



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BRUNO JOSÉ DE MIRANDA

**FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: TUTELA CAUTELAR E
TUTELA ANTECIPADA**

**BRASÍLIA/DF
DEZEMBRO 2014**

BRUNO JOSÉ DE MIRANDA

**FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: TUTELA CAUTELAR E
TUTELA ANTECIPADA**

Trabalho apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Pós Graduação em Processo Civil no âmbito da pós-graduação de processo civil da Escola de Direito de Brasília-EDB/IDP.

**BRASÍLIA/DF
DEZEMBRO 2014**

Monografia de autoria de Bruno José de Miranda intitulado “FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA:TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA”, apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Pós Graduação em Processo Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público, em (), defendido e aprovado pela banca examinadora abaixo assinada:

Prof. (titulação). (Nome do orientador)

Orientador
(Curso) – (IDP)

Prof. (Titulação). (Nome do membro da banca)

(Curso) – (IDP)

Prof. (Titulação). (Nome do membro da banca)

(Curso) – (IDP)

Brasília
2014

RESUMO

O escopo do presente estudo é abordar a viabilidade da fungibilidade progressiva nas ações em que se pretendem as medidas de urgências, tais como a antecipação de tutela e a cautelar. Para tanto o presente foi construído sob dois eixos de pesquisa, quais sejam, a forma como o magistrado articula a cognição nos processos de conhecimento e como se processam os instrumentos processuais. Ao contrapor essas duas visões foram consultadas diversas doutrinas no âmbito do direito civil e constitucional. Posteriormente, foram evocados posicionamentos jurisprudenciais, a fim de que os efeitos da discussão acerca da possibilidade da mão dupla do instituto fungibilidade procedimental sejam conhecidos. Os resultados mostraram que há possibilidade da aplicação de aludido instrumento em face à ameaça de direito constitucionalmente garantido.

Palavras-Chave: Medida cautelar. Fungibilidade. Processo.

ABSTRACT

The scope of this study is to address the viability of progressive actions in trading to be emergency measures, such as the anticipation of guardianship and protection. For both the gift was built under two research axes, namely, the way in which the magistrate articulates cognition in the processes of knowledge and how to render the procedural instruments. To counteract these two views were queries various doctrines within the civil and constitutional law. Subsequently, were evoked jurisprudential placements, in order that the effects of the discussion about the possibility of two-way fungibility procedural Institute are known. The results showed that there is possibility of application of allude instrument in face of threat of constitutionally guaranteed rights.

Key-Words: Injunctive relief. Fungibility. Process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1 PONDERAÇÕES ACERCA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	6
1.1 Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar.....	6
1.2 O princípio da fungibilidade e princípios afetos às tutelas de urgência	10
1.3 Quando aplicar o princípio da fungibilidade ao processo legal.....	15
2 MEDIDAS DE URGÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	20
2.1 A tutela antecipada	20
2.2 A tutela cautelar.....	25
3 ASPECTO PROCEDIMENTAL DA FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E DISCUSSÕES JURISPRUDENCIAIS	34
3.1 Mão dupla ofertada pelo princípio da fungibilidade	34
3.2 O caráter instrumental do processo	40
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O detentor de um direito, ao invocar a tutela jurisdicional do Estado, objetiva que lhe seja dada a prestação jurisdicional de forma efetiva e íntegra, ou seja, que o direito material lhe seja garantido em um processo célere. Em suma, o direito processual deve ser adequado para atender prontamente sempre que o detentor de um direito material clamar por uma solução ágil e confiável.

Porém, não é todo direito material que brada por um processo que seja ágil, que requeira urgência tal que, ordinariamente, venha a perecer o direito devido a demora na sua solução; é o procedimento comum. Por outro lado existem outros processos cujo direito se esvairia diante do retardamento de uma solução; é o procedimento de urgência.

No campo processual buscou-se distinguir os procedimentos ordinários dos procedimentos que clamem por uma tutela de urgência apta a proporcionar celeridade e segurança jurídica necessária. Desse modo, fala-se em uma tutela principal e exauriente e, ainda, de uma tutela subsidiária capaz de suprir provisoriamente os indesejáveis efeitos da demora na solução da tutela. Estas, denominadas de tutela antecipada e tutela cautelar, serão objeto do presente estudo.

Haja vista a sutil diferença entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, na prática, não é tarefa fácil para os operadores do direito e magistrados distinguir a tutela cautelar da antecipatória e vice versa. Nesse sentido, eventual divergência de entendimentos pode causar à parte interessada um prejuízo irreparável, pois imagine que o advogado da parte postule tutela cautelar e o juiz entenda que deveria ter postulado uma antecipação de tutela e extingue o processo.

Quem intenta uma medida de urgência o faz por extrema necessidade, ou seja, para garantir que seu direito não pereça com o passar do tempo. Um mero formalismo processual, em que o juiz extingue o processo, mesmo que presentes os requisitos para conhecer e deferir o pleito apresentado, ainda que com outro nome, pode ser fatal ao direito da parte, que luta contra o tempo para garantir seu direito.

Nesse diapasão, verifica-se que o tema aqui tratado possui relevância social, jurídica e acadêmica uma vez que a aplicação da fungibilidade¹ nas tutelas de urgência visa garantir ao jurisdicionado a preservação de seus direitos diante da demora processual; sem se importar

¹ PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e ação rescisória*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

qual a medida postulada pelo autor, nem qual o nome ele lhe deu.

A pesquisa que ora se pretende realizar é viável, uma vez que existe extenso debate acadêmico sobre o assunto, bem como vasto posicionamento jurisprudencial nos tribunais superiores brasileiros.

Como problema de pesquisa tem-se que o § 7º do artigo 273, acrescido ao Código de Processo Civil brasileiro pela Lei Federal nº 10.444/2002, prevê que se o autor de uma ação, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. Ou seja, pode o juiz deferir uma medida de natureza cautelar, quando a cabível seria uma de antecipação de tutela.

Note-se, no entanto, que o dispositivo processual é silente acerca da possibilidade do juiz deferir a antecipação de tutela quando o procedimento a ser utilizado fosse de natureza cautelar.

Nessa esteira, o objeto do presente estudo visa verificar em que medida é possível a aplicação do princípio da fungibilidade nas tutelas de urgência, ou seja, entre a tutela cautelar e a tutela antecipada ou vice-versa. Se a fungibilidade entre as medidas de urgência é medida excepcional ou deve ser aplicada indistintamente? Quais são os requisitos legais e doutrinários para que se aplique a fungibilidade?

Como hipótese tem-se que a aplicação não indiscriminada da fungibilidade entre as medidas de urgência, ou seja, desde que presentes os pré-requisitos para aplicação, viabiliza a efetivação do direito material em conflito, de maneira que a instrumentalidade se sobreponha ao mero formalismo processual e proporciona a obtenção da providência jurisdicional pretendida, de forma eficaz, plena e justa. À medida em que se excepcionaliza a aplicação da fungibilidade, pode-se impedir, por mero formalismo procedimental, o gozo da garantia constitucional de acesso à prestação jurisdicional de forma efetiva e célere.

A estrutura deste trabalho encontra-se assim disposta: o primeiro capítulo trata dos aspectos gerais que norteiam as tutelas de urgência no Ordenamento jurídico brasileiro, faz-se também a distinção entre tutela antecipada e cautelar, abordam-se os princípios da fungibilidade e destacam-se que princípios são afetos às tutelas de urgência, ao passo que se refere ao momento oportuno em que se pode aplicar o princípio da fungibilidade ao processo legal. O capítulo 2, o mesmo foi importante para expor como se apresentam no campo prático as medidas de urgência no Ordenamento Jurídico, quais sejam, a tutela antecipada e a cautelar.

Por fim, o terceiro capítulo evidenciou que, especificamente, o aspecto procedimental da fungibilidade das tutelas de urgência, de forma que se delinearam as discussões jurisprudenciais, enquanto cerne da presente pesquisa científica.

Ressalta-se que no que se refere a metodologia adotada utilizou-se a dogmática, por meio de revisão bibliográfica teórica, legislação e jurisprudência visto que tal método se revelou o mais adequado para o tema em questão. Como fonte de pesquisa para a elaboração do presente trabalho monográfico, foi usada a pesquisa bibliográfica de obras de referência sobre o assunto, legislação em vigor, artigos em revistas especializadas, artigos da internet, jurisprudência de tribunais e ainda doutrinas de leitura corrente no âmbito jurídico.

1 PONDERAÇÕES ACERCA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar

Para que o Estado- Juiz dê forma ao direito material, fazendo-o valer, é que se criou o direito processual, com instrumentos e ritos próprios, apto a resguardar os direitos dos jurisdicionados. Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior pontua que:

É, afinal, para servir à tutela do direito material que existe o direito processual, de modo que os seus remédios, instrumentais não de estar afinados com os reclamos da ordem jurídica substancial. É, pois no campo do direito material que surge a existência de procedimentos diferenciados para superar os males da duração não razoável do procedimento comum. Sempre que a lesão ao direito subjetivo da parte passar por risco sério de não impedimento ou de pronta reparação, haverá de se encontrar, no direito processual, alguma válvula para que tutela extraordinária socorra o litigante de maneira a manter e resguardar a confiança no regime tutelar assegurado constitucionalmente².

Ocorre que nem sempre o alcance da norma jurídica se dá de forma efetiva, tendo em vista as constantes mutações pelas quais passa o direito. Trata-se de mudanças de cunho social e econômico, as quais influenciam as condutas humanas e conseqüentemente a forma do direito agir, a fim de conter eventuais abusos nas relações humanas. Ainda ponderando, de forma racional, sobre a necessidade de se dispor de instrumentos capazes de garantir a prestação jurisdicional, de modo efetivo, afirma-se que não obstante Rui Barbosa tenha alardeado a demora da prestação jurisdicional há mais de 90 anos, bem como a injustiça que disso decorre, a entrega da tutela, nos dias atuais, não se materializa com a rapidez necessária aos jurisdicionados.

Destarte, na busca da eficiência na prestação da tutela jurisdicional, diversos instrumentos foram criados, destaca-se com maior abrangência, a tutela de urgência, com o fito de evitar os males do tempo em desfavor da proteção legal ofertada pelo Estado aos seus jurisdicionados. Com efeito, é o que prescreveu Fredie Didier:

Ao lado da tutela-padrão (definitiva), criaram-se tutelas jurisdicionais diferenciadas, acautelatórias dos direitos, que ou anteciparam a realização do direito pleiteado (tutela antecipada), ou asseguram a futura realização desse direito (tutela cautelar).³

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparativista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de processo, São Paulo: Revista dos tribunais, v. 33, n.157, p. 129, mar. 2008.

³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Bahia: JusPodivm, 2012. v. 2. p. 468

A respeito do surgimento da tutela de urgência, infere-se que tal instituto seja determinante para causar à dinâmica processual, grosso modo, maior rapidez, conquanto julga-se a possibilidade de flexibilização do processo civil, visto que são os bens jurídicos relevantes que, por vezes, padecem do risco em perecer pelo tempo à que são submetidos, para alcançar a tão almejada proteção de direitos afetados.

Sucedem que a semelhança entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, em sua grande maioria, suscita confusão nos critérios de cognição da legislação pelos operadores do direito. Destaca-se que a confusão está em estabelecer a medida exata a ser requerida, qual seja, se simplesmente cautelar ou a antecipação dos efeitos da sentença prolatada.⁴

Por cognição entende-se que seja uma espécie de tutela jurisdicional, em que se verifica a declaração da existência ou inexistência de um direito, portanto se configura como a declaração que exerce a função essencial do provimento. Na prática a função declaratória é a essência do ato jurisdicional.⁵

O conflito decorrente da semelhança entre as características que são peculiares a ambos os tipos de tutelas, isto é, a cautelar e a antecipação de tutela, esbarra-se no fato de que as duas pertencem ao mesmo gênero, por isso que são aludidas como tutelas de urgência. Daí que se evoca a técnica da fungibilidade, pretende-se com isso, perante a lei adequar a medida de urgência ao caso concreto.

Consequentemente, nos casos em que não couber a antecipação de tutela, declina-se à provisão da medida cautelar, que por sua vez é menos gravosa, quando comparada com o grau de cognição exigido na antecipação de tutela. De outro prisma, vê-se que na antecipação de tutela implica adiantar o resultado positivo da demanda, enquanto de posse da medida cautelar vislumbra-se a preservação de uma situação fática.

Reforça-se que ambas as tutelas, a cautelar e a antecipação, pertencem ao mesmo gênero, ou seja, tanto a tutela antecipada, quanto a cautelar são tutelas de urgência. Nessa acepção, Humberto Theodor Júnior advoga: “Nosso ordenamento jurídico insere nesse capítulo das tutelas diferenciadas as medidas cautelares e as medidas de antecipação de tutela de mérito. Todas essas medidas formam o gênero “tutela de urgência””.⁶

Em que pesem serem espécies de mesmo gênero, as referidas são institutos com previsão distinta no bojo do Código de Processo Civil, pois enquanto a tutela antecipada está

⁴ SOUSA, Fernanda Resende de Oliveira. *Fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar*. Disponível em: <<http://periodicos.uniformg.edu.br:21011/site/ojs2.3.4/index.php/cursodireitouniformg/article/view/173>>

⁵ DINIZ MARTINS, Eduardo Chateaubriand. *Fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar*. 2005. p.9 Disponível em em: < <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11525/11525.PDF>>

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 532.

contida no Livro I do CPC, do Processo de Conhecimento, a cautelar tem previsão no Livro III, do processo Cautelar.

Em comum, ambas têm como características essenciais a sumariedade da cognição, ou seja, a cognição não é exauriente, ao contrário, o juiz decide não por certeza plena, mas por um juízo de probabilidade e semelhança. Outro ponto é que as decisões proferidas não são definitivas, podendo ser revogadas a qualquer momento.

Os pré-requisitos também são bem próximos para a concessão, pois enquanto a tutela antecipada exige o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação somado à prova inequívoca da verossimilhança da alegação, a tutela cautelar exige o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

A diferenciação entre as tutelas de urgência se dá basicamente em relação ao resultado, ou seja, enquanto a tutela antecipada tem natureza satisfativa, vez que a parte já faz uso dos efeitos da sentença antes mesmo que seja proferida, na tutela cautelar tem-se apenas uma medida conservativa ao direito do autor, para que não pereça no curso do processo. Corroborando com esta visão José Roberto dos Santos Bedaque diz:

A cognição sumária, pois, pode ser utilizada tanto nos processos cautelares quanto naqueles em que se admite a tutela antecipatória, estes destinados a realizar a pretensão e não a conferir eficácia ao processo principal. Nas tutelas sumárias antecipatórias existe a satisfação do direito, enquanto nas cautelares apenas se assegura a viabilidade de sua realização, ou seja, a utilidade do processo principal. Naquelas, realiza-se o direito mediante cognição sumária, conferindo-se tutela; estas apenas asseguram a pretensão garantindo a utilidade do provimento jurisdicional.⁷

Não obstante a aparente semelhança entre ambas as tutelas de urgência, na prática divergem quanto ao escopo legal, tendo em vista que a tutela antecipatória orienta-se em direção à garantia em beneficiar-se dos efeitos que se pretende da sentença, enquanto a cautelar caminha no sentido de resguardar que a dinâmica processual se cumpra. Então, o paralelismo que existe nos dois instrumentos apenas se coaduna no fato de que tanto uma medida quanto a outra são de urgência.

Cumprindo observar ainda as lições trazidas por Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

A satisfatividade é o mais útil para distinguir a tutela antecipatória da cautelar. As duas são provisórias, e podem ter requisitos muito assemelhados, como a verossimilhança do alegado, e o perigo de prejuízo irreparável.

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 2ª.ed. Malheiros editores. São Paulo. 2001. P. 114.

Mas somente a antecipada tem natureza satisfativa, o juiz já concede os efeitos que, sem ela, só poderia conceder no final. Na cautelar, o juiz não defere, ainda, os efeitos pedidos, mas apenas uma medida protetiva, assecurativa, que preserva o direito do autor, que corre risco em decorrência da demora do processo.⁸

De fato, diferenciar a tutela cautelar da tutela antecipada não é tarefa simples, haja vista a complexidade que ambas abarcam em seu bojo técnico. Indiscutível que as tutelas aqui em discussão relacionam-se às grandes reformas estabelecidas no diploma processual civil brasileiro e o provimento destas tutelas depende de suas semelhanças e diferenças, sobretudo o que convier ao caso concreto.

A difícil concepção quanto à diferenciação entre as cautelas de urgência tem seu cerne nas especificidades que elas guardam com o direito material, ou de outro modo devido às técnicas legislativas, as quais acabam por associar estas tutelas em um único modelo. Outro aspecto que conduz à confusão entre as tutelas refere-se ao objetivo maior da instrumentalidade, qual seja, prima-se por acelerar, nos dois tipos de tutelas, a eficácia prática da tutela jurisdicional, a fim de evitar que tempo obste os procedimentos. Depreende-se do entendimento conferido pela Constituição Federal de 1988, especificamente Artigo 5º, inciso XXXV, que um direito “está sendo ameaçado”, então cabe a aplicação das tutelas de urgência.⁹

A partir dessa máxima constitucional, do princípio da inafastabilidade, a noção sobre as tutelas de urgência mostrou-se tímida, vez que em nada colaborou para fazer distinção aguçada sobre cada uma das tutelas. Outrossim, a Carta Magna priorizou as tutelas de urgência como direitos e garantias fundamentais do Artigo 5º.

Vale ainda lembrar o que afirmou Cássio Scarpinella Bueno:

A distinção entre a chamada “ tutela antecipada” e a “ tutela cautelar” na perspectiva tradicional, tal qual sugerida pelo número anterior, é, sem dúvida alguma, uma das mais intrincadas questões a se enfrentada pelo estudioso do direito processual civil. Muitas vezes, a linha que separa uma da outra é tênue e repousa muito mais na ênfase do que é pedido ao Estado-juiz e ao modo de se beneficiar da tutela jurisdicional do que, propriamente, em algo cientificamente comprovado ou que pertença, ontologicamente, à espécie “tutela antecipada” ou “ tutela cautelar”.¹⁰

⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 3ª Ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 691.

⁹ RUANOBA, Sebastian Watenberg. *Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelares) no processo civil brasileiro*. Disponível em: www.abdpc.org.br/.../Sebastian%20Watenberg%20Ruanoba%20-%20fo. Acesso em: 28 ago 2014.

¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 123.

Tendo em vista a dificuldade que a semelhança em muitos pontos das tutelas “cautelar e de antecipação” promove à interpretação entre os operadores do direito e magistrados, acerca de qual a melhor medida de urgência aplicar ao caso concreto, por vezes, há prejuízo do jurisdicionado em sua pretensão, conforme exemplo transcrito a seguir:

Imagine que o autor postule a sustação de protesto como cautelar, e o juiz entenda que se trata de antecipação de tutela: o indeferimento do pedido apenas porque o autor o qualificou de maneira diversa daquela que o juiz entende mais correta, trar-lhe-ia prejuízo irreparável.”¹¹

Assim, para amenizar esse embaraço teórico, foi inserido o § 7º ao Artigo 273 do Código de Processo Civil, o qual modificou a forma de concessão das chamadas tutelas de urgência ao admitir a fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada, ou seja, a concessão de provimento cautelar no processo de conhecimento (fungibilidade regressiva), fora do processo cautelar.

1.2 O princípio da fungibilidade e princípios afetos às tutelas de urgência

No ordenamento jurídico brasileiro as espécies de tutela de urgência são variadas, visto que se refere à tutela cautelar, tutela antecipatória, tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito. Entretanto, não com o intuito de esgotar o assunto, que por sua vez é extenso, a abordagem se limitará às tutelas cautelares e a de antecipação.

Referidas tutelas não podem ser aplicadas de qualquer forma, mas dentro da sistemática dos diversos direitos fundamentais, os quais reunidos formam o devido processo legal. Para tanto, indispensável é a aplicação de diretrizes no campo prático do direito, a fim de que os direitos anteriormente abordados sejam alcançados. Estas diretrizes nada mais são dos que princípios, ou seja, regramentos a serem seguidos pelos que operam as leis, bem como os que são assistidos por ela.

O princípio da fungibilidade relativamente às tutelas de urgência é a possibilidade de o juiz conceder a medida de urgência que lhe pareça mais adequada para proteger o direito da parte. Ocorre a necessidade de aplicação do princípio da fungibilidade nos casos em que se

¹¹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 3ª Ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva. 2012. P. 702.

vislumbra a dificuldade em definir qual o provimento jurisdicional mais adequado a ser postulado ou qual ato processual é mais adequado para tal situação.¹²

O princípio da fungibilidade se aplica em face aos casos em que os operadores do direito e jurisdicionados se veem diante de grave insegurança sobre a medida cabível à hipótese. Exemplo prático trazido à baila diz respeito à:

Cabe fazer menção àqueles que versam sobre a suspensão ou vedação de inscrição em cadastro de inadimplentes, a suspensão de exigibilidade de crédito tributário, o depósito elisivo fiscal, e o caso clássico de sustação de protesto e sua relação com a ação declaratória de nulidade cambial ou de inexistência de relação jurídica, dentre outros.¹³

Neste caso, o litigante está à mercê do bom senso do magistrado em analisar seu pedido, bem como conceder entendimento semelhante ao que foi pleiteado. De outra senda, considerando que o juiz, ao fiscalizar o emprego da adequação técnica, não pode comprometer a efetividade da prestação constitucional, com relação aos efeitos procedimentais decorrentes do processo cautelar.

Almeja-se com a aplicação do princípio da fungibilidade a efetividade processual, aliada ao princípio da segurança jurídica e em respeito à economia processual. A fungibilidade surgiu com a tutela antecipada após a alteração trazida pela Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, quando da introdução do parágrafo 7º do Art. 273 do CPC, *verbis*: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.¹⁴

São fungíveis, nas lições de Bonfim Marins, os bens ou coisas que equivalem a outros da mesma classe ou espécie, ou seja, que podem ser substituíveis”. Então, a noção de fungibilidade é a substitutividade, em qualidade e quantidade.¹⁵

Com a possibilidade da aplicação do princípio da fungibilidade não mais será necessário instaurar processo autônomo cautelar para que o pretense direito seja adquirido, antes sim, conforme plasmado por Alexandre Freitas Câmara:

Com a fungibilidade existente entre as medidas cautelares e as antecipatórias de tutela jurisdicional satisfativa, decorrente do parágrafo 7º do art. 273 do

¹² SOUSA, Fernanda Resende de Oliveira. *Fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar*. Disponível em: jus.com.br/artigos/.../fungibilidade-entre-tutela-antecipada-e-tutela-cautel p.14

¹³ DINIZ MARTINS, Eduardo Chateaubriand. *Fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar*. Disponível em: < <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11525/11525.PDF> > p. 61.

¹⁴ Idem. p. 62.

¹⁵ MARINS, Vitor A. A. Bonfim. *Comentários ao CPC: Do Processo Cautelar Arts. 813 a 889*. Vol. 12. 2ª ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 106.

CPC, aquele que requerer uma medida cautelar verá o juiz conceder a medida adequada. Isto significa dizer que é possível ao juiz conceder medidas cautelares sem necessidade de instauração de um processo cautelar. (...) A instauração de um processo cautelar autônomo não é mais, pois, requisito necessário para que se possa obter tutela cautelar (embora continue a ser possível a obtenção da tutela cautelar pela via tradicional do processo cautelar). (...) Falta, agora, ao legislador, a ousadia de abolir definitivamente o processo cautelar (ao menos o incidental), fazendo com que o sistema saia simplificado, deformalizando-se o processo civil, o que é exigência da luta incessante por pleno acesso à justiça.¹⁶

A fungibilidade é crucial quando se constata que há possibilidade de conflitos de interpretação pelo operador do direito, de forma que pode prejudicar a própria finalidade da atividade jurisdicional. Por isso que o legislador vem implementando, através de análises aprofundadas sobre as semelhanças e diferenças entre as tutelas de urgência, melhor interpretação de instrumentos cautelares.

Ao distinguir a tutela cautelar da antecipatória é que se verifica o quão imprescindível é à disposição do princípio da fungibilidade em meio ao ativo jurídico. A fungibilidade permite que o magistrado adquira o entendimento de que a cautela em nada influencia de imediato nos resultados legais do processo de conhecimento, enquanto a medida antecipatória concede os benefícios imediatos do direito.

Neste diapasão Fredie Didier Júnior oferta o necessário amparo doutrinário:

É possível agora, sem mais qualquer objeção doutrinária, a concessão de provimentos cautelares no bojo de demandas de conhecimento. Não há mais necessidade de instauração de um processo com o objetivo exclusivo de obtenção de um provimento acautelatório: a medida cautelar pode ser concedida no processo de conhecimento, incidentalmente, como menciona o texto legal.¹⁷

O princípio da fungibilidade encontra-se consagrado na esfera recursal dos procedimentos processuais, vez que possibilita aos operadores do direito beneficiar-se da ideia de substituição de um recurso por outro nos casos em que houver dúvida quanto ao melhor remédio cautelar. Há que se reconhecer o princípio da fungibilidade como meio objetivo de relativizar o formalismo do Ordenamento Jurídico pátrio e justificativa para a

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. V.3. p. 16

¹⁷ JORGE, Flavio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 85

aplicação rigorosa do formalismo do ato processual. Acresce-se ainda que princípios como o da fungibilidade atua como novo recurso de materialização ao acesso à justiça.¹⁸

A forma atuante da fungibilidade entre os recursos processuais dá-se em função de que fomenta procedimento processual para mitigar os efeitos da parte que, de forma equivocada, utilizou-se de um recurso processual inadequado ao momento da sua interposição. Etimologicamente, fungibilidade nos dizeres de De Plácido e Silva:

Fungível é derivado do latim *fungibilis*, de fungir (cumprir, satisfazer), entende-se, no conceito jurídico, tudo que possa ser substituído. Embora fungível se mostre na acepção de consumível porque tem sentido de referir-se ao que satisfaz ou cumpre suas funções, na técnica jurídica eles se distinguem, notadamente quando se refere às coisas.¹⁹

O direito material entende fungibilidade na qualidade de troca, o que pode ser substituído por outro. Frise-se que considera como sujeitos da fungibilidade os bens jurídicos, as prestações obrigacionais. A fungibilidade recursal nas alegações de Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos²⁰ implica na atenuação de diversos outros princípios, num abrandamento das respectivas regras, na medida em que autoriza o recebimento de um recurso por outro.

O princípio da fungibilidade é aplicado como remédio processual interposto, aceito pelos operadores do direito como acertado fosse. Aludido princípio corresponde ao princípio da instrumentalidade das formas, que por sua vez está insculpido nos Artigos 154, caput e 244, ambos do CPC.

Esse caráter de instrumentalidade das formas, à que se associa o princípio da fungibilidade, patrocina maior dinâmica ao sistema processual, aspecto que evita o excesso de formalismo na finalidade do ato. Por certo, cabe a afirmação a respeito de que, conforme consta dos ditames legais no Artigo 250, caput, do CPC, os atos que não podem ser aproveitados, podem ser anulados acaso tenha havido erro de forma do processo e, os que forem necessários, deverão ser observados, de acordo com o que prevê a norma.

Em importante abordagem doutrinária Guilherme Freire de Barros Teixeira ensina acerca do princípio da fungibilidade:

¹⁸ HELDEN, Gustavo André Gradashi Von. *O princípio da fungibilidade nos procedimentos processuais*. Disponível em: www.abdpc.org.br/.../GUSTAVO%20VON%20HELDEN-%20Versão%20. Acesso em: 28 ago 2014.

¹⁹ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Revista e Atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2003. P. 03.

²⁰ VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa de. *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*.

(...) se a forma do ato processual é importante mecanismo de controle contra chicanas e arbitrariedades das partes ou do Estado-juiz, além de servir para o regular desenvolvimento do processo e para a observância do devido processo legal, não é menos correto que o culto irracional ao formalismo acarreta lentidão e burocratização do processo, devendo haver regras flexibilizadoras que permitam sobrepor o fundo à forma. Mais importante que assegurar a estrita observância do modelo legal é verificar se o ato atingiu seu escopo, sua finalidade, não se podendo admitir a “cega reverência à forma considerada em si mesma.

Extrai-se da passagem doutrinária o entendimento acerca dos pormenores que justificam os procedimentos processuais, portanto, alude-se à necessidade de se considerar a situação de pretensão de direitos do litigante, enquanto base para a qual se direciona o regimento das normas. Apesar da norma fazer prevalecer a coletividade sobre o individual impera a situação direito do litigante.

Pontua-se ainda que em meio ao rigorismo e às formalidades procedimentais que são próprios do processo de acordo com o que resguarda o Código de Processo Civil brasileiro, verificam-se dispositivos que suavizam esta mesma rigorosidade, vez que a ideia é pacificar ou solucionar o litígio. Com efeito, o que pretende o formalismo das normas é manter a efetividade das relações jurídicas, sobretudo conferir segurança aos jurisdicionados. Entretanto, deve prevalecer a finalidade do ato em lugar do formalismo excessivo.

A partir dessas considerações infere-se que o princípio da fungibilidade contribui com a manutenção do ato jurídico, vez que se desdobra no princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais. Um ato processual eivado de formalismo excessivo atrasa o julgamento da pretensão, ao passo que obsta o exercício do direito material da parte autora da demanda. A fim de alcançar a melhor consecução dos fins processuais, há que se conceder a prática da flexibilidade do procedimento, eis que assim se tem a perspectiva instrumentalista do processo.

Os legisladores inspiraram-se nos princípios, porque estes são antecedentes ao ordenamento positivo, cujo objetivo foi conceder às legislações uma estrutura concreta. No que tange ao sistema processual são os princípios seus pilares, visto que revelam a linha filosófica do ordenamento jurídico em si.

Não obstante o princípio da fungibilidade diferenciar-se do princípio da efetividade, aquele tem por missão causar o efeito deste último. É a prestação jurisdicional de qualidade que a aplicação do princípio da fungibilidade busca, vez que vai de encontro à possibilidade do tempo extinguir o direito da parte.

Na análise das reformas processuais pelas quais passou o Código Civil brasileiro, a finalidade do dispositivo da fungibilidade é a unificação da teoria das medidas legais urgentes.

1.3 Quando aplicar o princípio da fungibilidade ao processo legal

Presente os pressupostos da exposição ao perigo de direito certo, em função do tempo que durar a persecução, além do autor da demanda ter errado ao impetrar uma tutela cautelar no processo de conhecimento sob o manto da tutela antecipada, o magistrado pode converter a tutela antecipada em medida cautelar. Ante a presença de todos os requisitos autorizadores da espécie de tutela que será concedida tem-se o primeiro requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade.

No processo de conhecimento, a fim de que possa ser concedida medida cautelar em vez de antecipação de tutela, deve estar presente, para que se cumpra a lei, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* significa fumaça do bom direito e implica na razoabilidade do direito subjetivo favorável. Em se tratando do juízo que admite este ou aquela pretensão, a fumaça do bom direito orienta para que o magistrado valorize subjetivamente um pedido, na prática figura como o que se chama de discricionariedade do juiz.²¹

Quer dizer, estando ausentes estes dois requisitos, não será deferido o pedido de aplicação da fungibilidade. O indeferimento da medida de urgência deve-se ao fato de que as alegações apresentadas não justificam a concessão da tutela de urgência então pleiteada. Não é demais observar que é dever do requerente apresentar elementos probatórios do que alega na demanda, afinal o direito acautelado deve ser interpretado sob ação certa.

Cumprido observar que o *periculum in mora* é elemento que justifica a necessidade da parte requerer uma tutela cautelar, tendo em vista que se refere, enquanto legado deixado pelo direito medieval, ao conceito de dano irreparável, além da possibilidade em a demora excessiva do processo de cognição poder causar dano a direito. Ressalta-se que não somente o elemento perigo o determinante do requerimento de tutela cautelar, mas sim, o requisito “tempo imediato”. Mais que o elemento tempo, forte pressuposto da medida cautelar refere-se à possibilidade, de um procedimento processual, causar dano de difícil reparação.²²

²¹ SOUSA, Fernanda Resende de Oliveira. *Fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar*. Disponível em: jus.com.br/artigos/.../fungibilidade-entre-tutela-antecipada-e-tutela-cautel P. 14.

²² Idem. p. 36.

Por questão de lógica interpretativa, a resposta jurisdicional urgente a direito existe paralelamente ao risco iminente à este mesmo direito. Destarte, o dano que se quer evitar não pode transformar-se em fato, sob pena do instituto das medidas cautelares falir, eis a mensuração da repercussão do *periculum in mora* para o direito.

A justa prestação jurisdicional deve prevalecer em face aos pressupostos necessários à concessão de tutelas de urgência, vez que no magistério de Humberto Theodoro Júnior sustenta-se:

O instituto da antecipação de tutela não veio para prejudicar o processo cautelar, nem mesmo para esvaziá-lo, mas sim para melhorar o sistema preventivo, porém se deve ter o cuidado de não criar abismos entre os dois, sob pena de não ocorrer a efetividade da justiça, posto que, o juiz ao se deparar com as situações duvidosas, não deve adotar posição de intransigência, mas, sim, flexibilizar as regras e, orientado pela instrumentalidade do processo e pela necessidade de dar-lhe efetividade, fazer uma justa prestação jurisdicional.²³

Com efeito, ao permitir que, a requerimento da parte, o magistrado possa conceder medidas cautelares, incidentalmente, no processo de conhecimento, a Lei nº 10.442/02, § 7º do Artigo 273, elasteceu as providencias de natureza cautelar, ao passo que melhor dimensionou a instrumentalidade de interpretação ao magistrado. Entretanto, reforça-se que estando proposta medida cautelar, não poderá o juizado deferir tutela antecipada.

Em sede de cautelar inominada, vislumbra-se a possibilidade, excepcional, do juiz conceder medida satisfativa. Isto se dá em função das inovações trazidas pelo Código Civil. O entendimento de Candido Rangel Dinamarco adverte:

Não deve ter tido somente como portador da autorização ao conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação de tutela. Também o contrário está autorizado, isto é, também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz está autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela se este for o seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade de uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis, isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um.²⁴

Outro pressuposto a ressaltar quanto à concessão da fungibilidade procedimental é o que a doutrina chama de mão única. Ou seja, a mão única implica em negar a concessão de tutela em caso de medidas cautelares. Pontua-se, ainda, que a aceitação da fungibilidade

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. I. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999. P. 44.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998

recursal tem como pressuposto a possibilidade de erro grosseiro ou má-fé processual. Encerra-se o erro grosseiro, nos procedimentos processuais, notadamente no operador de direito.

Colhe-se como má fé processual, consoante as orientações de Gustavo Von Helden, a intenção de errar o instrumento de maneira intencional com fins espúrios, almejando tumultuar o processo ou procrastinar. Ademais, acrescentou Gustavo Von Helden como requisitos essenciais para a aplicação da fungibilidade recursal: Dúvida objetiva quanto ao recurso cabível, inexistência de erro grosseiro, interposição do recurso no menor prazo.²⁵

Vislumbra-se como dúvida objetiva em relação ao recurso cabível o resultado de inconsistências de Códigos ou até mesmo decisão judicial prolatada de forma imprópria. Há também a possibilidade de divergência entre a doutrina e jurisprudência, bem como a necessidade de se debater uma situação ainda não cogitada.

Exemplo salutar que espelha o requisito intitulado por inexistência de erro grosseiro pode ser extraído do fator determinante na conceituação do pronunciamento judicial, ou seja, requiere-se o conteúdo e finalidade como elemento mais importante e não a denominação dada pelo juízo que estiver julgando a lide. Aliás, Arruda Alvim Aduz em uma análise processual civil:

O sistema vigente padece, em muitos pontos, da clareza que foi almejada, com relação à exata tipificação de quais recursos caberiam em determinados casos, e, por isso mesmo, fica impedida a percepção inequívoca do recurso adequado, para que se pretendesse não houver mais espaço à aplicação desse princípio da fungibilidade. Na verdade, muitas hipóteses deixam margem para dúvida objetiva; vale dizer, doutrinadores e magistrados debatem-se, em muitos aspectos, opinando aqueles de uma ou outra forma e decidindo estes, a seu turno e, também, diferentemente, a respeito de uma mesma hipótese.²⁶

A partir do reconhecimento prático dos requisitos que conferem admissibilidade à troca de um recurso de urgência pelo outro, deve-se atentar apenas para preencher as condições que satisfazem a aplicação da fungibilidade procedimental. Desta feita o instituto da fungibilidade é enfrentado no seu real escopo, sem, contudo a necessidade de investigação profunda acerca do recurso a ser interposto após impetração equivocada.

²⁵ HELDEN, Gustavo André Gradashi Von. *O princípio da fungibilidade nos procedimentos processuais*. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/GUSTAVO%20VON%20HELDEN-%20Vers%C3%A3o%20final.pdf>>. Acesso em 25 de agosto de 2014.

²⁶ ARRUDA ALVIM. *Anotações sobre a teoria geral dos recursos*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 1999.

O prazo de interposição de recurso também tem efeito sobre a fungibilidade procedimental. Bastando para entender este requisito, enfrentar o bom emprego das orientações conforme Nelson Nery Júnior:

Esta é uma das principais consequências da adoção do princípio da fungibilidade: a troca em toda a sua plenitude, precipuamente no tocante ao prazo. Assim, se foi oposta apelação quando deveria ter sido feito uso do agravo de instrumento, para saber-se da tempestividade é preciso atentar no prazo do recurso que foi interposto, e não no prazo mais exíguo do agravo. Exigir-se respeito ao prazo do recurso que deveria ter sido interposto não é admitir um recurso por outro, não é aplicar o princípio da fungibilidade, é tão só alterar a nominação do recurso.²⁷

Em face aos pressupostos que fomenta a dúvida objetiva acerca da interposição de medidas de urgência no campo processual, então, prevalece o prazo do recurso que deveria ter sido interposto. Deve-se ainda observar, neste mesmo plano, que o magistrado deve primar em suas decisões acerca da possibilidade da fungibilidade procedimental, em atender aos princípios, que por sua vez, decorrem do sistema jurídico, ainda que não estejam expresso referidos em texto legal, mas que implicam na concessão de um direito natural.

A fungibilidade recursal não se encontra repelida expressamente pelo Código, ao passo que a doutrina e as jurisprudências a aceitam amplamente. Há que se admitir que o meio processual brasileiro, isto é, no que tange à instrumentalidade processual, é meio defasado, conforme opinião consensual doutrinária, visto que diante da constante inadequação perante os casos concretos, não acompanham a evolução da realidade social.

Todos os requisitos até aqui descritos, afetos à fungibilidade procedimental, são respectivos a meios processuais distintos e atendem ao que dispõe a tutela jurisdicional constitucionalmente protegida. Esta realidade vai ao encontro do consagração contida no Artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988. Segundo tal dispositivo todo ser humano tem o direito de adquirir a adequada tutela jurisdicional efetiva. Vale dizer, neste caso, que a tutela garantida pela Carta Magna significa que deve haver a materialização do direito e não apenas o acesso ao juízo verbal.

Na órbita da processualística cabe afirmar que o procedimental recursal facilitado pela fungibilidade satisfaz o desafio enfrentado pelos juristas em adequar o cumprimento das garantias fundamentais do processo legal com a efetividade do processo. Com efeito, a resposta jurisdicional, na qualidade de tempestiva e efetiva, aos jurisdicionados depende, justamente da falta de instrumentos modernos, de técnicas jurídicas eficazes.

²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2006.

A medida constante da procedimental fungibilidade figura como instrumento tendente à conferir celeridade à tramitação, assim como visa manter a qualidade na prestação jurisdicional, de modo que respeita direitos consagrados em outros princípios com os quais mantém linha tênue.

2 MEDIDAS DE URGÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 A tutela antecipada

Devido às modificações de ordem econômica e social, sobretudo das relações estabelecidas entre seres humanos, o direito material vem perecendo dada a dificuldade em acompanhar a diversidade de demandas que ecoam no campo civil, enquanto resultado da busca pela tutela de direitos fundamentais. Assim, o direito busca se proteger da inevitável morosidade processual, por meio da utilização de instrumentos que tornem o processo mais ágil e efetivo.

Com efeito, o dispositivo que riguarda o instituto da tutela antecipada está insculpido na Lei nº 8.952 de 1994 e deu provimento textual ao caput do Artigo 273 do Código de Processo Civil, *verbis*: “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.”²⁸

A concessão do supramencionado dispositivo condiciona-se a requisitos, de modo a garantir que os efeitos da sentença tornem o direito da parte inviável perante os que as leis determinam na prática. Sem prejuízo de direitos fundamentais que a tutela antecipada fora incluída no rol de possibilidades legais, em face ao objetivo de exaurir as dificuldades que inviabilizam o processo civil. Trata-se de óbices temporais que tornam a oferta da tutela estatal morosa. Por isso que a questão da razoabilidade temporal do processo em face de sua efetividade é tão discutida doutrinariamente.

A questão da morosidade processual há muito é discutida por juristas e doutrinadores renomados, cita-se como tal, Augusto Delgado que com propriedade defendeu:

há consciência de que, não obstante o avanço do processo nos últimos cem anos, ele não se preocupou com a eficácia do fenômeno tempo. Hoje não pode mais ser ignorada essa situação. Há exigência de que o Estado a enfrente de modo definitivo e que a resolva de modo mais rápido possível.²⁹

²⁸ Código de Processo Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 28 ago 2014.

²⁹ DELGADO, José Augusto. *Reforma do Judiciário – art. 5º, LXXVIII, da CF. in* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (org.). "Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004". São Paulo: RT, 2005.

As tutelas de urgência vêm assumindo esboço constitucional, tendo em vista que ajusta a função jurisdicional, esta tendo sido erigida ao mais alto grau junto aos direitos fundamentais. Em que pesem os fundamentos das tutelas de urgência em harmonia com a Constituição Federal de 1988, vale recordar o que reza o Artigo 5º, inciso XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Isto em outras palavras apresenta-se como imperativo para reafirmar o direito do acesso à justiça.³⁰

Cabe frisar que é a norma o garantidor da efetividade da interpretação judicial e não somente a afirmação que é inafastável o direito de acessar a justiça. Deste modo, é certo que maior relevância no julgamento de uma lide é a apreciação de forma justa e tempestiva. Este mandamento é uma constante na Carta Magna de 1988 e, como tal afigura-se como visão constitucional que o legislador implementou em favor do processo civil.

Importante ainda compreender que diversas doutrinas enfrentam as tutelas de urgência como um direito constitutivo institucional do cidadão, é o que transcreve Carlos Alberto Álvaro Oliveira:

Cada vez mais nos distanciamos da concepção tradicional, que via os direitos fundamentais, de um modo geral, como singelas garantias. Os direitos intitulados fundamentais devem ser vistos como direitos constitutivos institucionais, e não como singelos limitadores defensivos do arbítrio estatal.³¹

A impetração da antecipação de tutela é uma fiel demonstração de que os direitos e garantias fundamentais foram institucionalizados e reconhecidos no âmbito da valoração conferida pela carta constitucional de 1988 em favor das partes de um processo judicial. Ademais, acresce-se nestas ponderações que a necessidade de melhor distribuir o ônus processual entre os sujeitos de uma demanda consolidou-se na aplicação das medidas de urgência, vez que é isto que consta no ordenamento constitucional brasileiro, qual seja, em seu Artigo 5º, inc. LXXVIII consta o direito fundamental da razoável duração do processo.

Busca-se na tutela de antecipação a satisfação da prevenção nas hipóteses em que o direito reconhecer. Insta acentuar o conceito de antecipação da tutela valendo-se dos ensinamentos de Paulo Afonso Brum Vaz:

³⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988. www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago 2014.

³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. in DIDIER Jr., Fredie (org.). "Leituras complementares de processo civil". 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

A tutela antecipada é uma proteção jurídica diferenciada, caracterizada pela urgência e pelo direito evidente que, com base em cognição sumária ou exauriente, e presentes os requisitos legais, satisfaz antecipadamente, no mundo fático, a pretensão vertida pelo postulante, concedendo-lhe uma utilidade ou atribuição que somente poderia alcançar depois da sentença com trânsito em julgado.”³²

A decisão de mérito torna-se adiantada mediante o instrumento antecipação de tutela, tendo em vista que os efeitos executivos e mandamentais do processo antecedem aos efeitos normativos da sentença. O uso da antecipação de tutela ocorre em face à cognição sumária, atendendo às circunstâncias da demanda.

A finalidade do instituto “tutela antecipada” é prover efetiva a tutela jurisdicional que esteja ameaçada em virtude do tempo. Assim, este tipo de tutela é vista como as que são diferenciadas, visto que são próprias dos juízos de probabilidade ou de verossimilhança. São antecipados os efeitos executivos ou mandamentais da sentença de mérito, na busca de promover o equilíbrio entre os litigantes.

Ressalte-se que o fator tempo, elemento crucial na demanda, pois pode comprometer a efetividade processual tem maior peso sobre o autor da lide. No caso do réu que apresenta pedido contraposto ao demandado, o tempo de impetração do dispositivo é relevado. Resguardam-se, principalmente, no procedimento da antecipação de tutela os princípios da segurança jurídica e da efetividade da tutela jurisdicional.

São requisitos necessários a propositura da antecipação de tutela, conforme se depreende da doutrina de Eduardo Chateaubriand Diniz Martins:

Os requisitos básicos, ou seja, que sempre serão exigidos para a concessão da tutela antecipada, são os seguintes: requerimento da parte; verossimilhança; prova inequívoca; reversibilidade dos efeitos práticos da antecipação da tutela; motivação da decisão e coincidência ou sintonia entre a tutela antecipada e a tutela definitiva que será objeto da sentença.

É o caput do Artigo 273 do CPC que exige o pronunciamento da parte, a fim de permitir a tutela antecipada. Em se tratando de concessão *ex-officio* não se vislumbra esta possibilidade. Oportunamente observam-se diversas críticas acerca deste requisito a tutela antecipada, ou seja, os que discordam optam pelo fato de que, uma vez verificado que há

³² VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da Tutela Antecipada: Doutrina e Jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 298.

provas que incita a ampliação da tutela requerida, então, o juiz deve atuar de ofício, pois tem poder para tal.³³

Disto isto, infere-se que em se tratando da segurança jurídica processual ecoa o dever do magistrado em atender o que manda o acerto da relação processual, qual seja, o procedimento independe da iniciativa da parte. No que consiste à prática da antecipação da tutela, há doutrinas que aduzem ainda um mal estar na instrumentalidade utilizada hodiernamente, é o caso de Marcelo Collombeli Mezzomo:

Há dez anos, quando surgiu no ordenamento processual pátrio, a antecipação de tutela representou um enorme impacto, criando um novo horizonte de possibilidades para a técnica da cognição sumária e para a celerização do processo civil. Passada uma década, ainda observamos práticas forense que denotam deficiências na assimilação do instituto. Na doutrina e na jurisprudência, remanescem questões pendentes de resolução³⁴.

Comunga do mesmo entendimento, com esta visão da realidade judiciária no Brasil, Sandra Regina Pires:

O Estado-juiz não dispendo de condições de ministrar justiça a um só tempo rápida e pelo método tido como mais seguro, que é o sistema de cognição plena, tem de contentar-se em outorgá-la sob a forma de cognição sumária, em que a segurança cede lugar à urgência. Equivoca-se quem pensa que a justiça sumária seja menos justa do que a ordinária, porque o que estraga a justiça, o que diminui a sua credibilidade, não é o rito adotado, mas a morosidade da máquina judiciária.³⁵

Os que possuem direito ao benefício da tutela de antecipação são os que se encontram envolto sob o manto do plano do direito material. Desta forma, entende-se que somente possui direito ao provimento jurisdicional quem preenche as condições da ação, ou ainda que possui direito instrumental de ação. Da mesma forma existem requisitos para que no processo seja adequado o tipo de medida de urgência, no caso em tela, há que se dispor do cumprimento, por parte do processo, do fundamento do sistema jurídico-processual.

Sandra Regina Pires aduz ainda sobre os pressupostos processuais a fim de adequar a antecipação de tutela:

³³ FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 352 – 353.

³⁴ MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Refletindo sobre a antecipação dos efeitos da tutela*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 724, 29 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6908>>. Acesso em: 25 ago 2014.

³⁵ PIRES, Sandra Regina. *Antecipação de tutela no processo individual em primeiro grau de jurisdição*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/sandrapires/2012/10/25/antecipacao-de-tutela-no-processo-individual-em-primeiro-gra>. Acesso em: 28 ago 2014.

Justamente por essas razões é que o processo deve representar um instrumento adequado ao atendimento, dentro do possível, de todos os direitos e demais posições jurídicas de vantagem previstos no ordenamento e ser dotado, ainda, de aptidão para assegurar à parte vitoriosa, com um mínimo dispêndio de tempo e energia, um resultado que lhe permita o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento.³⁶

Vê-se que a instrumentalidade processual consiste em dispor de meios que estejam ancorados no Ordenamento Jurídico, ou seja, segundo o que a legislação permite que se cumpra, sob pena de falir o ideal de justiça sobre o qual repousa os anseios da coletividade, sobretudo do Estado. A busca, em meio à utilização de instrumentos legais preventivos, tem por finalidade obter a efetividade da tutela e não apenas a efetividade do processo- meio.

Autoriza-se a antecipação de tutela ante fundado receio de que poderá ocorrer dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda perigo de irreversibilidade. Para tanto, a natureza da medida preventiva é sumária e de caráter provisório. Diz-se de fundado receio de perigo, relativamente ao que se não pode assegurar como concreto no campo prático das ações.

A respeito das ações do magistrado em deferir a tutela antecipatória, é importante escutar o que diz Ovídio A. Baptista da Silva:

(...) casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa entre prover ou perecer o direito que, no momento, apresente-se apenas como provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança. Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência -, esta última solução torna-se perfeitamente legítima. O que, em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática.³⁷

Outro aspecto a ser pontuado está no campo dos requisitos da tutela antecipada está a verossimilhança e prova inequívoca. Ou seja, trata-se de um juízo de probabilidade, com suporte no fundamento da cognição sumária. No plano prático este requisito tem como missão a análise de situação fática, declinando-se para verificar se o direito alegado possui juízo de equidade. Neste diapasão Eduardo Diniz Martins Chateaubriand aponta interessantes aspectos:

³⁶ PIRES, Sandra Regina. *Antecipação de tutela no processo individual em primeiro grau de jurisdição*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/sandrapires/2012/10/25/antecipacao-de-tutela-no-processo-individual-em-primeiro-gra>. Acesso em: 28 ago 2014.

³⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.p. 67.

Nesse sentido, vale ressaltar que a expressão verossimilhança, atrelada ao requisito da prova inequívoca, reflete de maneira clara a intenção do legislador em estabelecer uma exigência mais rigorosa do que simplesmente um *fumus boni iuris*, exigido para a concessão da tutela cautelar, como ocorria antes da reforma de 1994, quando imperavam as medidas cautelares satisfativas.³⁸

O princípio da segurança jurídica está diretamente associado aos elementos de que se vale o magistrado para determinar ou não a concessão da tutela antecipada. Como bem lembrou Humberto Theodoro Júnior, “a prova terá, no entanto, de ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.”

A reversibilidade dos efeitos práticos aufere outro requisito, desta vez, negativo para o pedido de medida cautelar, como é o instituto da antecipação de tutela. De acordo com o que prevê o parágrafo 2º do art. 273 do CPC, existe proibição expressa para conceder esta medida ante o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Ante a dúvida por parte do magistrado em decidir acerca de casos de extrema urgência, vale apelar para a ponderação de valores constitucionais, destacam-se os princípios da efetividade e da segurança jurídica.

A decisão sobre a tutela antecipada conforma-se ao que está disposto no Artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988, qual seja, lá se consolida o entendimento de que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, vez que ao magistrado cabe a obrigação em enunciar expressamente os motivos de fato e de direito que ensejaram o seu convencimento, especialmente em casos de cognição sumária.

Observa-se ainda que a concessão de tutela antecipada obedece aos limites estabelecidos em sentença, o que significa a vinculação entre tutela antecipada e a tutela definitiva. Os limites da tutela antecipada implicam na linha que a diferencia da cautelar, tendo em vista que aquela decorre do provimento final do mérito, enquanto esta assegura apenas a eficácia do mérito.

2.2 A tutela cautelar

Sabe-se que o objeto da prestação jurisdicional é a segurança de que nenhum direito será lesado, por parte do Estado, de outra forma a tutela de bens jurídicos relevantes e envolvidos nas demandas que nascem por vontade dos contraentes. Em se deteriorando essa possibilidade de alcance de tais direitos em função da morosidade da prestação jurisdicional,

³⁸ DINIZ MARTINS, Eduardo Chateaubriand. *Fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar*. Disponível em: www.direitonet.com.br.p. 62

notadamente até o encerramento da morosa prestação, a própria atividade estatal torna-se inútil. Atendendo a esta possibilidade Eduardo Diniz Martins ensina:

Assim, a tutela cautelar se apresenta como um meio de proteção de condições fáticas e jurídicas relacionadas ao processo, com a finalidade de se possibilitar o desenvolvimento da prestação jurisdicional com *efet Fux*, que ao discorrer sobre o conceito da tutela cautelar, afirma ser “um *tertium genus* de prestação jurisdicional, consistente num provimento servil às demais manifestações judiciais, capaz de resguardar as condições de fato e de direito necessárias à prestação da justiça com efetividade.”³⁹

No caso em tela é o lapso temporal que se instaura na seara processual, no momento do desenvolvimento da decisão, em que as partes se manifestam, que a finalidade do juízo pode quedar-se de forma inerte e prejudicar o julgamento. Os motivos que, por vezes, acometem o processo de forma negativa decorrem ora por atos maléficis perpetrados por uma parte contra o direito da outra antes do julgamento da causa, ora em função da própria natureza das coisas. Consubstancia-se no mesmo entendimento as afirmações de José Frederico Marques:

Portanto, segundo esse entendimento, a tutela cautelar atribuída pelo Estado através da concessão de medidas cautelares tem por escopo a garantia da efetividade jurisdicional, mantendo-se as condições de fato e de direito necessárias ao julgamento do mérito. Além disso, a medida cautelar pode ser deferida não apenas dentro de um processo cautelar, como também, excepcionalmente, no processo de conhecimento, de execução e também em procedimentos especiais, desvinculados de um processo principal.⁴⁰

Emerge da medida cautelar em foco os elementos necessários que balizam a transação processual, cujo fito é obter resultados positivos no processo de conhecimento, ou melhor, do processo executivo. Se o processo implementado na seara judicial em direção ao resguardo de direitos, tomar caminho diverso que não a proteção do interesse jurídico a que se pretende, produz impacto sobre o arcabouço do princípio da segurança jurídica. Grosso modo, compromete a viabilidade da prestação efetiva das ações de segurança.

As medidas cautelares, em face ao iminente perigo do comprometimento da ação de segurança que se espera do processo, atuam como verdadeiras pontes para proteger bens jurídicos envolvidos, especialmente atinge a questão do lapso temporal, este enquanto elemento crucial para o amadurecimento processual.

³⁹ DINIZ MARTINS, Eduardo Chateaubriand. *Fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar*. Disponível em: P. 10.

⁴⁰ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Millenium, 2000.v.5. p. 423.

Vicente Greco Filho, a abordar a questão da medida cautelar, achou interessante abordar aspectos da distinção entre medida cautelar e processo cautelar:

A medida cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo; o processo cautelar é a relação jurídica processual, dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares. O processo cautelar é o instrumento natural para a concessão e o deferimento de medidas cautelares, mas nem todas as medidas cautelares são determinadas ou deferidas em processo cautelar. É sob esse prisma que o legislador regulou o instituto no Livro III do diploma processual, em seu artigo 796 e seguintes. Prevê o referido artigo que “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”. Percebe-se que, pelo fato de nem todas as medidas previstas no Livro III constituírem-se através de processo ou ação cautelar, a redação do artigo fuge desse conceito para trazer a noção de “procedimento”.⁴¹

Há a técnica prevista em qualquer procedimento processual, mas, sobretudo impera o princípio da proporcionalidade em que as ações são promovidas, tendo por escopo a proteção à viabilidade processual e a proteção dos bens jurídicos envolvidos, como por exemplo, o direito fundamental de que quem propõe a ação. Não se confunde medida cautelar com processo cautelar, consoante se vislumbra nas afirmações doutrinárias, vez que a primeira hipótese está relacionada com procedimento viabilizado no decorrer do trânsito processual, enquanto a segunda condiz com ato que é emanado do Poder Judiciário após a decisão. No entanto, há casos em que se instaura procedimento preventivo antes do processo incidental.

A tutela cautelar é fenômeno positivado no Ordenamento constitucional, destaca-se o Artigo 5º, inciso XXXV, *verbis*: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.Todas estas técnicas de natureza processual orientam para reafirmar o direito constitucionalmente garantido em relação ao processo: a garantia do devido processo legal. Justifica-se assim que o acesso à justiça é justamente direcionada a efetividade do direito ao resultado da causa, de forma satisfativa.

Os pressupostos da medida cautelar é que ela além de ser objeto da ação cautelar possui como requisito o *fumus boni iuris e o periculum in mora*. Acrescenta-se ainda que a medida cautelar é deferida em sentença em dependência à iminência do risco, que por sua vez pode anular a eficácia da sentença. Atente-se para o fato de que as medidas cautelares não se confundem com as liminares, ainda que ambas sejam medidas de urgência. Isto é, as liminares

⁴¹ 5 GRECO FILHO, Vicente. *Notas sobre medidas cautelares e provimento definitivo*. In: *Justitia*, 125/1984, p. 85.

antecipam o provimento sob o regime de urgência da prestação jurisdicional e as cautelares garantem o cumprimento da sentença.

Lúcio Flávio Siqueira de Paiva valendo-se dos requisitos que compõem o processo cautelar enumera os seguintes: autonomia, instrumentalidade, temporariedade, revogabilidade, modificabilidade, fungibilidade. Firma-se de forma cabal que a eficácia da medida cautelar atende ao disposto no Artigo 806 do CPC, ou seja: “cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.⁴²

O processo respectivo ao trâmite processual tem por escopo garantir a segurança do processo, assim, evita que o requerente tenha seus interesses prejudicados. Não pode o requerente deixar de manejar a ação principal em prazo razoável, sob pena de seus direitos tornarem-se inerte. A concretização do processo em prazo razoável, além de corroborar princípios constitucionais, protege o processo principal.

Cabe observar que as cautelares classificadas como conservativas, não são contabilizadas para os efeitos de acarretar prejuízos à esfera jurídica do demandado. São exemplos de cautelares conservativas: a produção (rectius, asseguaração) antecipada de provas, exibição e justificação.⁴³

Acaso a norma em comento destinar-se a não efetivação do processo por morosidade da justiça, então, a medida cautelar não é adequada ao caso da demanda. Seria a perda da eficácia processual que está em jogo, da sua não executividade, aspectos que demandam elastecimento na interpretação pelo magistrado. Ante a extinção do processo, segue-se o que aduz Lúcio Flávio Siqueira de Paiva:

Assevera o inciso III do artigo 808 que a medida cautelar perderá sua eficácia se “o juiz declarar extinto o processo principal com ou sem julgamento de mérito”. A regra em análise tem direta relação com a já analisada instrumentalidade da tutela cautelar. Com efeito, voltando-se o processo cautelar para a proteção da eficácia de um outro processo, dito principal, não há razão para que essa cautela prossiga gerando efeitos se a razão maior de sua existência – que é o processo principal – não mais subsiste, ou seja, foi extinto. Trata-se de aplicação da conhecida regra de que o acessório, no caso a cautelar, segue o destino do principal.⁴⁴

⁴² PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. *Direito Processual Civil*. Disponível em: http://www.esmeg.org.br/pdfMural/apostila_cautelar_2011_dr._lucio_flavio_11-11-11.pdf. Acesso em: 28 ago 2014.

⁴³ idem.

⁴⁴ ibidem.

A forma da sentença, isto é, se terminativa ou definitiva, definirá se a medida cautelar vai prosseguir ou não, após a extinção do processo. Então, a norma contida no Artigo 808 não pode ser interpretada literalmente, vez que na sentença terminativa não há a apreciação do mérito e na definitiva há, o que suscita maior cuidado com as técnicas processuais por parte do magistrado. Acaso na sentença houve improcedência do pedido inicial, então a cautelar perde a sua eficácia com a extinção do feito.

José Frederico Marques vai ainda além ao abordar a questão da medida cautelar, diz que ela sofre variadas classificações, quais sejam:

Há várias classificações de medida cautelar na doutrina, ora quanto à natureza, ora quanto ao procedimento, ora quanto à eficácia. Entretanto, não há interesse prático nessa classificação, ficando sempre num plano transcendente, razão pela qual será abordada apenas a classificação formal exposta pelo autor, extraída do Código de Processo Civil. Nesse sentido, dividem-se as medidas cautelares em: a) medidas cautelares típicas ou nominadas: são objeto das ações cautelares reguladas sob a denominação de “procedimentos cautelares específicos”, previstas no capítulo II, livro III do CPC. b) medidas cautelares atípicas ou inominadas: compreendem o que se convencionou chamar de “poder geral de cautela” do juiz, consubstanciado no art. 798 do CPC, e com procedimento comum regulado nos Artigos seguintes.⁴⁵

Encontram-se elencados no Artigo 888 do CPC hipóteses de provimento comum para cada tipo de provimento cautelar buscado pela parte. Exemplarmente, têm-se casos de provimento cautelar como os seguintes: arresto, sequestro, caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, alimentos provisionais, arrolamento de bens, justificação, protestos notificações e interpelações, homologação do penhor legal, posse em nome do nascituro, atentado, além do protesto e da apreensão de títulos.

Humberto Theodor Júnior advoga no seguinte sentido, quando menciona como as medidas essencialmente cautelar procedem em face à instrumentalidade processual:

As medidas de natureza essencialmente cautelar estão subdivididas em medidas para assegurar bens - visando garantir uma futura execução forçada ou um futuro estado de coisas – pessoas – compreendendo a guarda provisória de pessoas ou as destinadas a satisfazer suas necessidades urgentes e prova – quando se coletam elementos de convicção a serem utilizados futuramente.⁴⁶

⁴⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*.. São Paulo: Millenium, 2000. V.5.p. 440.

⁴⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. II. 37ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V.2. p. 356.

Percebe-se a partir dos fundamentos expostos pela doutrina de Humberto Theodoro Júnior a finalidade da medida cautelar, qual seja, está atrelado ao procedimento meio do processo e não à sentença de mérito. É importante definir como procede a medida cautelar a fim de que restem claro seus fundamentos em virtude do campo processual e a exegese das leis que a regem.

Tais objetivos da medida cautelar são obtidos em face da não restrição desta medida às providências típicas, vez que o objetivo da tutela é evitar qualquer situação de perigo que coloque em risco a eficácia e a utilidade do processo principal. Acentua-se que a concessão das medidas cautelares está condicionada aos requisitos afetos à tutela cautelar, ou seja, *fumus boni iuris e do periculum in mora*.

O processo cautelar, ressalta-se que revela as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição, já que o processo cautelar é distribuído em vários órgãos judiciários. Isto posto, pode-se eleger o que diz o Artigo 808 do CPC: “as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer a ação principal”.⁴⁷

Tendo em vista que as medidas cautelares são dadas ao juiz da causa, então, por exemplo, o mesmo juiz que julga a lide cautelar, conhece da ação principal. Destaca-se que críticas existem sobre a cumulação de competências que estatui o juízo específica para conhecer da causa principal e da medida cautelar, tal como asseverou Lopes da Costa citado por Lúcio Flávio Siqueira de Paiva:

Imagine-se o devedor domiciliado em Goiás, vendendo o gado que invernou numas pastagens em Minas Gerais. O credor há de requerer o embargo em Catalão, para que o juiz de lá depreque a execução ao de Alfenas, por exemplo. É possível que, ao chegar a precatória, as reses já tenham virado bife.⁴⁸

O juízo procede à localidade em que a medida cautelar tiver que ser aplicada, de forma ajustada ao pactuado na lei, ou melhor, onde se fizer necessário. Neste caso, o diligenciamto tem por finalidade evitar que a eficácia da medida cautelar seja inviabilizada. Nas questões em que se discute de quem é a competência do juízo de admissibilidade do processo cautelar, considera-se o disposto doutrinário:

A nosso ver, a questão melhor se resolve levando em consideração o exercício do juízo de admissibilidade recursal. Assim, já admitido o recurso

⁴⁷ PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. Direito Processual Civil. Disponível em: http://www.esmeg.org.br/pdfMural/apostila_cautelar_2011_dr._lucio_flavio_11-11-11.pdf. Acesso em: 28 ago 2014. p. 04.

⁴⁸ Idem. p. 05.

na origem, a competência para a eventual ação cautelar será do juízo ad quem; pendente, ainda, o juízo de admissibilidade recursal, a competência para a cautelar será (ainda) do juízo a quo).⁴⁹

Há ainda que se considerar que existem requisitos genéricos para a concessão da tutela cautelar, frise-se como principal a necessidade que a medida cautelar tem em proteger um processo principal, quando este se apoia em aspecto que demonstra o risco em tornar-se ineficaz em função do decurso de prazo.

É necessário que a medida cautelar promova a agilidade em garantir o processo principal. Ocorre então que a urgência é um requisito genérico para que cautelares sejam concedidas na prática processual e no âmbito dos direitos fundamentais. A partir do requisito principal “periculum in mora”, isto é o perigo da demora é possível perceber o risco à que se expõe o processo principal.

No que tange ao processo cautelar o juiz não dispõe de tempo para perquirir direito, logo, impera apenas a aparência do direito. A existência do direito será garantido pela medida cautelar e, não a existência do direito afirmado pela parte requerente, eis que a cognição em sede de processo cautelar se dá de forma superficial, dada a natureza da medida. O direito requerido em sede de cautelar não exige que as provas sejam profundas, mas sim, deve atender às condições especiais da ação cautelar.

Os procedimentos da ação de pedido de medida cautelar devem obedecer ao que descreveu Lúcio Flávio Siqueira de Paiva: petição inicial, citação e resposta do requerido, instrução, sentença. A petição inicial revela na medida cautelar a autonomia formal, característica própria do processo cautelar. Então, se apresenta em juízo petição inicial, como símbolo do instrumento da demanda.⁵⁰

Indiscutível que a petição inicial do processo cautelar deve vir seguido do que prevê o Artigo 282 do CPC, bem como as disposições contidas no Artigo 801 do mesmo dispositivo legal. Com destaque para os incisos III e IV, prescreve-se que se deve indicar, a título do requerente a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão. Assim, o requerente da medida cautelar tem que apresentar o requisito principal, ou seja, o *fumus boni iuris e do periculum in mora*.

Relativamente ao inciso III do Artigo 282, Lúcio Flávio Siqueira de Paiva transcreveu:

⁴⁹ PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. *Direito Processual Civil*. Disponível em: http://www.esmeg.org.br/pdfMural/apostila_cautelar_2011_dr._lucio_flavio_11-11-11.pdf. p. 06.

⁵⁰ Idem p.08.

O inciso III, a seu turno, exige que o requerente indique, na petição inicial, a lide e seu fundamento, norma que é complementada pelo parágrafo único do mesmo Artigo, que assevera tratar-se de exigência aplicável apenas às cautelares preparatórias, ou seja, às cautelares antecedentes.

Através da referência ao processo principal é atribuído ao magistrado o poder de examinar o direito do demandante, destaca-se que o juízo busca conhecer da adequação da medida pleiteada. Desse modo, a petição terá que ser apensa ao processo principal, visto que possui autuação própria.

Há ainda do direito do demandante em sede de liminar ser submetido à realização de audiência acaso, o juiz achar necessário, nas hipóteses de não convencimento do alegado, a fim de que o pleito de urgência seja deferido. Tal medida ainda pode condicionar-se à necessidade de apresentação de contracautela por parte do demandado.

Consoante mandamento do Artigo 802 do CPC, a citação do requerido deve ocorrer seguida da contestação, por ele, no prazo de 5(cinco) dias, oportunidade em que demonstrará as provas que pretende produzir. Esta normas direcionam-se ao regime de urgência, daí a atenção peculiar que a ação cautelar recebe, qual seja, à título sumário. Relativamente à resposta do réu afirma-se que aferem outras modalidades de ações, as quais podem ser: exceções de impedimento, suspeição e incompetência relativa.⁵¹

Consta como ponto de partida para a ação cautelar tornar-se, com efeito, o momento da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, assim como da juntada aos autos do mandado de execução da cautela, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia. O decurso de prazo para a defesa somente inicia quando a execução é dada como cumprida contra o requerido. Vale lembrar que o regramento do prazo para que se inicie a defesa não vale se terceiros forem executados em lugar do requerido.

A exegese do Artigo 191 é mandamento expreso para arguir o seguinte disposto: “Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.”⁵²

De acordo com o supramencionado dispositivo, tem-se o dobro de prazo para interpor defesa, quando mais de um réu possuir procuradores diferentes. Quanto ao requerido lhe cabe as seguintes possibilidades de respostas à ação cautelar: demonstrar a inexistência do *periculum in mora e do fumus boni iuri*; opor defesas processuais, como carência de ação,

⁵¹ PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. Direito Processual Civil. Disponível em: http://www.esmeg.org.br/pdfMural/apostila_cautelar_2011_dr._lucio_flavio_11-11-11.pdf. Acesso em: 28 ago 2014. p. 09.

⁵² BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://dji.com.br/codigos/1973_lei_005869_cpc/cpc0177a0192.htm.

com vistas a buscar a extinção do processo. Sucede que este procedimento atende às disposições do Artigo 267 do CPC.

À luz das hipóteses em que o demandado nas ações cautelares conseguir provar a inexistência do mérito da ação cautelar, extingue-se o processo cautelar, sob os termos do Artigo 810 do CPC, com resolução do mérito, com força de coisa julgada material. O elemento principal requerido nas ações cautelares em favor do requerente foi descrito por Vicente Greco Filho:

O *periculum in mora*, nada mais é do que um dano potencial, uma probabilidade de dano a uma das partes de uma futura ou atual ação principal, em razão da demora de trâmites processuais. Isto pode ocorrer quando houver risco de perecimento ou mudança no estado de pessoas, bens ou provas necessários para a efetividade e utilidade do processo principal.⁵³

Resta observar que as duas modalidades de medidas cautelares, quais sejam, as incidentes e preparatórias, tem como objetivo, respectivamente, surgir no curso do processo principal e anteceder a propositura da ação, sendo ambas direcionadas à garantir a eficácia e utilidade do processo principal.

A sentença das ações cautelares tem como objeto uma sentença terminativa, em face de ausentes os pressupostos processuais e a definitiva, quando presente o pleito cautelar, vez que se trata de demanda autônoma. O tipo de ação que cabe contra a sentença cautelar, de acordo com o Artigo 520, IV, do CPC, é a apelação sob o efeito devolutivo.⁵⁴

Todavia, as demandas de ações cautelares acolhem agravos de decisões interlocutórias, apelação de sentenças, sobretudo recursos excepcionais, já que este é o sistema recursal aplicado ao processo cautelar.

⁵³ FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁵⁴ PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. *Direito Processual Civil*. Disponível em: http://www.esmeg.org.br/pdfMural/apostila_cautelar_2011_dr._lucio_flavio_11-11-11.pdf. Acesso em: 28 ago 2014. P. 10.

3 ASPECTO PROCEDIMENTAL DA FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E DISCUSSÕES JURISPRUDENCIAIS

3.1 Mão dupla ofertada pelo princípio da fungibilidade

A fungibilidade, consoante reza o § 7º do Artigo 273 do CPC ocorre de modo que se sustenta, no então diploma legal, apenas a concessão de medida cautelar em processo de conhecimento e não foi adicionado à legislação dispositivo que permita a concessão de antecipação de tutela dentro do processo cautelar. Nos casos em que se postula a fungibilidade progressiva, qual seja, de providencia cautelar para antecipatória, enfrentam-se correntes doutrinárias contrárias a este procedimento processual, destaca-se Humberto Theodoro Júnior, como doutrinador que opta por tal pensamento doutrinário.

As correntes doutrinárias que não aceitam a fungibilidade progressiva apoiam-se na inexistência de amparo legal, além do fiel entendimento de que os requisitos da tutela antecipada são muito mais robustos que os da tutela cautelar, o que permite aceitar uma tutela cautelar quando deveria ser aceita uma antecipada.

Em Candido Dinamarco se aceita a fungibilidade progressiva:

Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos.⁵⁵

A doutrina não é pacífica a este respeito, tendo em vista que a interpretação literal do parágrafo 7º do artigo 273 do CPC deixou expresso apenas a possibilidade de concessão de medida cautelar, sob regime incidental em processo de conhecimento, mesmo que presente o pedido de antecipação de tutela.

É importante reforçar que o legislador adotou, como entendimento no Código de Processo Civil, situações excepcionais de medidas cautelares incidentes ao processo principal sem a necessidade de instauração de um novo processo, isto é em função do princípio da economia processual. Pois bem, mesmo com a ideia da possibilidade de deferimento de medida antecipatória, como medida cautelar incidental dentro processo principal, inclusive com a segurança do contraditório, produção de prova e sentença, suscitaram dúvidas a respeito da aplicabilidade do dispositivo em apreço.

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

As dúvidas que acometem a questão da aplicabilidade da fungibilidade progressiva em sede recursal referem-se, especificamente, ao seguinte caso esposado por Nelson Nery Júnior:

Desse modo, outra questão que surge é se, mesmo diante de um erro grosseiro, quando não houver qualquer dúvida na doutrina ou jurisprudência acerca da natureza da medida requerida, pode o magistrado aplicar a fungibilidade para conceder a medida cautelar quando requerida a antecipação de tutela, sobretudo quando é sabido que, na aplicação da fungibilidade em sede recursal, é condição de sua efetivação a existência de dúvida objetiva e a inexistência de erro grosseiro na escolha da medida ajuizada.⁵⁶

Trazendo esta análise para o campo prático vê-se que a lei manda observar os elementos: a dúvida objetiva acerca da natureza da aplicação da medida cautelar, a extrema urgência na concessão da providência para afastar dano grave. Interessante nesta discussão acalorada, que Arruda Alvim⁵⁷ opta pelo poder cautelar geral do juiz, em que pesa a concessão da medida pelo juiz de acordo com a decisão que o magistrado achar que é adequada ao caso, ou seja, pelo critério do juiz.

Vale citar Humberto Theodoro que reforça o que diz a legislação sobre a mão dupla da aplicabilidade das tutelas de urgência:

A redação do artigo mencionado somente fala da possibilidade da aplicabilidade do princípio da fungibilidade da tutela antecipada para a medida cautelar e não o inverso, pois o legislador não fez qualquer menção sobre a conversão da medida cautelar em tutela antecipada.⁵⁸

Discordando de Humberto Theodoro Júnior, vem Nelson Nery Júnior que aduz se possível a conversão da tutela cautelar em antecipada, pois afirmou: “Caso o autor ajuíze ação cautelar incidental, mas o juiz verificar ser caso de tutela antecipada, deverá transformar o pedido cautelar em pedido de tutela antecipada. Isso ocorre, por exemplo, quando a cautelar tem natureza satisfativa”.

O posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco parece mais adequado a pacificar a discussão, visto que alega ser os fatos narrados e provados no processo, pelo autor, capazes, de acordo com os fundamentos jurídicos, de conduzir ao resultado que se postula. Neste

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2006.

⁵⁷ ALVIM, Arruda. *Notas sobre a Disciplina da Antecipação da Tutela na Lei nº 10.444, de maio de 2002*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 3 – 19.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p. 742.

diapásão não se conforma à discussão acerca da fungibilidade progressiva a não vinculação do juiz às qualificações jurídicas do autor.

Equivocam-se as doutrinas que distanciam a autorização que o juízo tem em dar qualificação jurídica aos fatos narrados pelo autor, tendo em vista que em se tratando da possibilidade de mão dupla da fungibilidade em sede recursal, mesmo antes do advento do Artigo 273, do CPC, ao juiz é dada autonomia para emprestar interpretação legal, sobretudo aplicando indiferentemente a todas as espécies de processos e diferentes pedidos.

Não é demais observar que a discussão travada no contexto recursal do instituto da fungibilidade, nada mais é desencadeada pela radical distinção entre medidas cautelares e antecipatórias. Esta mesma distinção entre medidas cautelares e antecipatórias fazem emergir problemas em face à mão dupla da fungibilidade à medida que se verifica que o rito cautelar aufere prazos mais curtos e dilação probatória restrita, quando comparada ao sistema da medida cautelar antecipatória, que por sua vez, mostra-se mais robusta.

Por certo, a teoria doutrinária de Néelson Nery Júnior apoia-se na possibilidade da mão dupla da fungibilidade, nos casos em que o autor da demanda cautelar, em sede de antecipatória, adequar o pedido ao campo do pedido da tutela antecipada.⁵⁹

Há outras justificativas para que a fungibilidade entre as tutelas sejam conhecidas no caso concreto:

Dessa forma, admitir a fungibilidade entre as tutelas de urgência é também reafirmar o caráter instrumental do processo, de forma a impedir que os rigores técnicos da lei obstem o jurisdicionado de obter o que de direito em tempo oportuno. É unânime que a parte não pode ser prejudicada por questões formais ou por divergências de entendimento entre o advogado e o magistrado. Observando que ambas as teses são defensíveis, deve ser aplicado o princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, seja no caso literal da lei, que é quando há uma providência cautelar pleiteada a título de tutela antecipada, ou no sentido inverso, quando o pedido de tutela antecipada é formulado em medida cautelar. Agindo assim, estará o magistrado concedendo proteção ao direito da parte, desde que preenchidos os requisitos para a concessão da medida alterada.⁶⁰

Deve-se reconhecer que ante a norma que deferiu o instituto da fungibilidade entre as medidas de urgência, facilitou a proliferação de possibilidades até então não vislumbradas pela norma. No entanto, a articulação do manejo processual, notadamente das tutelas cautelares veio trazer o atendimento dos princípios da economia processual e da

⁵⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º março de 2007*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 531.

⁶⁰ SOUSA, F. R. O. *Fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar*, 2013. Disponível em: <http://periodicos.uniformg.edu.br:21011/periodicos/index.php/cursodireitouniformg/article/download/173/204>.

instrumentalidade das formas do processo. Ademais, permitiram-se os ritos de cognição e execução em um único processo.

Por economia processual esclarece-se que se trata de alcançar a pretensão do autor, esgotando as possibilidades legais, mas com o mínimo de desgaste nos atos processuais. Destaca-se que a intenção, em sede recursal fungível é evocar o mínimo de atos processuais, ao passo que com resultados práticos.

Evita-se com o instituto da fungibilidade obstar a efetividade processual, priorizando resultados práticos de acordo com a necessidade da jurisdição. A justificativa para o uso do princípio da fungibilidade encontra respaldo diverso, tendo em vista que se espelha em princípios constitucionais garantidos, destaca-se o princípio da instrumentalidade das formas, com fulcro na Lei nº 10.444/2002, que versa sobre medidas cautelares e seus procedimentos.

A instrumentalidade do processo, segundo o princípio que resguarda este parecer, diz que determinado ato poderá ser considerado válido mesmo que não tenha obedecido à formalidade prevista em lei, desde que alcance sua finalidade. Corrobora com esse entendimento os Artigos 154 e 244 do CPC, *verbis*:

Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.⁶¹

Importa considerar que os atos jurídicos seguem princípios que, mesmo não estando expressamente demonstrados em lei, imperam no campo prático para nortear os procedimentos de recursos em prol dos direitos. Aliás, o direito, como já dito em momento anterior, não aceita imposição de demanda em sentido autônomo por parte do demandante, exigindo-se, então, a busca pelo ato processual e manifestação das partes.

De outra forma, o não atendimento à flexibilidade do processo pelo magistrado acarreta:

Por certo que total desprezo pela forma dos atos processuais implicaria em atribuir ao magistrado arbitrariedade em suas decisões, já que estaria livre para o acatamento ou não de qualquer manifestação das partes. Todavia,

⁶¹ BRASIL. Artigo 154 e 244 do Código de Processo Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 28 ago 2014.

insistir na rigidez e inflexibilidade do processo, não raro, importa em denegação da justiça.⁶²

A partir da instrumentalidade exercida pelo magistrado é possível que o processo tome forma, se em coerência com as alegações ou não. Extinguir o formalismo com que os atos processuais são instrumentalizados é tendência corrente no direito hodierno, vez que o Estado deve prestar segurança efetiva e justa. As ponderações de Humberto Theodor Júnior bem se ajustam à esta visão dos recursos: “é preferível transigir com a pureza dos institutos do que (sic) sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário [...]”.

Uma segunda possibilidade de aplicação da fungibilidade que vem inquietando juristas corresponde à possibilidade de concessão de tutela antecipada, pela natureza satisfativa da pretensão, quando o pedido formulado for uma medida cautelar inominada.⁶³ Ingressam neste caso doutrinas que entendem ser inviável, por ser tratar de causar de pedir além do que é a principiologia das medidas cautelares. Assim, é consenso na doutrina que este tipo de fungibilidade somente é permitido pelos valores legais em uma mão única. Inarredável apelar para o que diz Arruda Alvim:

A nossa impressão é a de que em relação à tutela antecipada para a cautelar, ter-se-á pedido o mais restando concedido o menos. Sendo assim, a hipótese inversa, importaria em que, tendo-se pedido o menos, mas cabendo o mais, o juiz concederia o mais; em rigor, concederia, portanto, nesta hipótese, além do pedido, ou, mais do que o que tenha sido pedido. Por esta razão – que nos parece estar subjacente à regra, de que tratamos – pensamos ser inviável. Trata-se, assim, de uma fungibilidade numa só direção, sem que se possa pretender estabelecer reciprocidade.⁶⁴

O regramento procedimental das medidas tutelares postula como legal a fungibilidade em um único sentido, isto é, da tutela antecipada para as medida cautelares e não o inverso. Aludida dúvida sobre a possibilidade da mão dupla da fungibilidade recursal decorre da crença acerca da unificação dos institutos das tutelas antecipadas e cautelar.

Mais que a crença cerca da unificação das tutelas de antecipação e cautelar, as correntes que assim defendem ressaltam que o fato de serem duas modalidades distintas não

⁶² SOUSA, F. R. O. *Fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar*, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.uniformg.edu.br:21011/periodicos/index.php/cursodireitouniformg/article/download/173/204>> p.9.

⁶³ DINIZ MARTINS, Eduardo Chateaubriand. *Fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar*. Disponível em: <www.direitonet.com.br>. p. 73.

⁶⁴ ALVIM, Arruda. *Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na lei nº 10.444 de maio de 2002*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 3.

significa que não se possa ter um sistema unificado de prestação das mesmas, o que permite a simplificação do processo, evitando-se que por razões de técnica processual se deixe de prestar a tutela jurisdicional adequada.⁶⁵

A possibilidade de aplicação da fungibilidade, em mão dupla, respalda-se na menor restrição possível à esfera jurídica do demandado, por parte do magistrado. Ademais, posicionamentos que defendem a fungibilidade de bens apontam para o fato de que mesmo que fungibilidade dupla não tenha vindo expressamente demonstrada em lei, ela existe implicitamente, conforme o seguinte parecer doutrinário:

Partindo-se da premissa de que é possível o pedido de tutela cautelar no próprio processo de conhecimento, e entendendo-se que foi requerida tutela de natureza antecipatória a título de providência cautelar, nada impede a concessão de tutela antecipatória ainda que tenha sido utilizado o nome cautelar.⁶⁶

O aspecto formal do processo tem sido entendido por alguns juristas como não impedimento da natureza da tutela, vez que é a instrumentalidade das formas que admite a concessão de mão dupla da fungibilidade. Além disso, admitem ainda, que as formalidades são sobrepostas pela realização de valores constitucionalmente garantidos.

Entretanto, por vezes o rigorismo processual se impõe, de acordo com o que se colhe desta passagem:

Deve-se frisar, também, que o procedimento adotado nesses casos, assim como no caso da via única já estudada, deve respeitar a efetividade buscada pelo legislador. Nesse sentido, seguindo lição de Joaquim Spadoni, o magistrado deve receber a petição inicial de ação cautelar como simples petição incidente do processo principal, não determinando citação ou procedimento em autos apartados, ou, no caso de já autuada, deverá determinar o cancelamento do registro e autuação, com a sua conseqüente juntada aos autos principais. Caberia exigir, nesse caso, que o advogado da parte requerente evidencie a presença dos requisitos da tutela antecipada, devendo o juiz examinar esses requisitos à luz do art. 273 do CPC, com o rigorismo que se impõe.⁶⁷

A unificação dos institutos da tutela antecipada e da cautelar faz parte de uma visão inovadora, já que se busca a efetividade do processo, em direção ao que consagrou a

⁶⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 11ª ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 7ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁶⁷ SPADONI, Joaquim. *Fungibilidade das Tutelas de Urgência*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 295 – 320.

Constituição Federal de 1988, notadamente em sede de princípios que norteiam a instrumentalidade processual.

Paulo Afonso Brum ao comentar a via dupla da fungibilidade afirmou:

A via dupla, também em atenção aos requisitos da tutela antecipada, até mesmo para certos casos de cautelares preparatórias, onde o requerente não dispõe de elementos suficientes para propor a ação principal, e também nos casos em que a incorreção da medida só venha a ser verificada em sede recursal, ocasião em que a extinção do processo sem julgamento do mérito significaria “aniquilar irremediavelmente a tutela de urgência requerida, com o grave risco de consagrar-se, em nome da forma, lesão de direito da parte litigante.”⁶⁸

As reformas pelas quais passou o Código Civil brasileiro causaram profundo reflexo no campo procedimental dos processos, em sede civil, de forma que as discussões vêm priorizando os meios utilizados pelo magistrado para fazer valer os direitos constitucionalmente garantidos, tanto do processo quanto das partes envolvidas.

3.2 O caráter instrumental do processo

O processo em si, já aduz meio ou instrumento de que se vale o Poder Judiciário para requerer a medida assecuratória, tendo e a tutela como provimento a ser concedido. O processo afigura-se como a técnica mais adequada à disposição do jurisdicionado. Em um processo de cognição, por exemplo, vislumbram-se várias fases procedimentais.

Para Murillo Sapia Gutier:

No rito ordinário do CPC há a previsão da fase *postulatória, saneadora, instrutória e decisória* que, por si só, para atingir todo este *iter* procedimental, que necessariamente é feito em contraditório, transcorre considerável período de tempo. Durante todo este lapso de tempo, inúmeros danos podem ocorrer às partes.⁶⁹

A validade de um processo justifica-se na vantagem em alcançar um direito que existe ao tempo da sentença. Da mesma forma, em se tratando das provas testemunhais, há que se admitir que deve haver a materialidade das provas, vez que chegada a fase instrutória do processo, as provas devem corresponder ao feito.

⁶⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da Tutela Antecipada: Doutrina e Jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 118.

⁶⁹ GUTIER, Murillo Sapia. *Teoria do processo cautelar: características e classificações doutrinárias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2456, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14548>>. Acesso em: 29 ago 2014.

O procedimento processual assegura tutela do direito material ou da situação jurídica postulada pelas partes. Cumpre, dessa forma, o direito material. O processo é concebido pelo Código de Processo Civil como gênero munido das seguintes espécies: processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar. São três os tipos de processos no Ordenamento, quais sejam: cautelar, de conhecimento e execução.⁷⁰

O processo cautelar é autônomo, visto que se articula sob fins próprios, além de ser realizado independente do sucesso ou não do processo principal. Conforme orienta Humberto Theodoro Jr: "o pressuposto da autonomia do processo cautelar encontra-se na diversidade de sua função diante das demais atividades jurisdicionais".⁷¹

Além da autonomia, o processo cautelar apresenta-se de forma acessória com o fim de auxiliar um processo principal. O aspecto acessório é o cerne da instrumentalidade processual, vez que nas lições de Murillo Gutier Sapia:

O processo cautelar é considerado acessório uma vez que existe tão somente para proteger um processo principal. Não é um fim em si mesmo, mas há uma relação de dependência para com os demais "processos". A relação de acessoriedade está ligada ao acréscimo que se opera a um dado objeto, sem que se dela faça. Assim o é o processo cautelar. No que tange aos efeitos práticos, o a cautelar é distribuída e apensada ao processo principal – de cognição ou de execução – sendo o juízo competente para julgá-la o mesmo do processo principal.⁷²

A economicidade das medidas processuais é um imperativo no escopo instrumental dos processos, qual seja, com o mínimo de procedimentos, alcançam-se direitos constitucionalmente protegidos, em especial a pretensão do requerente, em um tempo mínimo.

A instauração do processo cautelar dá-se antes ou depois do processo principal, visto que do processo principal é acessório, conforme manda o Artigo 796 do CPC: "o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente".

Pode-se dizer que a instrumentalidade depende diretamente da acessoriedade, tendo em vista que estão implicadas. Neste sentido leciona Murillo Gutier Sapia:

⁷⁰ THEODORO JR. Humberto. *Curso de direito processual civil* – processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. v. II. 41. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 543.

⁷¹ idem.

⁷² GUTIER, Murillo Sapia. *Teoria do processo cautelar: características e classificações doutrinárias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2456, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14548>>. Acesso em: 29 ago 2014

Tendo em perspectiva a noção exposta no item anterior – o da acessoriedade – é possível traçar outra característica do processo cautelar: a instrumentalidade. A acessoriedade e instrumentalidade são conceitos que se entrelaçam – um liga ao outro – uma vez que o processo – para a corrente instrumentalista que a concebeu – é instrumento para a tutela do direito material e o processo cautelar é instrumento para a proteção do resultado útil do processo principal, ou seja, conforme a concepção de Calamandrei – muito repetido na doutrina – o processo cautelar é instrumento do instrumento.⁷³

A instrumentalidade permite observar a dinâmica processual que se mostra da seguinte forma: o processo principal é o instrumento para a tutela dos direitos e o processo cautelar o instrumento do processo. Então a função do processo cautelar é puramente instrumental, pois busca garantir a efetividade dos processos.

O processo cautelar é preventivo, pois afasta do provimento jurisdicional a ineficácia ou inutilidade do processo principal. Destarte, ao fim da instrução a cautelar terá permitido que o processo tenha coerência em relação a direitos. Da mesma forma, cita-se como característica importante a provisoriedade, ou seja, nas palavras de Murillo Gutier Sapia:

A provisoriedade significa que a medida cautelar produzirá efeitos por um determinado lapso de tempo, notadamente até que persista a situação de emergência. Humberto Theodoro Júnior elucida que a provisoriedade significa "que as medidas cautelares têm duração limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo". Em verdade, não só até o deslinde do processo principal, entendido como o lapso temporal para a sua solução, é que seria o período em que a cautelar produz efeitos. Pode ocorrer que a situação de emergência perca a sua razão de ser/existir, ou seja, havendo alteração da circunstância fática, pode a medida cautelar deferida ser revogada, por ser desnecessária.⁷⁴

Com base no exposto acima, reafirma-se a repercussão que o processo cautelar assume em sede do processo de conhecimento, de tal forma que o evitar do lapso temporal, de forma instantânea garante o sucesso processual. No intervalo em que se desenvolve o processo cautelar, a probabilidade do direito à tutela deve apresentar-se da seguinte forma:

Não basta o perigo de dano ao direito material. Deve a alegação da parte ser verossímil ou provável. Para Marinoni e Arenhart, para a obtenção da tutela cautelar, deve o autor convencer o juízo de que lhe será concedido o direito material tutelável. A decisão baseada na verossimilhança da alegação se

⁷³ GUTIER, Murillo Sapia. *Teoria do processo cautelar: características e classificações doutrinárias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2456, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14548>>. Acesso em: 29 ago 2014.

⁷⁴ idem.

justifica tendo em vista o perigo de dano ao direito material, ou seja, tendo em vista uma situação de urgência.⁷⁵

Os fundamentos da cognição suportada no processo cautelar diferem do processo de conhecimento por ser sumária.

3.3 Posicionamento jurisprudencial em tribunais superiores

Conforme anteriormente demonstrado no presente trabalho, existem algumas correntes doutrinárias divergentes a respeito da interpretação do §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil. Do mesmo modo, as jurisprudências não pacificaram à utilização da mão dupla na fungibilidade das tutelas cautelar e antecipada.

Dito isso, importante abordar, por meio de alguns julgados relevantes, a forma como os tribunais superiores dirimem questões atinentes à possibilidade ou não da fungibilidade em mão dupla na seara das tutelas de urgência, conforme passa-se a explicar

EMENTA: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO IRREGULAR EM ÁREA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE TERMO ADMINISTRATIVO (TERMOS DE CONCESSÃO DE USO). INTIMAÇÃO DEMOLITÓRIA DO PODER PÚBLICO. EXERCÍCIO REGULAR DO PODER DE POLÍCIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DIREITO À MORADIA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INTERESSE E DIREITO COLETIVO A UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E UM ADEQUADO ORDENAMENTO URBANO. FUNGIBILIDADE ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPATÓRIA DE TUTELA. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1- As tutelas cautelar e antecipatória possuem naturezas distintas. Enquanto aquela objetiva garantir a eficácia e a exequibilidade de um eventual provimento favorável ao requerente em um processo de conhecimento, a antecipação de tutela visa ao deferimento liminar do pedido, ou de parte dele, articulado diretamente no processo de conhecimento. Logo, tendo a pretensão natureza eminentemente antecipatória de tutela, não há como cogitar o deferimento de medida cautelar na hipótese de ausência dos requisitos autorizadores da medida antecipatória. [...] (STJ - Processo: AGR1 20140020057368 DF 0005767-62.2014.8.07.0000 Relator(a): ALFEU MACHADO Julgamento: 30/04/2014 Órgão Julgador: 1ª Turma Cível apud BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2006).

⁷⁵ GUTIER, Murillo Sapia. *Teoria do processo cautelar: características e classificações doutrinárias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2456, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14548>>. Acesso em: 29 ago 2014.

Conforme exposto, o ministro analisou a possibilidade de concessão de medida de urgência valendo-se dos institutos da tutela antecipada e tutela cautelar. Ausentes os pressupostos, decidiu pela não concessão da medida antecipatória no provimento cautelar, verificando que a concessão do provimento iria se sobrepor ao procedimento.

Em outro julgamento, sobre recurso interposto com alegação de violação ao artigo 273, CPC, tem a seguinte disposição:

EMENTA- Processual civil. Recurso especial. Fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. Art. 273, § 7.º, do CPC. Interesse processual. - O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela. Recurso especial não conhecido.⁷⁶

Aludido Recurso Especial de nº 653.381/ Rio de Janeiro, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, firmou-se no sentido de que o interesse em realizar a justiça social representa um dos proclames processuais, então este objetivo não deve ceder lugar ao formalismo que outrora predominou nas questões de interpretação das leis. O momento atual é outro, vez que se prima pela valoração da justiça sob o escopo social, em direção ao que a Carta Magna apregoa. Ou seja, deve prevalecer a efetividade do processo.

Contrariou, portanto, o julgamento do juiz de primeiro grau que entendeu que para conceder uma medida cautelar, esta deve ser proposta como oriunda da instauração de um processo de conhecimento. Pode assim inferir que o magistrado ombreia na corrente dos que defendem a possibilidade de impetração da fungibilidade de mão única e não dupla. Ademais, justificou o magistrado que de acordo com o Artigo 273 do CPC há muito que o tecnicismo em que prevalecia a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional tendo como concessão de medidas cautelares inominadas de natureza satisfativa foram extintas, em função da evolução da instrumentalidade processual.

No que concerne ao voto da Ministra, acompanhado pela turma do STJ, decidiu-se que não existe impedimento legal e nem procedimental para conceder medida cautelar, a fim de obter sentença provisória. Assim, firmou entendimento que, não obstante o embate entre instrumentalidade e procedimento a ser concedido pelo magistrado, aspecto que vem gerando

⁷⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 653381. Min. Nancy Andrichi. Brasília, DF, 21 fev. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200400475292&pv=010000000000&tp=51> Acesso em: 28 ago 2014. .

dúvidas diversas, há que se aliar o procedimento à medida de urgência, com o fito de pacificar as questões sociais.

Ainda nesse sentido, o Ministro Humberto Martins decidiu no acórdão do AgRg no Resp:

ADMINISTRATIVO – CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – FUNGIBILIDADE ENTRE AS MEDIDAS DE URGÊNCIA – POSSIBILIDADE – INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO – IMINÊNCIA DE PREJUÍZO A CIDADÃOS – IMPOSSIBILIDADE DE INTERRUÇÃO.

1. Não há, no acórdão recorrido, qualquer omissão, contradição ou obscuridade, razão pela qual não foram malferidos os artigos 515 e 535 do Estatuto Processual Civil.

2. Esta Corte Superior já se manifestou no sentido da admissão da fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida que vier a ser concedida. Precedentes.

3. O Tribunal de origem reconheceu explicitamente o perigo de danos irreparáveis à população dos Municípios Novo Hamburgo, Portão e Estância Velha, em caso de interrupção do fornecimento de energia elétrica.

4. O Superior Tribunal de Justiça, pela sua Corte Especial, tem posição firmada em vários precedentes, no sentido de que sejam preservadas, em caso de corte de energia, as unidades e serviços públicos cuja paralisação é inadmissível, como no caso em questão.

5. Embora inadimplente, a Comusa é responsável pelo abastecimento de água aos Municípios de Novo Hamburgo, Portão e Estância Velha, cuja população não pode ser prejudicada em razão da referida inadimplência. Agravo regimental improvido. **Grifo nosso** 75. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009).

No caso supracitado, o Ministro decidiu pela manutenção da antecipação de tutela, aplicando o princípio da fungibilidade progressiva, por entender que os municípios afetados pelo não fornecimento de energia elétrica sofreram danos irreparáveis.

Outro Recurso de nº 628.388/MG interposto por parte contrariada, em função de que o tribunal *ad quem* entendeu que não foram preenchidos os requisitos de concessão de tutela antecipada. Segue a Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA – CONCESSÃO POR MEDIDA CAUTELAR (ARTS. 273, § 7º DO CPC E 115, V DO CTN) – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA.

Extrai-se de posicionamento jurisprudencial os efeitos trazidos de sentença que visa conceder medida cautelar, quando presente o equívoco de impetração de pedido de medida

cautelar (antecipação de tutela) em lugar de outra (medida cautelar). Neste caso, é o procedimento do juizado que está em análise em face à possibilidade de aplicação da fungibilidade progressiva, ou seja, então é possível a mão dupla da fungibilidade recursal, por estar presente os requisitos da tutela que deveria ser aplicada. Neste caso, o juiz deve reforçar a relação que o magistrado deve guardar com os aspectos jurídicos processuais, através do fiel atendimento ao direito que se origina das alegações das partes, tendo como suporte o que a lei demanda.

Do exposto, vê-se que a fungibilidade de mão dupla é possível em face da existência dos pressupostos que justificam a aplicação de um dado tipo de tutela.

CONCLUSÃO

O escopo problemático a que se pretendeu o presente estudo, de cunho monográfico, qual seja, verificar a plausibilidade em o Ordenamento Jurídico aceitar a procedimental fungibilidade progressiva, qual seja, de providência cautelar para antecipatória, exigiu que se evocassem diversas correntes doutrinárias, a favor e contrárias, a fim de alcançar um consenso e solução para a então discussão jurídica.

Com base nos pressupostos doutrinários que norteiam o instituto da fungibilidade recursal dos processos civis, verificou-se que alguns doutrinadores, parcela mínima, em favor da fungibilidade progressiva, se valem da íntima relação que a função do magistrado guarda com os fundamentos jurídicos que resguardam direitos constitucionais do requerente. Destarte, acreditam os que defendem a fungibilidade progressiva nos princípios garantidores da eficácia processual, os quais, ainda que não estejam expressamente representados no texto legal, encontram-se implícitos na prática de direitos.

De outra forma, os que não defendem a fungibilidade progressiva, optam pelo disposto jurídico contido no Artigo 273, parágrafo 7º, ou seja, somente se aceita a concessão de medida cautelar sob a seguinte ordem: antecipatória para cautelar, especificamente em virtude de acharem ser o instituto da medida antecipação de tutela mais robusta do que a cautelar. Além disso, a diferença entre a antecipatória e a cautelar, em seus fundamentos restringe a fungibilidade progressiva em muitos os aspectos.

Em que pesem os fundamentos jurídicos, em qualquer decisão prevalecem os princípios que resguardam a segurança processual, sobretudo o direito de acesso a justiça, dentro da perspectiva do direito material, às partes envolvidas nas demandas. A discussão que se diferencia entre os juristas apoia-se em dois eixos, quais sejam, a instrumentalidade processual e os manejos do juiz para com os fundamentos jurídicos.

No entanto, ao verificar o entendimento dos tribunais superiores constatou-se que a fungibilidade de mão dupla é possível na hipótese em que a tutela antecipatória é concedida, em lugar da cautelar, por haver equívoco à hora da petição. Assim, magistrados estão decidindo por citar o autor e advertir para corrigir na petição inicial o nome da medida a ser concedida. Diante da realidade jurisprudencial, o que impera nas decisões não é a instrumentalidade, mas o interesse na pacificação e realização da justiça social.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, Arruda. **Notas sobre a Disciplina da Antecipação da Tutela na Lei nº 10.444, de maio de 2002**. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). **Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, Arruda. **Anotações sobre a teoria geral dos recursos**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ALVIM, Arruda. **Procedimento sumário na reforma processual**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2ª.ed. Malheiros editores. São Paulo. 2001.

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

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

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Artigo 154 e 244 do Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm> Acesso em: 28 ago. 2014.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm> Acesso em 28 ago. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 2ª Turma. AgRg no REsp . Min. Humberto Martins. Brasília, DF, 19 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702603947&pv=01000000000&tp=51>> Acesso em: 28 ago. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 3ª Turma. REsp 653381. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 21 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200400475292&pv=01000000000&tp=51>> Acesso em: 28 ago. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. São Paulo: Saraiva. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 12. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. v. III. p. 39.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 11ª ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. 48

CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. São Paulo: LTr, 1999. v. I.

DELGADO, José Augusto. **Reforma do Judiciário – art. 5º, LXXVIII, da CF**. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (org.). "Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004". São Paulo: RT, 2005

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. Bahia: JusPodivm, 2012. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo (SP): Malheiros, 1998.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 13. ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 3ª Ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva. 2012.

GUTIER, Murillo Sapia. **Teoria do processo cautelar**: características e classificações doutrinárias. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2456, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14548>>

HELDEN, Gustavo André Gradashi Von. **O princípio da fungibilidade nos procedimentos processuais**. 2009. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/GUSTAVO%20VON%20HELDEN-%20Vers%C3%A3o%20final.pdf>> Acesso em: 28 ago. 2014.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. rev., atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 7ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo: RT, 1992.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. V. São Paulo: Millenium, 2000.

MARTINS, Eduardo Chateaubriand Diniz. **Fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar**. p. 09. 2005. Disponível em: < <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11525/11525.PDF>> Acesso em: 28 ago. 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 1ºmarço de 2007. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 9. ed. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. in DIDIER Jr., Fredie (org.). "Leituras complementares de processo civil". 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008

PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. *Direito Processual Civil*. Disponível em: http://www.esmeg.org.br/pdfMural/apostila_cautelar_2011_dr._lucio_flavio_11-11-11.pdf.

PIMENTEL SOUZA, Bernardo. **Introdução aos recursos cíveis e ação rescisória**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

PIRES, Sandra Regina. **Antecipação de tutela no processo individual em primeiro grau de jurisdição**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/sandrapires/2012/10/25/antecipacao-de-tutela-no-processo-individual-em-primeiro-gra>. Acesso em: 28 ago 2014

RUANOBA, Sebastian Watenberg. **Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelares) no processo civil brasileiro**. Disponível em: www.abdpc.org.br/.../Sebastian%20Watenberg%20Ruanoba%20-%20fo. Acesso em: 28 ago 2014

SANCHES, Sidney. **Poder cautelar geral do juiz**. São Paulo: RT, 1978. p. 43. Apud. CAMARA, ALEXANDRE FREITAS. **Lições de Direito Processual Civil**. 12. ed. ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de urgência**: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 221.

SOUSA, F. R. O. **Fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar**, 2013. Disponível em: <http://periodicos.uniformg.edu.br:21011/periodicos/index.php/cursodireitouniformg/article/download/173/204>.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. Revista de processo. São Paulo, v. 28, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 28. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. V. I. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada. Evolução Comparatista. Direito Brasileiro e direito europeu**. Revista de Processo nº 157, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada. Evolução. Visão comparativista. Direito brasileiro e direito europeu**. Revista de processo, São Paulo: Revista dos tribunais, v. 33, n.157, p. 129, 2008.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa de. **Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo**

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da Tutela Antecipada: Doutrina e Jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.