do caput do artigo 273 do Código de Processo Civil dispõe que: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

Assim, o magistrado pode antecipar total ou parcialmente o pedido da parte, desde que, esta comprove a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, além dos requisitos expressos nos incisos I e II, que se resumem à exigência de

¹⁰² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. III, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 33.

¹⁰³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo Cautelar**. 21. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2004, p. 95.

¹⁰⁴ NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 983.

¹⁰⁵ NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso Didático de Processo Civil**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 341

dano irreparável ou de difícil reparação; ou que reste caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.¹⁰⁶

O instituto permitiu ao juiz que executasse provisoriamente uma decisão, antes mesmo de a sentença ser proferida, com o objetivo de garantir o seu cumprimento.¹⁰⁷

O magistrado possui um papel relevante em relação a possibilidade de antecipação total ou parcial da tutela, uma vez que somente deve antecipar a tutela nos casos em que se faz necessário evitar o perigo. Sendo assim, “havendo cumulação de pedidos e estando apenas um deles sob risco de dano, não será legítima a antecipação da tutela em relação ao outro”.¹⁰⁸

A antecipação de tutela pode ser requerida e concedida em qualquer fase processual e deve ser requerida pela parte, pois é vedada a concessão *ex officio*.¹⁰⁹

Para que seja concedida, a lei exige prévio pedido do autor, que pode ser feito a qualquer momento no curso do processo, seja no próprio bojo da petição inicial, seja através de simples petição nele incidente. Não existe ajuizamento de ação ou instauração de processo distinto para a concessão da antecipação de tutela, já que se trata de medida vinculada à própria função do processo principal, de reconhecimento e satisfação do direito. A medida apenas adianta os efeitos práticos desse reconhecimento, impedindo a frustração da eficácia do processo.¹¹⁰

Ao contrário da ação cautelar, a antecipação de tutela tem eficácia satisfativa e pretende antecipar a própria sentença de mérito, desfrutando desde logo do bem da vida pleiteado na inicial. No entanto, a tutela cautelar está sujeita à demonstração de prova inequívoca e da verossimilhança da alegação.¹¹¹

¹⁰⁶ Art. 273 e seus incisos do CPC: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

¹⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 552.

¹⁰⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 78.

¹⁰⁹ NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso Didático de Processo Civil**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2010. p. 341

¹¹⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: ARRUDA, Alvim; ALVIM, Eduardo Arruda (coord). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro, 2006. p. 303-304.

¹¹¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 17.

A prova inequívoca é um requisito essencial, pois é aquela capaz de convencer o juiz sobre a verossimilhança da alegação. A obrigação de demonstrar prova inequívoca aparecer somente com a tutela antecipatória, ou seja, aquela que inicia a demanda, já que nas tutelas antecipatórias deferidas no curso do processo ou em fase recursal, o magistrado pode analisar todo o conjunto probatório constante nos autos.¹¹²

A prova inequívoca da verossimilhança da alegação põe-se no meio-termo entre o mero *fumus boni juris* (requisito de concessão de liminar em ação cautelar) e a certeza, obtida pelo magistrado após o término da fase de instrução probatória, autorizando-o a prolatar sentença judicial devidamente fundamentada. No caso da antecipação de tutela, há uma razoável probabilidade, num grau acentuado, de que os fatos afirmados pelo autor tenham se passado da forma relatada, de que sejam verossímeis, amparados em prova idônea.¹¹³

Além disso, os incisos I e II do artigo 273 do Código de Processo Civil estabelecem como condição ao juiz a constatação de dois pressupostos: fundado receio de dano irreparável ou abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.¹¹⁴

O receio de dano deve ser iminente e concreto, ou seja, capaz de efetivamente gerar prejuízos a parte¹¹⁵.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação se parece com o *periculum in mora*, requisito para o deferimento de liminares em ação cautelar. Entretanto, na tutela antecipada o objetivo é a satisfação do direito material requisitado no processo, já na tutela cautelar o objetivo é o resultado útil da ação principal¹¹⁶. Este requisito pode restar comprovado por meio das provas que instruíram a petição inicial, por meio de justificação prévia.¹¹⁷

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 208.

¹¹³ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. Vol 3. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.p.56-57.

¹¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.

¹¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.

¹¹⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. Vol 3. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.p.57.

¹¹⁷ NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso Didático de Processo Civil**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2010.p.343

“Ainda que inexista o *periculum in mora*, a tutela antecipada pode ser concedida se ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito proletário”.¹¹⁸

O abuso de direito de defesa acontece quando o réu oferece resistência a pretensão do autor, completamente infundada ou contra o direito expresso e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa.¹¹⁹

Em qualquer hipótese, a antecipação de tutela só se justifica se necessária (princípio da necessidade), ou seja, se o comportamento do réu importar, efetivamente, o retardamento. O ato, mesmo abusivo, que não impede, nem retarda, os atos processuais subsequentes não legitima a medida antecipatória. Assim, a invocação, pelo réu, na contestação, de razões infundadas, por si só não justifica a antecipação de tutela. Se justificasse, com mais razão se deveria antecipá-la sempre que ocorresse revelia. Para tais hipóteses, o sistema já oferece solução do julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC).¹²⁰

Importante ressaltar, que a tutela antecipada não deve ser determinada se houver perigo de irreversibilidade da medida, conforme dispõe o parágrafo 2º, do artigo 273, do Código de Processo.¹²¹

Em relação ao parágrafo 6º, do artigo supracitado o legislador objetivou a busca da efetividade da tutela jurisdicional, já que dispõe que quando existe em uma demanda, pedidos cumulados e um deles mostrar-se incontroverso poderá o magistrado mesmo assim conceder a tutela antecipada. Nesse sentido, esse dispositivo tem grande aparato constitucional por buscar a celeridade e efetividade processual, pois se um pedido mostra-se incontroverso não há razão para que não seja apreciado em face de controvérsia existente em outro pedido.¹²²

Assim, evidencia-se que a finalidade principal da tutela antecipada é a satisfação do direito material discutido na demanda, procurando evitar que a lesão ao direito material a torne ineficaz.¹²³

¹¹⁸ NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso Didático de Processo Civil**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2010.p.343

¹¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2006.p.612

¹²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81.

¹²¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 71-78.

¹²² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107-108.

¹²³ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: ARRUDA, Alvim; ALVIM, Eduardo Arruda (coord). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro, 2006.p. 304.

2.3 Semelhanças e Diferenças entre as espécies de tutelas

Apresentados os principais aspectos da tutela cautelar e da antecipação de tutela nos itens anteriores, é possível concluir que as espécies do gênero tutela de urgência têm como principal objetivo prevenir a lesão de um direito do demandante, garantindo, assim, a efetividade da prestação jurisdicional.¹²⁴

As duas tutelas de urgência visam proteger o mesmo bem da vida. Contudo, à medida que a tutela antecipada determina a satisfação de um direito sumariamente, disponibilizando-se de medidas que permitem a imediata satisfação, total ou parcial, do direito pretendido pelo autor¹²⁵, a tutela cautelar visa garantir a viabilização de um direito, ao conservar o objeto necessário à utilidade do julgamento.¹²⁶

A medida cautelar caracteriza-se por não visar o objeto jurídico resultante o direito material, o qual se consolida na decisão final. Já na concessão da tutela antecipada o objetivo é antecipar a sentença de procedência do pedido que será confirmada ou não na decisão final. Portanto, a tutela cautelar não consistirá no objeto da tutela definitiva, resguardando o objeto apenas enquanto existir o estado de perigo, o qual visa impedir.¹²⁷

Dessa forma, as providências jurisdicionais disponibilizadas por uma e outra não se identificam.¹²⁸

¹²⁴ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: ARRUDA, Alvim; ALVIM, Eduardo Arruda (coord). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro, 2006.p. 305.

¹²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 305.

¹²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 144.

¹²⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: ARRUDA, Alvim; ALVIM, Eduardo Arruda (coord). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro, 2006.p. 307

¹²⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: ARRUDA, Alvim; ALVIM, Eduardo Arruda (coord). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro, 2006.p. 307

O principal ponto de divergência entre os processualistas é quanto à satisfatividade em relação à diferenciação das medidas de urgência. Tal característica estaria presente apenas nas tutelas antecipatórias.¹²⁹

A provisoriedade é uma característica de ambas as medidas, assim será aplicada em tempo anterior ao julgamento definitivo, mas não se deve confundir o deferimento de uma tutela que visa a simples segurança de um direito daquela que, de certa forma, concederá o pedido formulado na inicial.¹³⁰

A satisfatividade, portanto, não se faz presente nas medidas cautelares, conforme explana Joel Dias Figueira Júnior:

Acautelar uma determinada situação fática ou jurídica concreta significa protegê-la, preveni-la, resguardá-la, defendê-la; logicamente, medida cautelar é medida que acautela, e não que antecipa satisfação, antecipa-se a cautelaridade, não a satisfatividade, quanto ao objeto da lide principal.¹³¹

Os procedimento e requisitos das tutelas de urgência são diferenciados em virtude da diversidade de pedidos imediatos e da diversidade de formas do provimento judicial utilizados pelas tutelas de urgência.¹³²

Quando a antecipação da tutela for requerida, o pedido deve ser feito incidentalmente no próprio processo em que a proteção daquele interesse material é requerido, não sendo necessária a propositura de ação autônoma. A antecipação de tutela normalmente é decidida em decisão interlocutória, nada impedindo a sua concessão também na sentença e no curso do processo.¹³³

Neste caso, é imprescindível que para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela seja verificado não só o perigo de ineficácia do processo, mas também a grande probabilidade de vitória processual do autor. Como a antecipação da tutela permitirá ao autor desfrutar imediatamente dos efeitos práticos da decisão definitiva de procedência, deve demonstrar nos autos a verossimilhança de sua

¹²⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**, v. 3. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 34.

¹³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**, v. 3. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 73-74.

¹³¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 18-19.

¹³² SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: ARRUDA, Alvim; ALVIM, Eduardo Arruda (coord). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro, 2006.p. 307.

¹³³ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: ARRUDA, Alvim; ALVIM, Eduardo Arruda (coord). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro, 2006.p. 307-309.

alegação, a consistência jurídica de sua argumentação, respaldada por provas que demonstrem, de forma inequívoca, a ocorrência dos fatos constitutivos de seu direito. Só se pode antecipar o que provavelmente será concedido em momento posterior.¹³⁴

A tutela cautelar, ao contrário, é necessária quando se tem por fim proteger a efetividade da tutela jurisdicional por meio da manutenção do estado de uma determinada coisa, pessoa ou prova, sem implicar satisfação, mesmo que provisória, do direito perseguido. Para isso, a parte deverá ajuizar uma ação cautelar, instaurando processo autônomo, cujo procedimento prevê citação, contestação, audiência e sentença.¹³⁵

A antecipação de tutela, como conceito distinto da tutela cautelar, não foi ainda entendida perfeitamente pela doutrina e pelos operadores do direito.¹³⁶

Talvez a primeira e mais grave causa de incompreensão consista na falsa crença de que esses sejam dois conceitos absolutamente distintos e não, como convém, duas categorias de um mesmo gênero, o das *medidas urgentes*. O bom exemplo do art. 700 do Código de Processo Civil italiano e do muitíssimo que a respeito já se escreveu ainda não foi capaz de infundir no pensamento brasileiro a idéia de que, sendo mais forte o que há em comum entre as medidas urgentes em geral (lutar contra o tempo), *devem ficar reduzidas as preocupações em separar muito precisamente as duas espécies*, dando-lhes tratamentos diferentes como se fossem dois estranhos e não, como realmente são, dois irmãos quase gêmeos (ou dois gêmeos quase univitelinos).¹³⁷

Assim, o juiz não pode mais primar pelo rigor da classificação sem aplicação no contexto geral. Pois, pode correr o de denegar a tutela de urgência somente por uma questão formal, deixando o litigante privado da efetividade do processo.¹³⁸

O tratamento normativo dispensado às medidas de urgência é apenas uma questão de política legislativa, já que ambas se inspiram em justificativas iguais e procuram resultados similares.¹³⁹

¹³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 315.

¹³⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: ARRUDA, Alvim; ALVIM, Eduardo Arruda (coord). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro, 2006. p. 299.

¹³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 90

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 90

¹³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência (medidas cautelares e antecipatórias)**. 2 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 21

¹³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência (medidas cautelares e antecipatórias)**. 2 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 19.

A prestação jurisdicional fica seriamente comprometida com a insistência nesta diferenciação. Há tempos já se julga essencial encontrar soluções homogêneas para ambas as categorias, dada a unidade de seu objetivo de combater o fator tempo na busca da efetividade da tutela final¹⁴⁰. Foi com esse intuito que a reforma processual, que incluiu o §7º no art. 273 do CPC, com redação dada pela Lei n. 10.444/02, estabeleceu a regra da fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, abrindo “os horizontes para uma caminhada de maior esclarecimento de ambos os institutos e do gênero que integram”.¹⁴¹

Atendendo aos princípios da celeridade e instrumentalidade da formas, ver-se-á, adiante, que o legislador trouxe o instituto da fungibilidade, para facilitar a aplicação das tutelas urgentes devido às dificuldades percebidas na diferenciação e utilização das medidas processuais.¹⁴²

¹⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 310.

¹⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 91.

¹⁴² LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da Tutela de Urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 107.

3 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

A concepção do princípio da fungibilidade é importante para analisar a aplicação dessa figura jurídica no âmbito das tutelas cautelar e antecipada, delimitando hipóteses que permitam sua incidência.

O princípio da fungibilidade é instituto mais conhecido na esfera dos recursos. Tendo sido expressamente previsto no art. 810 do Código de Processo Civil de 1939, porém, o Código vigente não traz nenhuma regra expressa referente ao preceito.¹⁴³

Mas os princípios são, normalmente, regras de ordem geral, que muitas vezes decorrem do próprio sistema jurídico e não necessitam estar previstos expressamente em normas legais, para que se lhes empreste validade e eficácia. Logo, *mesmo à falta de regra expressa, pode-se entender, em tese, que a fungibilidade dos recursos não repugna ao sistema do CPC*, que [...] contém hipóteses capazes de gerar dúvida objetiva a respeito da adequação do recurso ao ato judicial recorrível.¹⁴⁴

Dessa forma, o princípio não necessita estar positivado para que seja utilizado pelo operador do Direito.¹⁴⁵

Na teoria geral dos recursos o princípio da fungibilidade é aplicado no caso em que ocorre “dúvida objetiva” quanto ao recurso cabível. Aproveita-se o recurso inadequadamente interposto pelo que seria o certo.¹⁴⁶

“Essa regra decorreria do princípio publicístico do processo, segundo o qual não se deve sacrificar o fundo pela forma”.¹⁴⁷

¹⁴³ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 139.

¹⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 139.

¹⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 139.

¹⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 139.

¹⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 142-143.

Por ser uma medida excepcional, a incidência da fungibilidade deve satisfazer certas condições, limites e requisitos, quais sejam: a inexistência de erro grosseiro ou má-fé e ocorrência de dúvida objetiva quanto ao recurso adequado.¹⁴⁸

A dúvida deve ser *objetiva*, isto é, deve estar, normalmente, contida em discussões doutrinárias e/ou jurisprudenciais. Não basta, para caracterizar-se o caso de aplicação do princípio da fungibilidade, que a dúvida esteja inculcada no *subjetivismo* do recorrente. Se este demonstrar que, apesar de a hipótese ainda não haver sido discutida nem na doutrina nem na jurisprudência, existe *dúvida fundada* sobre qual o recurso adequado, incidirá o princípio da fungibilidade”.¹⁴⁹

A aplicação do princípio da fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada emana de semelhante fundamento teórico ao empregado na teoria geral dos recursos, ou seja, é necessário que ocorra a “dúvida objetiva” em relação ao procedimento empregado, bem como a inexistência de “erro grosseiro” ou “má-fé” no ajuizamento da medida, e que os requisitos ensejadores da medida de fato requerida estejam presentes, conforme elencados nos dispositivos pertinentes do Código de Processo Civil.

3.1 O Princípio da fungibilidade e sua aplicação as tutelas cautelar e antecipatória

A tutela cautelar e tutela antecipatória são institutos distintos, entretanto podem ser confundidos devido às suas semelhanças.¹⁵⁰

Dessa forma, o legislador buscando facilitar a prática jurídica inseriu no Código de Processo Civil, em 2002, o § 7º no art. 273, com a finalidade de aproveitar um ato já praticado e de evitar um prejuízo à parte interessada.¹⁵¹

¹⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 142-143.

¹⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 160.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação de Tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 157-163.

O § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil dispõe que: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental no processo ajuizado”.

A fungibilidade significa substitutividade. É a alteração de um instituto aplicado por outro sem prejuízo jurídico¹⁵².

O processo não pode ficar atrelado a formalidades rigorosas, tem de se buscar a materialização da vontade concreta da lei e seu escopo social, que é a “pacificação com justiça”, sem abandonar os preceitos do devido processo legal e da segurança jurídica.¹⁵³

O Estado, por ter chamado para si o monopólio da jurisdição, está obrigado a prestar a devida tutela jurisdicional. Assim, o processo deve se amoldar às demandas diversificadas, às diferentes necessidades do direito material, que solicitam sua interferência para a solução de seu litígio.¹⁵⁴

A eficiência da tutela jurisdicional está vinculada à apresentação de técnicas processuais adequadas, à disposição do jurisdicionado, para o desfecho do caso concreto. O ordenamento jurídico brasileiro operara dessa maneira, no momento em que permite a utilização das tutelas de urgência de forma a evitar o perecimento do direito material tutelado.¹⁵⁵

O legislador busca um processo civil de resultados, tendo em vista que o processo é o instrumento colocado à disposição dos jurisdicionados que procuraram uma prestação de serviço jurídico eficaz.¹⁵⁶

Assim, a inserção do mencionado parágrafo evidencia que o legislador teve o intuito de evitar que a imprecisão quanto à natureza da tutela urgente

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação de Tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 157-163.

¹⁵² CRUZ, André Luiz Vinhas. **As Tutelas de Urgência e a fungibilidade de Meios no Sistema Processual Civil**. São Paulo: BH, 2006, p152-153.

¹⁵³ TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.165 - 166.

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação de Tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 163-166.

¹⁵⁵ TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.166-175.

¹⁵⁶ VINHAS DA CRUZ, André Luiz. **As Tutelas de Urgência e a fungibilidade de Meios no Sistema Processual Civil**. São Paulo: BH, 2006, p. 175 - 176.

comprometesse a efetividade do processo, aperfeiçoando atuação do Poder Judiciário¹⁵⁷.

A finalidade desta nova disposição é permitir a concessão da tutela de urgência mesmo que esta não tenha sido requerida corretamente, pois em alguns casos é difícil reconhecer a natureza da tutela urgente.¹⁵⁸

No campo doutrinário, praticamente não havia divergência quanto à incidência de cada modalidade de tutela urgente (cautelar e antecipatória). A maioria dos doutrinadores entende que, apesar das características comuns, as medidas cautelares e antecipatórias são tecnicamente distintas.¹⁵⁹

Nessa linha de raciocínio, a tutela antecipada seria uma forma de tutela diferenciada, pois tende à satisfação do direito substancial por antecipação, ainda que de forma provisória e condicionada à confirmação futura. Não se confunde com a cautelar, que não antecipa, mas se destina ao acautelamento, à conservação.¹⁶⁰

No entanto, o excessivo rigor tecnicista para separar as hipóteses de tutelas urgentes pode anular a conquista instrumental, provocando males à efetividade da prestação jurisdicional.¹⁶¹

Somente o direito brasileiro almejou apartar em campos diversos e bem delineados as medidas cautelares e as de antecipação de tutela. O direito europeu reúne as duas tutelas de urgência como simples espécies de um mesmo gênero de tutela jurisdicional, não apontando nenhuma diferença fundamental. Tal fato justifica-se em razão de que tanto uma como a outra possui como função principal eliminar o *periculum in mora*, que por sua vez tanto pode afetar o processo pendente como o direito material subjetivo do demandante.¹⁶²

¹⁵⁷ ANTEPROJETO DE LEI N° 13. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 de setembro de 2006.

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 3 ed. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 204.

¹⁵⁹ DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 177.

¹⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 381.

¹⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 20 ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2002, p. 460.

¹⁶² MORBACH, Cristiano Barata. **A fungibilidade de mão dupla no campo das tutelas de urgência: uma outra visão**. Disponível em <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5400>>. Acesso em: 15 de setembro de 2006.

Apesar da clara distinção teórica entre a tutela cautelar e a antecipada, nem sempre essas diferenças são reconhecidas tão facilmente nas situações práticas levadas a juízo pelos operadores do direito, podendo estes por equívoco requerer uma medida pela outra.¹⁶³

A vida quase nunca se amolda docilmente às previsões do legislador, nem aceita a rigidez de suas normas como fórmulas infalíveis de compreensão e solução da complexa multifacetária convivência humana numa sociedade cuja característica dominante é o conflito acima de tudo e não a singela e espontânea busca de comportamento individual pautado segundo o programa do direito positivo.¹⁶⁴

O alcance entre a cautelaridade e o adiantamento do provimento de mérito não é claro, assim ocorre a propagação da dúvida e da discórdia no seio da jurisprudência. Sendo nessas hipóteses necessária a maior flexibilização.¹⁶⁵

Embora sejam bem nítidos os contornos peculiares de uma medida cautelar, inconfundíveis com as da antecipação de tutela, a primeira destinada à tutela do processo, cujo resultado útil visa assegurar e a segunda, à tutela do próprio direito material, mediante provimento satisfativo, é inegável que há medidas que se situam em uma zona cinzenta, com aspectos de ambos os institutos, ensejando acentuadas controvérsias em sede doutrinária e jurisprudencial.¹⁶⁶

A similaridade torna complexa a diferenciação das tutelas de urgência, uma vez que não há tempo disponível para se averiguar com total precisão qual a natureza correta da medida pleiteada: cautelar ou antecipatória.¹⁶⁷

A inserção do parágrafo §7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil surgiu para flexibilizar o rigor pelo qual se pautavam os julgadores, de forma que passou a aceitar expressamente que o juiz concedesse uma tutela cautelar, em caráter incidental ao processo principal, quando presentes os respectivos

¹⁶³ NUNES, Elpídio Donizzeti. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 342.

¹⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 20 ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2002, p. 463.

¹⁶⁵ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 103.

¹⁶⁶ BRITO, Ana Maria Duarte Amarante. **Lições do processo civil: processo de conhecimento**. Brasília: Fortium, 2005, p. 187

¹⁶⁷ BRITO, Ana Maria Duarte Amarante. **Lições do processo civil: processo de conhecimento**. Brasília: Fortium, 2005, p. 187

pressupostos (*fumus boni iuris e periculum in mora*), ainda que o pedido fosse de tutela antecipada.¹⁶⁸

Em relação à aplicabilidade do princípio da fungibilidade, esta deve ser feita nos mesmo moldes da teoria geral dos recursos, em que deve haver dúvida objetiva entre um provimento de urgência e outro, bem como a ausência de erro grosseiro. De tal modo, o juiz apenas poderá proceder à fungibilidade dos pedidos quando verificar dúvida fundada e ausência de erro grosseiro, sob pena de fazer uso indiscriminado deste instituto.¹⁶⁹

Neste caso, não existindo erro grosseiro do requerente, ou, em outras palavras, havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela, aplica-se a idéia de fungibilidade, uma vez que seu objetivo é o de evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento da tutela urgente (evidentemente de natureza nebulosa) no processo de conhecimento.¹⁷⁰

No que se refere ao procedimento, a fungibilidade na área recursal aplica o procedimento do recurso que se julga por ora correto. Já no campo das tutelas de urgência, se o juiz assim o fizer, este deve receber o pedido de antecipação de tutela como se ação cautelar fosse, sendo necessária a instauração de processo autônomo, a fim de citar o réu para que possa exercer seu direito ao contraditório.¹⁷¹

Todavia, essa não é a vontade do legislador, o qual procurou obter a efetividade do processo aliado à economia processual. Deve, portanto, o juiz decidir o pedido de antecipação de tutela conferindo a medida cautelar, como simples pedido incidental do próprio processo principal.¹⁷²

Ocorreu no processo de conhecimento uma verdadeira ampliação, já que existe a possibilidade da medida cautelar em seu interior, sem necessidade de um processo específico, garantindo a eficácia e a efetividade do provimento jurisdicional.¹⁷³

¹⁶⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. Revista do Processo. n. 10. Seção: Doutrina Nacional, p. 84.

¹⁶⁹ ORIONE NETO, Luis. **Processo cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 68.

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 154.

¹⁷¹ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. **Revista do Processo**. n. 10. Seção: Doutrina Nacional, p. 85-87.

¹⁷² SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. **Revista do Processo**. n. 10. Seção: Doutrina Nacional, p. 86-87.

¹⁷³ DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 180.

É evidente, portanto, a consciência e a uniformização do pensamento no sentido de que as tutelas cautelar e antecipatória são em seu bojo iguais e o que as distingue, basicamente, é o resultado que cada uma pretende alcançar e a profundidade da análise dos requisitos inerentes a cada uma das espécies. Neste aspecto, a fungibilidade veio para assentar solidez ao fato de que hoje existe um regime jurídico único às tutelas de urgência.¹⁷⁴

3.2 A “mão dupla” da fungibilidade nas tutelas de urgência

Posteriormente a previsão expressa sobre a fungibilidade das tutelas de urgência surgiu uma nova inquirição sobre a possibilidade do juiz conceder tutela antecipada satisfativa no bojo de ação cautelar. É chamada fungibilidade de mão-dupla, de duplo sentido¹⁷⁵ ou de duplo sentido vetorial¹⁷⁶. Atualmente, existem duas correntes firmadas na doutrina acerca desse tema.

A primeira corrente defende que a fungibilidade somente é aceita no sentido em que direciona a interpretação literal da lei, ou seja, só seria admissível a substituição da tutela antecipada pela cautelar, o inverso não teria sido apreciado pelo legislador que previu via específica para a medida antecipatória, pois os requisitos desta são mais rigorosos que os pressupostos para a concessão das medidas cautelares.¹⁷⁷

A hipótese de deferimento de antecipação de tutela no bojo da ação cautelar ensejaria em uma afronta ao devido processo legal, pela inadequação da via eleita, pois rito da ação cautelar é mais breve que a ação de conhecimento. Assim, não

¹⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 381.

¹⁷⁵ VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§7.º do art. 273 do CPC). **Revista de Processo**. São Paulo: Fevereiro, n. 144, 2007, p. 28-29.

¹⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92.

¹⁷⁷ TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.170-171.

pode haver o deferimento de medidas antecipatórias no seio da ação cautelar ou a chamada fungibilidade de mão-dupla.¹⁷⁸

Ocorrendo a hipótese da fungibilidade de mão-dupla, a ação principal deve ser intentada em trinta dias, como é determinado para as medidas cautelares preparatórias¹⁷⁹. Nesses casos de tutela antecipada no bojo de ação cautelar, o juiz deve mandar emendar a inicial “de modo a ser adaptada ao rito adequado do processo de conhecimento”¹⁸⁰. Isso se dá porque “a tutela antecipatória necessita de um grau mais intenso de verossimilhança e de uma maior certeza sobre o direito do que o *fumus boni iuris*”¹⁸¹.

Diante desse cenário, Humberto Theodoro Junior dispõe que:

O que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.¹⁸²

Um dos motivos para a não aceitação da fungibilidade de mão-dupla seria a questão da satisfatividade, característica marcante na tutela antecipada, porém, em geral, ausente na ação cautelar. Assim, a ação cautelar não comportaria “a antecipação de efeitos da sentença (satisfatividade), sendo uma contradição lógica e técnica essa possibilidade”.¹⁸³

Em contrapartida, a segunda corrente adota a posição de mão-dupla na interpretação do dispositivo, sendo suficiente a presença dos pressupostos exigidos para a concessão da tutela antecipada quando da interposição equivocada da medida cautelar.¹⁸⁴

¹⁷⁸ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 72-74.

¹⁷⁹ FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Comentários às alterações no código de processo civil**. Rio de Janeiro: Roma V., 2004, p. 64.

¹⁸⁰ FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Comentários às alterações no código de processo civil**. Rio de Janeiro: Roma V., 2004, p. 60.

¹⁸¹ LIVONESI, André Gustavo. Fungibilidade das tutelas de urgência: a tutela cautelar e a tutela antecipada do art. 273 do CPC. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Julho, n. 28, 2005, p. 21-27.

¹⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 415.

¹⁸³ DIAS, Jean Carlos. Ainda a fungibilidade entre as tutelas de urgência: a atual posição doutrinária sobre o tema. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Março, n. 60, 2004, p. 60-79.

¹⁸⁴ TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.170-173.

Não existe afronta ao princípio do devido processo legal, pois com a probabilidade de tutela antecipada ser deferida em ação cautelar não se está dizendo que essa poderá ser usada indiscriminadamente e sim limitada aos requisitos do artigo 273, do Código de Processo Civil¹⁸⁵.

Se a análise é substancial, ou seja, se é ao teor das provas produzidas na inicial que deverá ater-se o magistrado a fim de saber qual providência conceder, não vemos como o duplo sentido vetorial possa contrariar o devido processo legal. Por isso, entendemos que a simples diferença de requisitos para a concessão de medidas não é, *de per si*, óbice à ampla fungibilidade.¹⁸⁶

A aplicação desse dispositivo nos dois sentidos harmoniza-se com a garantia prevista na Constituição de que os consumidores das prestações jurisdicionais obterão uma tutela jurídica justa, ou seja, terão acesso às práticas jurídicas adequadas para a efetiva tutela do seu direito material.¹⁸⁷

A fungibilidade é a possibilidade de se conceder uma técnica jurisdicional de urgência ao invés da que foi inicialmente requerida, e essa fungibilidade vale não só para cautelar, quando demandada medida antecipatória, como, também para o inverso, requerida cautelar quando o que se pretende é tutela antecipatória.¹⁸⁸

Não existe óbice para a fungibilidade de mão-dupla. Pois a intenção do legislador ao inserir o §7º ao artigo 273, foi o de obter a efetividade do processo com economia processual.¹⁸⁹

“Assim, diante de uma petição inicial de ação cautelar e entendendo que a medida correta é a antecipação de tutela, deverá o magistrado recebê-la como simples petição incidente do processo principal, não determinando citação ou processamentos em apartado”.¹⁹⁰

¹⁸⁵ AMARAL, Rafael Lopes. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Janeiro, n. 46, 2007, p. 94-101.

¹⁸⁶ AMARAL, Rafael Lopes. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Janeiro, n. 46, 2007, p. 94-101.

¹⁸⁷ TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.165-166.

¹⁸⁸ LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da Tutela de Urgência**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 107

¹⁸⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: ARRUDA, Alvim; ALVIM, Eduardo Arruda (coord). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro, 2006.p. 313.

¹⁹⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: ARRUDA, Alvim; ALVIM, Eduardo Arruda (coord). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro, 2006.p. 315.

Portanto, a fungibilidade de mão-dupla gera a efetividade da tutela jurisdicional por ser um meio capaz de assegurar um processo de resultados, sendo necessária a aplicação da medida mais adequada ao caso concreto com o objetivo de tutelar o fato ou o direito em ameaça.

CONCLUSÃO

O Estado avocou para si o dever da aplicação do direito ao proibir a justiça privada. Assim, adquiriu o dever de prestar a tutela jurisdicional de forma adequada e eficaz, para manter a pacificação dos conflitos sociais.

A tutela jurisdicional eficaz e adequada é aquela prestada de forma ágil e efetiva, em que a consequência é a maior identidade admissível entre o resultado do processo e a realização espontânea do direito material.

A morosidade da relação processual pode provocar riscos à efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que é necessário um tempo processual maior para garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa. Dessa forma, o legislador criou as medidas urgentes para os casos em que a demora processual pode gerar ineficácia.

A tutela jurisdicional de urgência possui duas espécies, quais sejam: a tutela cautelar e a tutela de mérito antecipada. Ambas as espécies possuem a função de evitar o dano e a estrutura processual de sumariedade do procedimento. Estas se divergem no tocante à natureza da urgência da medida, pois na tutela cautelar a urgência fundamenta-se na garantia do processo de conhecimento ou de execução, enquanto, na tutela de mérito antecipada visa satisfazer, provisoriamente, o direito material invocado na petição inicial.

A tutela cautelar protege o estado das coisas, pessoa e até provas para conservar o provimento final e evitar que este seja ineficaz ou inadequado. Assim, o demandante tem o direito de obter um julgamento de mérito, favorável ou desfavorável. Já a tutela de mérito antecipada é aquela em que os efeitos práticos da futura sentença são antecipados para o autor, ou seja, é antecipada a pretensão do autor no processo.

Os aspectos semelhantes entre as espécies de tutela de urgência causam, em alguns casos, conflito ao diferenciar quando é caso de tutela de mérito antecipada ou é caso de tutela cautelar. O legislador visando minimizar este problema introduziu ao Código de Processo Civil o §7º no artigo 273, permitindo ao

juiz a conceder a tutela cautelar, em caráter incidental ao processo principal, quando presentes os respectivos pressupostos (*fumus boni iuris* e o *periculum in mora*), mesmo que o pedido seja feito pelas vestes da tutela antecipada.

A criação da fungibilidade entre as tutelas de urgência fez com que a rígida diferenciação entre elas fosse relativizada em busca da efetividade da tutela jurisdicional.

No que tange à fungibilidade no sentido inverso a maioria da doutrina entende ser possível a sua aplicação, pois não existe fungibilidade em mão única. A lei não deve ser interpretada restritivamente, mas sim adaptando-se aos casos concretos, sem se fixar em meras formalidades de nomenclatura.

Assim, o presente trabalho entende que a fungibilidade nas medidas urgentes traz ao processo civil brasileiro uma maior expectativa de prestação jurisdicional efetiva e adequada, deixando de lado a rigidez das formas e se preocupando com o direito material tutelado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Rafael Lopes. Fungibilidade das tutelas de urgência. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Janeiro, n. 46, 2007.

ANTEPROJETO DE LEI N° 13. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 de dezembro de 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo – influência do direito material sobre o processo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumarias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRITO, Ana Maria Duarte Amarante. **Lições do processo civil: processo de conhecimento**. Brasília: Fortium, 2005.

BRITO, Fábila Lima. **Perfil sistemático da tutela antecipada**. Brasília: OAB, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. III, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CRUZ, André Luiz Vinhas. **As Tutelas de Urgência e a fungibilidade de Meios no Sistema Processual Civil**. São Paulo: BH, 2006.

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

DIAS, Jean Carlos. **Ainda a fungibilidade entre as tutelas de urgência: a atual posição doutrinária sobre o tema.** Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Março, n. 60, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Comentários às alterações no código de processo civil.** Rio de Janeiro: Roma V., 2004.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Forçada: Controle de Admissibilidade.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Processo Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** Rio de Janeiro: Forense. 2002.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da Tutela de Urgência.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

LIVONESI, André Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência: a tutela cautelar e a tutela antecipada do art. 273 do CPC.** Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Julho, n. 28, 2005.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 3 ed. São Paulo: Editora RT, 2003.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. v. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. Vol 3. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORBACH, Cristiano Barata. **A fungibilidade de mão dupla no campo das tutelas de urgência: uma outra visão**. Disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5400>. Acesso em: 15 de setembro de 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Luiz Orione. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Elpídio Donizzeti. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

PAIVA, José Arimathéa Almeida. Ações sincréticas como instrumento para minorar a morosidade dos processos. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/22679>>. Último acesso em 18/05/2010.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo. Direito, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: RT, 1998.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: ARRUDA, Alvim; ALVIM, Eduardo Arruda (coord). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro, 2006.

TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 20. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**. 2. ed. São Paulo: América Jurídica, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência (medidas cautelares e antecipatórias)**. 2 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código Civil**. Vol 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer (arts. 273 e 461 do CPC). *In*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**, v. 3. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.