

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL  
CURSO DE DIREITO**

**RAUL ARY SILVEIRA**

**A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA**

**FORTALEZA – CE  
2009**

**RAUL ARY SILVEIRA**

## **A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA**

Monografia apresentada à  
Coordenação da Faculdade de  
Direito da Universidade Federal  
do Ceará, como requisito  
parcial à obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Wagneriana  
Lima Temóteo

**Fortaleza – Ce  
2009**

**RAUL ARY SILVEIRA**

## **A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em: 13/11/2009

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Wagneriana Lima Temóteo (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Prof. Rafael Sampaio Rocha  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Prof. Regoberto Marques de Melo Júnior  
Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus pais, Silveira e Ludmila, pelo amor incondicional, apoio, dedicação e zelo em toda minha vida e trajetória acadêmica.

Aos meus irmãos, Rafael e Carlos, e meus avós, tios e primos pelo companheirismo e amizade.

À minha namorada e melhor amiga, Lilia, pelo amor e compreensão, assim como pela confiança que sempre depositou em mim.

## **AGRADECIMENTOS**

À Professora Wagneriana Lima Temóteo por me permitir o privilégio de ser seu orientando, assim como pelo apoio e ensinamentos transmitidos tanto no desenvolvimento deste trabalho como também durante o gratificante curso de Direito, que muito contribuíram para a minha formação acadêmica.

Aos professores Rafael Sampaio Rocha e Regnoberto Marques de Melo Júnior, por terem aceitado meu convite de participar da banca examinadora desta monografia e pelos enriquecedores ensinamentos que tanto contribuíram para o meu engrandecimento.

Aos meus amigos, especialmente, Pedro Arruda, Bruno Almeida, Ítalo Sampaio e Carlos Eduardo Teixeira, pela compreensão nesse período importante, assim como pela amizade em todos os momentos.

E a Deus, por nortear minha caminhada, e por me abençoar com mais esta vitória.

“Maior que a tristeza de não haver vencido é a vergonha de não ter lutado”.

Rui Barbosa

## RESUMO

Pesquisa bibliográfica sobre a fungibilidade entre as medidas de urgência. Por meio desta, aborda-se acerca da tutela cautelar e da tutela antecipada e suas nuances particulares, tais como requisitos e características. Diante disso, discorre-se sobre a fungibilidade entre referidos institutos, bem como os princípios que lhe dão suporte. Além disso, aborda-se o tema acerca da possibilidade de proceder à fungibilidade progressiva e regressiva. Concluiu-se, a despeito das divergências doutrinárias, que a fungibilidade entre as tutelas de urgência pode ocorrer em ambas as hipóteses.

Palavras-chave: Fungibilidade. Tutela Cautelar. Tutela Antecipada. Parágrafo 7º do Artigo 273. Código de Processo Civil.

## **ABSTRACT**

This is a study about the fungibility between the Urgency Injunction. Through this, it analyses the specific characteristics of the Injunctive Relief and the Anticipated Judicial Protection. That said, explains about the possibility of fungibility between both institutes, as well as the principles that guides it. Furthermore there is an explanation about the progressive and regressive fungibility. So, it concludes that both ways are accepted by the Brazilian Courts.

Keywords: Fungibility. Injunctive Relief. Antecipated Judicial Protection. Paragraph 7<sup>th</sup> of Article 273. Civil Process Code.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | <b>9</b>  |
| <b>1 TUTELA CAUTELAR</b> .....  | <b>13</b> |
| 1.1 Introdução ao processo cautelar .....   | 13        |
| 1.2 Características da tutela cautelar.....   | 14        |
| 1.3 Requisitos da tutela cautelar.....  | 19        |
| 1.4 Poder geral de cautela.....   | 21        |
| <b>2 TUTELA ANTECIPADA</b> .....  | <b>25</b> |
| 2.1 Breve histórico .....   | 25        |
| 2.2 Considerações preliminares.....   | 26        |
| 2.3 Requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada .....  | 31        |
| 2.3.1 Prova inequívoca e verossimilhança .....  | 31        |
| 2.3.2 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....   | 32        |
| 2.3.3 Abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu .....   | 34        |
| 2.4 Antecipação de pretensão parcialmente incontroversa .....   | 35        |
| 2.5 A efetivação da tutela antecipada .....   | 37        |
| <b>3 FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA</b> .....   | <b>40</b> |
| 3.1 A fungibilidade no Código Processual Civil.....   | 40        |
| 3.2 Comparações entre as tutelas de urgência.....   | 42        |
| 3.3 Princípios que sustentam a fungibilidade entre as tutelas de urgência.....  | 45        |
| 3.4 A fungibilidade entre as tutelas de urgência e o § 7º do art. 273 do Código de<br>Processo Civil: Problematizações..... | 46        |
| <b>CONCLUSÕES</b> .....   | <b>51</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....  | <b>53</b> |

## INTRODUÇÃO

No Direito processual, com o intuito de proteger a garantia processual constitucional inerente às partes, qual seja, o devido processo legal, exige-se certa dilação temporal entre o ajuizamento de uma demanda e sua solução concedida pela jurisdição.

Entretanto, o decurso excessivo de tempo no processo, por muitas vezes, inviabiliza a pretensão das partes, causando-lhes sérios prejuízos, que, algumas vezes, podem ser irreparáveis.

Diante desse cenário, o legislador passou a criar institutos jurídicos capazes de solucionar possíveis lesões aos direitos tutelados em razão da morosidade da justiça.

A partir de então, surgiram no ordenamento jurídico brasileiro duas espécies de tutelas de urgência a fim de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional e eliminar os riscos do excessivo decurso de tempo na duração do processo.

Primeiramente surgiu a tutela cautelar, com previsão legal no art. 796 e seguintes do Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973), todavia tal instituto jurídico somente é útil para garantir a efetividade do processo principal e não tem o cunho de satisfazer o direito da parte. Assim, passou-se a utilizar tal medida de maneira indiscriminada, desvirtuando seu propósito inicial.

Diante de tal situação, o legislador trouxe ao ordenamento pátrio o instituto da tutela antecipada, que é prevista no art. 273 e seus parágrafos do Código de Processo Civil. O referido instituto jurídico passou a antecipar os efeitos da sentença, desde que presentes seus requisitos previstos em lei, sendo, portanto, uma medida satisfativa.

Assim, a medida cautelar é utilizada para assegurar a efetividade do processo principal, não possuindo natureza satisfativa, mas somente acautelatória, garantindo a utilidade da futura prestação jurisdicional. Em outro sentido, a tutela antecipada é um instituto que busca antecipar os efeitos da sentença a ser prolatada em caso de procedência da lide, assegurando o direito do autor. Por isso, afirma-se que essa medida é satisfativa.

Com isso, verifica-se que a tutela cautelar e a tutela antecipada são espécies do gênero tutelas de urgência, haja vista que visam impedir o perigo de dano. Ambas as medidas, para que sejam concedidas, exigem a presença de requisitos específicos expressos no ordenamento jurídico.

Apesar de serem distintas na essência, as referidas tutelas de urgência são convergentes em alguns aspectos, como, por exemplo, em suas características de cognição sumária, revogabilidade, reversibilidade, entre outras. Ocorre que tais pontos similares, em alguns casos, induzem os operadores do direito a, equivocadamente, requerer uma medida pela outra. Neste sentido, em determinadas situações da prática forense resta impossibilitada a distinção dos dois institutos, gerando uma dúvida quanto à aplicação correta das medidas.

Diante da problemática quanto à escolha da tutela adequada ao caso concreto, inicialmente a doutrina e, em seguida, a jurisprudência, passaram a adotar, com base na fungibilidade dos recursos, das ações possessórias e das próprias ações cautelares, a idéia da fungibilidade entre essas medidas de urgência.

Neste sentido, durante a reforma do Código de Processo Civil pátrio, a Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, trouxe a este Código o § 7º do art. 273, tornando solução expressa a tais situações a fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar.

A fungibilidade tratada no referido dispositivo deve ser aplicada quando houver um verdadeiro *periculum in mora*, não devendo ser considerado um mero erro acerca do título utilizado ou um problema de adequação para se justificar a não concessão da medida de urgência pleiteada.

O equívoco realizado pela parte deve ser um erro escusável, ou seja, deve haver uma dúvida objetiva quanto ao correto meio a ser utilizado. Assim, deve o magistrado conceder a medida adequada ao caso, mesmo que requerida com nomenclatura inadequada.

O § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil tem previsão expressa somente quanto à possibilidade de realizar a fungibilidade de uma medida cautelar requerida sob o rótulo de tutela antecipada. Todavia, há na doutrina e na jurisprudência pátrias posições favoráveis à possibilidade de realizar a fungibilidade em ambos os sentidos, tanto na concessão de medida cautelar por antecipada quanto antecipada por cautelar.

Diante disso, é necessário realizar a pesquisa acerca do tema, haja vista que é de grande relevância à aplicação da norma. Ademais, tal norma trata acerca de realização de direitos sob perigo de dano.

Assim, busca-se realizar uma análise a respeito da aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência no intuito de que a utilização de tal instituto se dê de forma a garantir uma maior efetividade à tutela jurisdicional.

Quanto aos objetivos específicos da presente pesquisa, intenta-se definir as características de ambas as medidas de urgência, realizar um cotejo entre ambas, traçando suas semelhanças e diferenças e, por fim, analisar o instituto da fungibilidade e suas formas de aplicação no ordenamento jurídico pátrio.

A pesquisa será baseada em uma linha de análise doutrinária e jurisprudencial, realizando-se um estudo das normas processuais em conformidade com a Constituição Federal.

A metodologia a ser utilizada será baseada em um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, por meio de livros doutrinários, normas, leis, revistas especializadas e pesquisa virtual. Trata-se de uma pesquisa pura, com finalidade de ampliação dos conhecimentos, sem busca de alteração da realidade; e qualitativa, posto que busca descrever a realidade do tema no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, quanto aos seus objetivos, a pesquisa é descritiva, tendo em vista que busca descrever, explicar, classificar e esclarecer o tema escolhido; e exploratória, haja vista que objetiva aprimorar as idéias através de informação sobre o tema em foco, buscando conferir à legislação atinente ao tema uma interpretação mais adequada aos anseios de toda a sociedade.

O trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro capítulo apresenta especificamente o instituto da tutela cautelar, analisando sua finalidade, características e requisitos, assim como faz uma abordagem acerca do poder geral de cautela do juiz.

O segundo capítulo é voltado ao estudo acerca da tutela antecipada. As finalidades de tal medida são abordadas, assim como as razões de seu surgimento. Ademais, esclarecem-se seus requisitos particulares, bem como a antecipação de pedido parcialmente incontroverso e as formas de efetivação de tal tutela.

Por fim, o terceiro capítulo é voltado à análise do foco da pesquisa, qual seja a fungibilidade entre as tutelas de urgência. Destacam-se algumas aplicações

do referido instituto no próprio ordenamento pátrio, assim como o entendimento doutrinário e jurisprudencial pela viabilidade de tal instituto para as medidas emergenciais mesmo antes da previsão legal. Ademais, após realizar comparações entre ambos os institutos, verificam-se as hipóteses de concessão da fungibilidade, assim como suas formas de efetivação e seus princípios sustentadores.

# 1 TUTELA CAUTELAR

## 1.1 Introdução ao processo cautelar

É inerente ao próprio desenvolvimento do processo judicial, por este ser um ato complexo, uma dilação temporal para que, assim, seja devidamente respeitada a garantia constitucional do devido processo legal.

Em contrapartida, em alguns casos específicos há um conflito entre a garantia do devido processo legal e a da efetividade da jurisdição em razão do tempo despendido entre a propositura da ação e a solução da lide com a entrega do direito material.

Por tal razão, não é suficiente que o Estado apenas assegure o acesso à justiça por meio da ação. Deve-se almejar o encontro do objetivo maior do processo que é a justa e correta solução para tal, ou seja, que essa solução esteja pronta pra produzir efeitos práticos favoráveis à parte.

Diante disso, fazem-se necessários institutos que possam garantir a efetividade da tutela em virtude das causas deterioradoras do processo, para que, assim, garantam o efetivo cumprimento da previsão constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.<sup>1</sup>

Portanto, surge o processo cautelar como uma das formas de tentar solucionar a celeuma instalada em razão do confronto entre tempo e processo, para que, assim, alcance-se o objetivo final do processo judicial, qual seja, a decisão equânime.

O processo cautelar é totalmente diferente das outras formas de processo, quais sejam de conhecimento e de execução, haja vista que estes têm como característica a satisfatividade, permitindo a solução imediata da lide. Por outro lado, o processo cautelar é caracterizado por ser meramente preventivo, ou seja, serve como meio para garantir a futura realização do direito material, que será efetivado por meio de outro processo.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Art. 5º, inc. XXXV.

Neste sentido, a indispensabilidade da tutela cautelar para efetivação do direito material é trazida por Humberto Theodoro Júnior:

Em outros termos, é indispensável que a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi engendrada. Pois, de nada valeria, por exemplo, condenar o obrigado a entregar a coisa devida, se esta já inexistisse ao tempo da sentença; ou garantir à parte o direito de colher um depoimento testemunhal, se a testemunha decisiva já estiver morta quando chegar a fase instrutória do processo; ou, ainda, declarar em sentença o direito à percepção de alimentos a quem, no curso da vida, vier a falecer justamente por carência dos próprios alimentos.<sup>2</sup>

Desta forma, é possível perceber que o processo cautelar é meramente o instrumento do instrumento, ou seja, é um meio que assegura a efetivação do processo principal, que é outro instrumento para a realização do direito material.

Ademais, o risco à efetividade da entrega do direito material pode ser percebido durante o curso do processo principal ou mesmo antes da proposição deste. Portanto, diz-se que a medida adequada para a preservação anterior ao processo principal é a cautelar preparatória, e, para evitar a lesão no curso do processo, utiliza-se da cautelar incidental. O processo cautelar, tanto preparatório quanto incidental, sempre depende do ajuizamento do processo principal (art. 796, Código de Processo Civil).<sup>3</sup>

Diante das razões expostas, tem-se que o processo cautelar surge para servir ao processo chamado de principal, e tem como objetivo precípuo evitar a deterioração da prestação jurisdicional concedida no processo específico em razão do longo decurso de tempo.

## 1.2 Características da tutela cautelar

O instituto da tutela cautelar é dotado de características particulares que a diferenciam da tutela que é concedida tanto no processo de conhecimento quanto no processo de execução.

---

<sup>2</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 344. v. II.

<sup>3</sup> O art. 796 do Código de Processo Civil assim dispõe: O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

Desta feita, conforme destacado anteriormente, a primeira característica marcante da tutela cautelar é sua não satisfatividade, haja vista que não compõe a lide, mas sim, serve como medida assecuratória para garantir a eficácia da tutela concedida no processo principal.

A mencionada característica é mais facilmente visualizada através da análise dos processos de execução e de conhecimento, tendo em vista que as referidas modalidades realizam o direito material por meio da concessão de tutela imediata. Em contrapartida, a tutela concedida no processo cautelar tem aplicação mediata, pois visa apenas garantir a futura realização do direito material em um processo principal.

Dessa forma, a referida característica da tutela cautelar dá fundamentos para que a doutrina qualifique-a como uma terceira forma de processo. Isto se dá porque tal espécie de tutela se contrapõe às concedidas nos processos de conhecimento e de execução, tendo em vista que nestes o direito substancial é realizado e na tutela cautelar não há satisfatividade na pretensão.

Por tal razão, pode-se afirmar que o processo cautelar é um instrumento, surgindo, assim, a segunda característica da tutela cautelar: a instrumentalidade. É imperioso destacar que o processo principal é o meio para a efetivação do direito material, todavia, na situação em que se analisa, o processo cautelar é o meio adequado e útil para que seja efetivamente realizado o direito material discutido no processo principal. Neste mesmo diapasão, Alexandre Freitas Câmara assevera que o processo cautelar é instrumento do instrumento.<sup>4</sup>

A função cautelar não se liga à efetivação do direito material. É útil apenas para uma situação momentânea e emergencial, garantindo a efetiva realização do direito substancial no caso concreto do processo principal. Portanto, não tem uma finalidade em si mesma, busca apenas garantir o êxito de um processo diverso, conforme lição de José Roberto dos Santos Bedaque:

[...] será cautelar aquela que não tiver aptidão para se transformar na solução definitiva do litígio. Sua função é apenas evitar o dano, conservando ou antecipando, não importa, mas nunca definindo juridicamente a situação substancial. Exatamente por isso não pode gerar efeitos irreversíveis, fenômeno incompatível com provimento que por natureza é provisório e cuja existência se justifica apenas em função de outra tutela, com a qual guarda relação de instrumentalidade.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 22. v. III.

<sup>5</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 140.

O processo cautelar sempre se liga ao processo principal, seja aquele preparatório ou incidental. Neste sentido, o art. 796 do Código de Processo Civil prevê que “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”. Todavia, a decisão proferida no processo cautelar não vincula a decisão do processo principal, podendo o ato decisório proferido neste ser contraposto à decisão do processo cautelar.

Desta feita, em razão da não satisfatividade da medida em tela, a análise feita pelo juiz da situação posta no processo cautelar é baseada em um juízo de probabilidade de existência do direito material pleiteado. Sendo assim, a medida cautelar é concedida na hipótese de ser ratificada no processo principal através da medida satisfativa do direito material. Portanto, por ser um instrumento para a referida hipótese é que Alexandre Freitas Câmara, conforme ensinamentos de Barbosa Moreira, define a característica em comento como instrumentalidade hipotética.<sup>6</sup>

Outra característica da tutela cautelar trazida pela doutrina pátria é a temporariedade. Inicialmente, cumpre destacar que grande parte da doutrina caracteriza a tutela cautelar como provisória, e não como temporária. Nesta senda, é necessário diferenciar referidos termos.

Conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni, a tutela cautelar é dotada de temporariedade, e não de provisoriedade:

A provisoriedade não é nota exclusiva da tutela cautelar – onde, na verdade, existe temporariedade –, ocorrendo também na tutela satisfativa sumária. Não basta, portanto, que a tutela tenha sido concedida com base em cognição sumária. É imprescindível que a tutela não satisfaça o direito material para que possa adquirir o perfil de cautelar.<sup>7</sup>

No mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara traz as definições, baseado nos ensinamentos de Piero Calamandrei, da temporariedade e da provisoriedade:

É útil, entretanto, advertir que o conceito de *provisoriiedade* (bem assim aquele, coincidente, de *interinalidade*) é um pouco diverso, e mais restrito que o de *temporariedade*. Temporário é, simplesmente, aquilo que não dura para sempre, isto é, que, independentemente da superveniência de outro evento tem por si só, duração limitada: *provisório* é, por sua vez, aquilo que é destinado a durar enquanto não sobrevenha um evento sucessivo, à espera do qual o estado de provisoriedade permanece.<sup>8</sup> (grifo original)

<sup>6</sup> MOREIRA, Barbosa *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 22. v. III.

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 108.

<sup>8</sup> CALAMANDREI, Piero *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 24. v. III.

Assim, diante de tais ensinamentos, pode-se concluir que provisório é aquilo que permanece existindo e produzindo efeitos até que sobrevenha algo que o substitua e que seja tido por definitivo, como por exemplo, a decisão de antecipação de tutela que é substituída pela sentença.

Em sentido diverso, temporário define-se como aquilo que independe de ser substituído por outra coisa, tendo duração restrita a um período específico. Após realizado o fim determinado, aquela medida acautelatória perde a razão de existir, não se transformando na medida definitiva, ou seja, apenas foi assegurado que a medida definitiva fosse alcançada.

Diante do afirmado acima, conclui-se que a tutela cautelar é temporária, haja vista que existe com duração limitada no tempo, subsistindo até que o perigo necessário para sua concessão desapareça ou a pretensão jurisdicional principal seja assegurada.

Outra característica essencial às tutelas cautelares é a revogabilidade, que é decorrência lógica da característica anterior, a temporariedade. Tal situação se dá pelo fato de a concessão de tutela cautelar exigir apenas uma cognição sumária acerca da existência ou não do direito (*fumus boni juris*) e de sua urgência (*periculum in mora*).

Por esta razão, através de comprovação probatória, pode ocorrer a insuficiência da tutela cautelar, devendo esta ser revogada a qualquer tempo. Neste sentido, o art. 807, *caput* do Código de Processo Civil brasileiro traz expressamente a possibilidade de ser revogada ou modificada a tutela cautelar concedida, a qualquer tempo.<sup>9</sup>

Portanto, tendo em vista que a medida cautelar é concedida com base na constatação dos requisitos supracitados, o desaparecimento de algum deles obriga a revogação da medida anteriormente concedida.

Desta forma, para que ocorra a referida revogação, basta que se constate que o direito material sustentado pelo acautelado, existente ao momento da concessão, esvaiu-se, ou que a situação de perigo iminente ao direito do requerente desapareceu.

---

<sup>9</sup> O artigo em destaque afirma que “as medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

Ademais, após verificada a cessação de um ou de ambos os requisitos necessários para a concessão da tutela cautelar, a revogação desta pode se dar, inclusive, *ex officio* pelo próprio juiz que a concedeu. Nestes termos, assevera Misael Montenegro:

[...] temos de anotar que a providência cautelar é qualificada pela circunstância da revogabilidade a qualquer tempo, pelo próprio magistrado que a deferiu em instante anterior, em face da constatação do desaparecimento de um ou de ambos os requisitos que a sustentam (ver art. 707 do CPC), ou seja, da alteração das circunstâncias anteriormente presentes.<sup>10</sup>

Com base nos mesmos fundamentos da revogabilidade, outra característica é prevista no citado art. 807 do Código de Processo Civil, qual seja, a da modificabilidade. Segundo o destacado aspecto, a tutela cautelar pode ser alterada a qualquer tempo, desde que haja uma mudança na situação fática que envolve a medida concedida originalmente. Isto se dá quando a cautelar deferida pelo magistrado torna-se despida de eficácia em razão de acontecimentos no tempo. Diante disso, faz-se necessário que se altere a medida para que, ainda assim, sejam alcançados os objetivos da tutela.

Por fim, é imperioso ressaltar que tanto a tutela cautelar quanto a ação cautelar têm como característica a fungibilidade. Tal característica se dá, na ação cautelar, pela possibilidade de o magistrado substituir uma medida cautelar por outra, de ofício ou a requerimento da parte, desde que verifique uma maior adequação de uma medida em relação à utilizada para a solução do caso. Ademais, prevê o art. 805 do Código de Processo Civil a fungibilidade da tutela cautelar, aduzindo que as medidas cautelares podem ser substituídas “pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”.

Portanto, o referido dispositivo garante que a medida cautelar deve se dar da forma menos gravosa ao demandado, ou seja, havendo a possibilidade de prestação de caução ou de outro meio suficiente para garantir a efetividade do processo principal, deve-se aplicar a fungibilidade à medida.

---

<sup>10</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil. medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 89. v. III.

Pode-se concluir, assim, que a tutela cautelar detém características peculiares, quais sejam: a não satisfatividade, a instrumentalidade, a temporariedade, a revogabilidade, a modificabilidade e a fungibilidade.

### 1.3 Requisitos da tutela cautelar

Para que a tutela cautelar seja deferida, é necessária a observância da existência de requisitos que a autorizem, quais sejam o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

O primeiro requisito, o *fumus boni juris*, gera alguma celeuma doutrinária quanto à sua definição. Alguns doutrinadores o colocam como uma aparência do bom direito, outros como a mera plausibilidade do direito, ou, ainda, como a verossimilhança do direito aduzido pelo requerente.

Mesmo diante de certa indecisão doutrinária, todas as definições apresentadas levam ao entendimento de que o presente requisito não tem o fito de ser exauriente, ou seja, que a cognição a ser realizada no processo cautelar deve ser sumária, não se exigindo a certeza quanto ao direito pleiteado.

Portanto, pode-se afirmar que o referido requisito é baseado na probabilidade de existência da situação de perigo alegada pelo autor. A análise desta probabilidade é realizada pelo magistrado de forma meramente sumária, devido ao caráter emergencial da tutela, para que se possa cessar ou impedir o início de violação a direito.

Neste sentido, a tutela cautelar, tendo em vista sua principal meta, qual seja, a de impedir o prejuízo ao direito supostamente existente em razão da dilação temporal, deverá ser concedida desde que demonstrada a mera probabilidade do direito afirmado, não podendo ser exigida uma demonstração cabal de existência deste.

Caso contrário, sendo comprovado o direito pleiteado, far-se-á a satisfação da tutela pretendida, desvirtuando, assim, a pretensão do processo cautelar.

Vale ainda ressaltar que o processo cautelar detém autonomia em relação ao processo principal, todavia é dependente deste. Com isso, qualquer decisão

naquele proferida não deverá exercer influência alguma na decisão do processo principal. Ademais, a decisão proferida no processo cautelar não significa um prejulgamento do processo principal, tendo em vista a apreciação da demanda com base apenas no *fumus boni juris*, ou seja, um juízo de probabilidade, e não, em um juízo de certeza.

É imperioso ressaltar, todavia, que a presença isolada do *fumus boni juris* não é capaz de autorizar o provimento da medida cautelar, fazendo-se necessária, também, a presença de um segundo requisito: o *periculum in mora*.

Conforme já aduzido anteriormente, a tutela cautelar tem o intuito de assegurar a efetividade de uma futura prestação jurisdicional que esteja na iminência de não alcançar seus resultados. Esta situação de risco iminente denomina-se *periculum in mora*.

Assim, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, que caracteriza o *periculum in mora*, gera risco exclusivamente à efetividade do processo, não alcançando o direito material. Caso o risco de dano afete o direito substancial, este deverá ser protegido por outra modalidade de tutela de urgência, qual seja, a tutela antecipada, que está prevista no art. 273, I do Código de Processo Civil, como se verá adiante. Neste sentido é o ensinamento de Alexandre Freitas Câmara:

Há, assim, dois tipos de situação de perigo: a que gera risco de dano irreparável (ou de difícil reparação) para o direito substancial, e a que provoca risco de dano (também aqui irreparável ou de difícil reparação) para a efetividade do processo. No primeiro caso, adequada será a tutela antecipatória; no segundo, a tutela cautelar.<sup>11</sup>

O perigo de dano (*periculum in mora*) deve ser fundado, ou seja, baseado em uma situação concreta, objetiva, e não sustentado apenas em mero temor subjetivo da parte que alega. Ademais, referido receio de dano deve ser, também, iminente, grave e de difícil reparação para que, assim, tenha o condão de autorizar o deferimento da tutela cautelar.

Portanto, para que o magistrado conceda a tutela cautelar, pressupõe-se a observância de ambos os requisitos acima aduzidos, ou seja, a probabilidade de existência do direito substancial afirmado (*fumus boni juris*) e o iminente perigo de

---

<sup>11</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 38. v. III.

dano irreparável ou de difícil reparação para a efetividade do processo principal (*periculum in mora*).

#### **1.4 Poder geral de cautela**

A função da tutela cautelar é trazida pela lei baseada na experiência dos acontecimentos fáticos da vida. Assim, foram previstas hipóteses com o fito de coibir algumas situações de perigo de dano às quais as pessoas pudessem ser submetidas. Tais hipóteses são providências preventivas que se encontram expressas na lei, sendo chamadas de medidas cautelares típicas.

Todavia, obviamente, não é possível que sejam imaginadas e previstas todas as possíveis situações de perigo que fariam jus a uma prestação jurisdicional. Esta situação traz, então, o poder geral de cautela do juiz, uma vez que autoriza o magistrado a conceder medidas cautelares diversas das previstas em lei, sendo essas chamadas de medidas cautelares atípicas.

O poder cautelar geral do juiz é, portanto, um poder imputado ao magistrado, com o intuito de permitir o deferimento de tutelas cautelares diferentes daquelas trazidas pelo legislador, ou seja, medidas atípicas. O referido instituto foi trazido à baila pelo Código de Processo Civil pátrio em seu art. 798, que assim preceitua:

Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

É necessário vislumbrar que tal poder concedido à autoridade jurisdicional deve ser exercido de forma subsidiária, haja vista que o poder cautelar geral do juiz destina-se, apenas, a suprir as lacunas da lei, evitando-se que as situações não previstas pelo legislador restem carentes de proteção. Desta feita, conclui-se que, existindo uma medida cautelar típica, ou seja, expressamente prevista na lei, adequada ao caso concreto, não poderá o juiz conceder medida cautelar atípica para tal situação.

Ademais, as medidas atípicas em análise devem ser intentadas por meio de processo cautelar inominado.

Em consonância com a lição de Alexandre Freitas Câmara<sup>12</sup>, o poder geral de cautela é corolário da garantia constitucional da tutela jurisdicional adequada, de acordo com a previsão do art. 5º, XXXV da Carta Magna, segundo o qual, conforme citado anteriormente, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.<sup>13</sup>

Desta feita, todas as situações levadas ao crivo do Estado-juiz deverão ser apreciadas, sem exceções. Caso não fosse admitida a concessão de medidas cautelares atípicas, caracterizar-se-ia uma clara violação ao preceito constitucional supracitado.

No mesmo diapasão, o art. 799 do Código de Processo Civil também cuida do poder geral de cautela do juiz, determinando que “poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”.

A enumeração das hipóteses trazidas pelo referido artigo são meramente exemplificativas, e não taxativas como defende parte da doutrina brasileira, uma vez que a própria lei atribuiu o amplo poder geral de cautela ao juiz. Ademais, as expressões “autorizar” e “vedar a prática de determinados atos” são de extrema abrangência, permitindo o enquadramento de diversas medidas.

Embora seja ampla a abrangência do poder cautelar geral do magistrado, não se pode admitir que as medidas cautelares possam ser deferidas de forma indiscriminada, haja vista que a concessão das medidas cautelares pelo juiz está adstrita à observância de alguns requisitos imprescindíveis.

Inicialmente, é necessário que o juiz faça a análise do caso levado à sua apreciação, a fim de que se verifique a presença dos requisitos intrínsecos a qualquer medida cautelar, quais sejam, o *fumus boni juris* – a plausibilidade do direito apresentado – e o *periculum in mora* – o perigo na demora da prestação jurisdicional.

Ademais, é imperiosa a observância, também, da não satisfatividade inerente às medidas cautelares, tendo em vista que estas são utilizadas com o fito

---

<sup>12</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 49. v. III.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Art. 5º, inc. XXXV.

de garantir a eficácia da futura prestação jurisdicional, possuindo, esta última, natureza satisfativa.

Além disso, conforme menção anterior, as tutelas cautelares inominadas devem respeitar a subsidiariedade em relação às demais tutelas, ou seja, não pode ser deferida uma medida cautelar atípica nas hipóteses em que houver uma medida cautelar típica adequada para o caso concreto. Desta feita, havendo previsão normativa que solucione o caso prático, não deverá ser concedida pelo juiz uma medida cautelar inominada.

Com fundamento no princípio da inércia da jurisdição, que é previsto no art. 2º do Código de Processo Civil, as tutelas, em regra, deverão ser requeridas pela parte interessada. Todavia, especificamente no caso das tutelas cautelares, o art. 797 do Código de Processo Civil<sup>14</sup> permite, de forma excepcional, que o juiz atue de ofício diante de uma situação de perigo sem a audiência das partes.

Sobre este assunto, cumpre destacar que as tutelas cautelares *ex officio* somente podem ser concedidas incidentalmente, ou seja, no bojo de processos já em andamento, haja vista que não se admite, com base no princípio da inércia da jurisdição supracitado, medida cautelar preparatória de ofício pelo juiz, com base nos ensinamentos de Alexandre Freitas Câmara<sup>15</sup>. Também neste sentido, o renomado doutrinador Cândido Rangel Dinamarco afirma:

É dever do juiz determinar cautelas incidentes ao processo, porque a ele cumpre, mais do que a ninguém, preservar a imperatividade e a eficácia de suas próprias decisões e dos comandos que através do processo prepara e depois emite; se percebe que o correr do tempo prejudicará o correto e útil exercício da jurisdição, o juiz determinará o que for necessário para evitar que isso aconteça, sob pena de figurar na ação como mero autônomo, ou espectador irresponsável, permitindo a degradação de seu próprio mister.<sup>16</sup>

Portanto, percebe-se que, subsistindo uma situação de perigo no bojo do processo principal, pode o juiz, *ex officio*, conceder a medida cautelar a fim de garantir a eficácia da tutela jurisdicional a ser futuramente deferida.

---

<sup>14</sup> Código de Processo Civil. O citado art. 797 prevê que: “só em casos excepcionais, expressamente autorizados em lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

<sup>15</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 56. v. III.

<sup>16</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 345.

Por fim, conclui-se que o poder geral de cautela tem o intuito de ser garantidor da previsão constitucional, na qual é direito de todos o acesso à tutela jurisdicional adequada, podendo, então, na ausência de previsão de medidas cautelares, o juiz conceder medidas atípicas. Assim, através deste instituto, as tutelas cautelares podem ser deferidas de forma preparatória ou incidental e, excepcionalmente, *ex officio* pelo magistrado.

## 2 TUTELA ANTECIPADA

### 2.1 Breve histórico

Conforme destacado no capítulo anterior, é inerente ao desenvolvimento do processo judicial, por ser este um ato complexo, uma dilação temporal, para que seja devidamente respeitada a garantia constitucional do devido processo legal.

Todavia, o aumento do número de processos no Poder Judiciário fez com que o tempo necessário ao desenvolvimento destes se tornasse excessivo. Diante disso, passou-se a utilizar o processo cautelar de forma indiscriminada em busca de soluções céleres para as controvérsias.

Portanto, sustentando-se no poder cautelar geral do juiz, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, acabava sendo adotada solução satisfativa e irreversível ao conflito, desvirtuando, assim, o instituto, e, ferindo a garantia constitucional do devido processo legal, especialmente os princípios do contraditório e da ampla defesa.<sup>17</sup>

Diante disso, o legislador pátrio demonstrou sua preocupação com a prática das chamadas tutelas cautelares satisfativas ao editar a Lei 8.952, de 12 de dezembro de 1994. A referida lei trouxe, portanto, no art. 273 do Código de Processo Civil, o instituto da tutela antecipada, passando a admitir soluções satisfativas e provisórias aos conflitos através de uma cognição sumária.

É imperioso ressaltar que antes da lei destacada já havia no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da tutela antecipada. Todavia, era restrita a sua concessão à alguns procedimentos específicos, quando expressamente autorizada pela lei, como nos casos de busca e apreensão em alienação fiduciária, Mandados de Segurança, embargos de terceiros e ações possessórias.

Com isso, diante da alteração do referido art. 273, o instituto teve sua aplicação estendida a todos os casos sujeitos ao processo cognitivo. Portanto, passou-se a admitir a concessão genérica da tutela antecipada, desde que restasse comprovada a presença dos requisitos necessários estabelecidos pela lei.

---

<sup>17</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 296.

Assim, com base nas inovações trazidas pela Lei 8.952/94, pode-se definir a tutela antecipada como uma espécie de tutela de urgência, sendo um instrumento processual eficaz de realizar parcial ou totalmente a prestação jurisdicional que venha a ser futuramente concedida, desde que haja prova inequívoca e verossimilhança na alegação. Ademais, somente poderá ser concedida quando houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e quando restar caracterizado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório de réu.

Além disso, a concessão de tutela antecipada tem como pressuposto a reversibilidade da medida, ou seja, a possibilidade de voltar ao *status quo ante* no caso de improcedência da demanda. Tal medida deve ser requerida no bojo do processo de conhecimento, podendo, inclusive, ser concedida *inaudita altera parte*.

Através da Lei 10.444 de 07 de maio de 2002, alterou-se o Código de Processo Civil em seu art. 273, acrescentando os §§ 3º, 6º e 7º, que tratam, respectivamente, da efetivação da tutela, da antecipação dos pedidos incontroversos e da fungibilidade entre as tutelas de urgência.

## **2.2 Considerações preliminares**

Conforme destacado anteriormente, o objetivo primordial da tutela antecipada é o de, através do adiantamento da realização da prestação jurisdicional na presença de uma situação de risco ao direito substancial, evitar que a demora na solução do processo traga prejuízos, por muitas vezes irreversíveis, ao reclamante. Diante disso, a medida será satisfativa, não podendo, todavia, ser irreversível.

O art. 273 do Código de Processo Civil, em seu *caput*, destaca que o juiz “poderá” deferir a tutela antecipada. Tal disposição traz controvérsias, levando alguns a pensar, inclusive, que o seu deferimento ou não seria uma discricionariedade do magistrado, haja vista que se trata de expressão vaga.

Todavia, na realidade, o intuito do legislador não foi dar poder discricionário ao magistrado, tendo em vista que, no caso de a situação fática demonstrada pelo autor estar enquadrada em alguma das hipóteses previstas na lei, não restará alternativa ao juiz senão deferir o pedido. Desta forma, diante dos

ensinamentos de Bedaque, tem-se que é um poder-dever do juiz a concessão da tutela, desde que presentes os requisitos necessários:

Na realidade, não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao conceder ou negar a antecipação da tutela, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade. Se a situação descrita pelo requerente se subsumir em qualquer das hipóteses legais não restará outra alternativa ao julgador senão deferir a pretensão. Tanto que dessa decisão cabe recurso, providência destinada exatamente a possibilitar o reexame da questão pelo órgão superior, que modificará a conclusão de primeiro grau, se entendê-la incorreta.

Não tem o juiz, portanto, mera faculdade de antecipar a tutela. Caso se verifiquem os pressupostos legais, é seu dever fazê-lo. Existe, é verdade, maior liberdade no exame desses requisitos, dada a imprecisão dos conceitos legais. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial.<sup>18</sup>

Ainda em sede de análise do *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil, conclui-se que a concessão de tutela antecipada não pode ser realizada *ex officio* pelo juiz, haja vista que o artigo traz expressamente a necessidade de requerimento da parte. No mesmo sentido é o art. 2º do Código de Processo Civil que determina que o magistrado conceda tutela jurisdicional somente quando pleiteada pela parte ou interessado, em consonância com o princípio da inércia da jurisdição.

Todavia, em contrapartida, Bedaque entende que pode haver casos excepcionais nos quais o juiz, sem requerimento da parte, verifique a presença dos requisitos necessários (risco iminente de perecimento do direito e provas suficientes de verossimilhança), podendo, nestes casos, conceder a medida antecipatória *ex officio*.<sup>19</sup>

O requerimento da tutela, ordinariamente, cabe ao promovente da demanda, sendo ele o solicitante do pedido objeto da ação. Entretanto, é entendimento pacífico na doutrina pátria que o réu pode formular pedido de antecipação de tutela nos casos em que tem postura típica de demandante, ou seja, oferecendo contra-ataque ao autor. Tal situação se dá na reconvenção e nas ações de natureza dúplice.

---

<sup>18</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 360.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 2006, p. 384-385.

Ademais, parte minoritária da doutrina, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni<sup>20</sup>, entende ser possível a concessão de tutela antecipatória ao réu mesmo quando apenas contesta o feito, haja vista que o réu, ao solicitar a rejeição do pedido do autor, está requerendo tutela jurisdicional de conteúdo declaratório, podendo, portanto, requerer a tutela antecipada declaratória, desde que presentes os pressupostos necessários.

O requerimento da tutela antecipatória pode ser total ou parcial em relação aos efeitos do pedido aguardado como tutela definitiva. Contudo, mesmo que o pedido de antecipação dos efeitos do pedido seja total, cabe ao juiz decidir o que será antecipadamente concedido, não sendo possível a antecipação daquilo que não faz parte do pedido, ou seja, só pode haver a concessão de tutela antecipada naquilo que poderá ser fruto de decisão final do processo, conforme ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco:

Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, *mutatis mutandis*, à procedência da demanda inicial – com a diferença fundamental representada pela provisoriedade.<sup>21</sup>

Desta forma, tem-se que a tutela antecipada pode ser concedida de forma total ou parcial, não podendo, todavia, ultrapassar os limites da tutela definitiva a ser, possivelmente, ao final concedida.

A tutela antecipatória pode ser concedida, presentes os requisitos necessários, a qualquer momento, mesmo antes da integração do réu ao processo, ou seja, *inaudita altera parte*. Isto se dá, tendo em vista que o réu, após tomar conhecimento da demanda, possui meios eficazes para modificá-la. A concessão *inaudita altera parte* não viola o princípio do contraditório, porém deve ser concedida de forma excepcional, nos casos em que o magistrado perceber que a presença do réu pode prejudicar a eficácia da medida.

Todavia, o inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil restringe a mencionada regra, somente autorizando a concessão da tutela antecipatória após a

---

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 147-148.

<sup>21</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 141-142.

apresentação da defesa pelo réu, passando, assim, a haver a possibilidade de abuso de direito de defesa.

Neste sentido, a decisão que concede a tutela antecipada é, em regra, interlocutória. Tais decisões deverão ser atacadas pela parte prejudicada através de agravo de instrumento, mesmo que a decisão seja concedida em audiência, haja vista a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação.

É possível ainda a concessão de medida antecipatória na prolação da sentença, devendo, neste caso, ser atacada por meio de recurso de apelação. Há alguns anos, a sentença que confirmava os efeitos da tutela antecipatória, após ser recorrida, era recebida com efeito devolutivo e suspensivo. Todavia, a Lei 10.352/2001 alterou o art. 520 do Código de Processo Civil, passando a prever o recebimento do recurso de apelação de tais sentenças apenas no efeito devolutivo. Tal alteração foi de grande valia, haja vista que o recebimento em efeito suspensivo tirava a efetividade do processo.

No intuito de limitar o julgador a tomar decisões arbitrárias, os §§ 1º e 4º do art. 273 reproduziram o princípio da motivação, previsto no art. 93, IX da Constituição Federal, determinando que o juiz indique as razões de sua decisão.

Ademais, a decisão interlocutória que concede a tutela antecipada não possui natureza definitiva. Neste sentido, o § 5º do art. 273 do Código de Processo Civil determina o prosseguimento da demanda, independente da concessão ou não da tutela antecipatória. Isto se dá pelo fato de tal decisão ter caráter satisfativo, porém não definitivo, devendo haver um juízo de certeza no processo de conhecimento para a obtenção da decisão final do magistrado.

As medidas antecipatórias são caracterizadas pela provisoriedade, haja vista que a concessão desta se dá mediante cognição sumária, destinando-se a durar até que a tutela definitiva a substitua. É necessário destacar, ainda, que, conforme previsão do § 4º do art. 273 do Código de Processo Civil, na hipótese de alteração das circunstâncias que autorizaram o deferimento, pode a medida antecipatória ser modificada ou, até mesmo, revogada mediante decisão fundamentada pelo juiz.

O § 2º do art. 273 do Código de Processo Civil aduz a necessidade reversibilidade da medida antecipatória como requisito para concessão desta. Uma breve leitura do dispositivo pode levar a uma interpretação equivocada de que a reversibilidade deve ser do provimento jurisdicional antecipado. Todavia, há de se

frisar que os efeitos decorrentes da concessão da medida é que devem ser reversíveis. Ademais, não há que se falar em irreversibilidade do próprio provimento, haja vista que este poderá, a qualquer tempo, ser revogado ou modificado pelo juiz. Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque:

A irreversibilidade, como óbice à concessão da medida antecipatória, refere-se, portanto, aos efeitos, não ao próprio provimento, que sequer é objeto de antecipação. E, mesmo que fosse, jamais haveria irreversibilidade do ato judicial, sempre revogável, ou seja, reversível.<sup>22</sup>

A irreversibilidade dos efeitos de uma medida antecipatória violaria o princípio do devido processo legal, não proporcionando à parte ré o princípio da ampla defesa e do contraditório, pois não haveria mais a possibilidade de volta ao estado anterior.

Neste sentido, em regra, não é possível a antecipação de tutela quando não houver a possibilidade de reversão ao *status quo ante*. Todavia, há casos em que o juiz deverá deferir a tutela antecipada mesmo que tenha efeitos irreversíveis. Isto se dá quando a não concessão da medida tiver o condão de gerar um prejuízo muito maior em relação ao deferimento desta. Entretanto, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade nesses casos excepcionais. Neste sentido, assevera Luiz Guilherme Marinoni:

Ora, se o autor, além de ter que demonstrar a probabilidade do direito, deve frisar o *periculum in mora*, não há como deixar de tutelar o direito mais provável. É nesse sentido que se afirma que a tutela antecipatória se funda no princípio da probabilidade. Não só a lógica, mas também o direito à adequada tutela jurisdicional, podem exigir a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado.<sup>23</sup>

Tendo em vista tal entendimento, pode-se concluir, portanto, que a irreversibilidade da tutela antecipada, prevista no § 2º do art. 273 do Código de Processo Civil, não é absoluta, podendo ser relativizada em casos excepcionais.

Desta feita, a reversibilidade e a provisoriedade da medida antecipatória se relacionam, levando-se em conta que a possibilidade de revogação ou

---

<sup>22</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 346.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 200.

modificação da tutela concedida só produziria efeitos na hipótese de haver a possibilidade de retorno ao estado anterior à concessão.

## 2.3 Requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada

### 2.3.1 Prova inequívoca e verossimilhança

O art. 273 do Código de Processo Civil, conforme já destacado anteriormente, prevê o instituto da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, o *caput* do mencionado artigo traz um requisito essencial para a concessão da medida antecipatória, autorizando o juiz a conceder a referida tutela “desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

Neste sentido, tem-se que a prova inequívoca em destaque deve ser aquela suficiente para que se visualize a verossimilhança da alegação, ou seja, a probabilidade de verdade, sendo esta necessária para a concessão da medida, de forma sumária, pelo juiz.

Portanto, o magistrado, fundado em uma forte probabilidade de existência do direito alegado pela parte, é autorizado a conceder a tutela antecipada. É imperioso destacar que tal probabilidade é entendida como aquela que não é suficiente para a formação de um juízo de certeza, bastando, para a concessão da medida, a formação de um juízo de probabilidade. Desta forma, segundo Luiz Guilherme Marinoni,

A denominada ‘prova inequívoca’, capaz de convencer o juiz da ‘verossimilhança da alegação’, somente pode ser entendida como a ‘prova suficiente’ para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito.<sup>24</sup>

É necessário frisar que essa verossimilhança trazida pelo art. 273 como requisito essencial para a concessão da tutela antecipada não pode ser confundida

---

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 209.

com a aparência do direito alegado em sede de processo cautelar, qual seja, o *fumus boni juris*. Tal conclusão se dá pelo fato de que a prova inequívoca exigida na tutela antecipatória possui um grau maior de probabilidade de pertinência do direito afirmado.

Desta feita, conclui-se que é necessária uma análise mais profunda acerca do direito do que se necessita na cautelar, embora não seja possível o alcance de uma cognição plena, que é própria da tutela definitiva.

Frise-se que, geralmente, a prova inequívoca da verossimilhança do direito é a documental, contudo, é possível utilizar-se de qualquer das provas em direito admitidas. Ademais, permite-se, também, que a prova seja realizada em momentos diversos do ajuizamento da ação, podendo ser produzida no curso do processo através de instrução processual.

O requisito trazido à baila pelo *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil, qual seja, a prova inequívoca de verossimilhança, não é o único necessário para a concessão da tutela antecipada. Unem-se a este requisito outros dois, os quais estão previstos nos incisos do referido artigo.

Os requisitos essenciais à concessão da medida previstos nos incisos I e II do art. 273 do Código de Processo Civil são alternativos, ou seja, a antecipação da tutela pode ser concedida baseada em um ou em outro, todavia há que ser sempre somados ao requisito do *caput*, qual seja, a prova inequívoca da verossimilhança. Entretanto, existem casos em que a tutela pode ser deferida, fundando-se nos dois incisos cumulativamente, ou seja, um não exclui o outro.

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

O inciso I do art. 273 do Código de Processo Civil traz outro requisito que permite a concessão da medida antecipatória, podendo o magistrado antecipar a tutela requerida caso haja “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

É imperioso destacar que o receio de dano autorizador de antecipação dos efeitos da tutela a que se refere a lei não é uma simples suposição, devendo

consistir em um receio objetivo, ou seja, concreto, atual e grave, capaz de gerar a inutilização de parte ou de totalidade da própria tutela jurisdicional.

Inicialmente, busca-se com a antecipação da tutela jurisdicional evitar um dano irreparável à parte. Todavia, ao momento da apreciação, o dano combatido pode já ter sido sofrido, ou, até mesmo, estar sendo gerado por uma ação ou omissão. Neste sentido, a tutela antecipada teria o condão de evitar o agravamento do dano, afastando uma possibilidade de dano maior à parte afetada.

O presente requisito, em uma análise superficial, apresenta semelhanças ao requisito concessório da tutela cautelar, qual seja, o *periculum in mora*. Todavia, há que se ressaltar que os requisitos não são idênticos, haja vista que o primeiro é utilizado para garantir a satisfação antecipada da própria matéria em discussão e o segundo é requisito necessário para assegurar o resultado do processo principal.

Neste sentido, apesar das semelhanças entre as tutelas – como, por exemplo, cognição sumária, urgência e modificabilidade da medida – é necessário perceber que, diante da análise meritória realizada e da natureza satisfativa da tutela antecipada, esta se afasta da cautelar.

Ademais, não se pode, por meio de concessão de medida antecipatória fundada em perigo de dano, transferir à parte reclamada tal perigo. Havendo tal situação no caso concreto, deve o magistrado, ponderando os prejuízos possíveis de tal concessão, proferir a decisão que gere o menor dano possível a uma das partes. Neste sentido, o mestre Cândido Rangel Dinamarco assevera:

No juízo equilibrado a ser feito para evitar a transferência para o réu dos problemas do autor, o juiz levará em conta o modo como a medida poderá atingir a esfera de direitos daquele, porque não é lícito despir um santo para vestir outro.<sup>25</sup>

Nesta senda, portanto, havendo um iminente perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito substancial objeto da demanda, necessária se faz a concessão da medida antecipatória requerida.

---

<sup>25</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 147.

### *2.3.3 Abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu*

Outra hipótese em que se autoriza a concessão da medida antecipatória é a caracterização do abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu, conforme previsto no inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil.

Na presente situação, revela-se uma postura similar à litigância de má-fé. Tal possibilidade de deferimento da tutela antecipada se dá, desde que presente a prova inequívoca de verossimilhança, em razão da ausência de seriedade na resposta apresentada pelo réu, evitando-se, assim, dano maior ao autor pela demora do processo.

Portanto, pune-se, no presente caso, o ilícito processual, ou seja, a postura incorreta do promovido. Desta feita, o inciso em destaque confirma o princípio da boa-fé, devendo a relação entre as partes e os atos processuais ter supedâneo no referido princípio.

É imperioso frisar que, na seara constitucional, apesar de assegurada a ampla defesa do réu, não se permite a este que abuse de tal direito, tendo em vista que o mau uso poderá ensejar a concessão de tutela antecipatória. Neste sentido, garante-se o direito de defesa a todos, desde que exercida de forma legítima, em respeito à boa-fé.

No presente caso, o que o legislador busca evitar é o possível dano processual que venha a sofrer o autor. Não se justificaria que o promovente tivesse que aguardar o fim do processo, diante de uma postura inadequada do réu, para que tivesse seu direito antecipadamente satisfeito, mesmo que provisoriamente.

Desta feita, o entendimento do legislador pela possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela no caso do inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil foi, não apenas como punição ao réu, mas principalmente como forma de afastar qualquer risco de dano marginal do processo ao autor, assegurando-se integralmente o seu direito.

A tutela antecipada concedida com fundamento no abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu não impede a aplicação de sanções por litigância de má-fé, previstas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil pátrio. Todavia, a concessão da medida antecipatória com tal fundamento possui uma

maior eficiência para o autor, haja vista que, mesmo provisoriamente, satisfaz o direito buscado.

É imperioso destacar que, apesar da semelhança, “não é possível confundir abuso de direito de defesa com litigância de má-fé”.<sup>26</sup> Todavia, destaca Luiz Guilherme Marinoni, é possível extrair do art. 17 do Código de Processo Civil alguns elementos que podem autorizar, ou, até mesmo, colaborar para a caracterização do abuso de direito de defesa.<sup>27</sup>

Diante disso, é autorizado ao juiz que, em caso de defesa abusiva ou protelatória, indefira as provas eventualmente requeridas. Tal situação é garantida pelo art. 130 do Código de Processo Civil, *verbis*: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Assim, tem-se que, diante dos argumentos trazidos pelo autor à demanda e da falta de seriedade do réu na condução do processo, o art. 330, I do Código de Processo Civil permite o julgamento antecipado da lide “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.

Por fim, diante de tal possibilidade, na grande maioria dos casos de abuso de direito de defesa, a tutela antecipatória terá um cunho de tornar, de logo, eficaz a sentença, afastando o efeito suspensivo do recurso.

#### **2.4 Antecipação de pretensão parcialmente incontroversa**

A Lei 10.444/2002 alterou o Código de Processo Civil, acrescentando o relevante § 6º ao art. 273, o qual prevê a possibilidade de concessão de tutela antecipada “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Portanto, o supracitado parágrafo nos dá o entendimento de que sempre que um ou mais pedidos cumulados se tornarem incontroversos, ou seja, os fatos específicos alegados pelo autor como suporte dos pedidos não forem rebatidos, seja

---

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 278.

<sup>27</sup> *Ibid.*, 2008, p. 278.

por falta de contestação específica ou, até mesmo, pelo reconhecimento da procedência destes, deverá o juiz prolatar decisão antecipada quanto a tais parcelas e prosseguir o feito com relação àquilo que ainda é controvertido.

O dispositivo tem uma função muito importante para o processo, haja vista que busca garantir sua duração razoável e a efetividade da tutela jurisdicional, tendo em vista que possibilitará ao autor usufruir desde logo tal tutela, não sendo necessário aguardar o fim de todo o deslinde processual para isso. Ademais, em razão de tal incontrovérsia, garante-se os efeitos práticos da tutela, todavia não se retira do juiz a possibilidade de revogação da antecipação por suas conclusões finais do processo. Assim assevera Luiz Guilherme Marinoni,

A tutela antecipatória, em tais casos, é reflexo da idéia de que é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito incontroverso. Nessa linha, o § 6º ao art. 273 nada mais é que uma resposta do legislador ao seu dever de dotar o processo de técnicas capazes de atender ao direito fundamental à duração razoável.<sup>28</sup>

A concessão de tal medida antecipatória não necessita demonstração de perigo iminente de dano, tampouco prova inequívoca de verossimilhança. Portanto, é imprescindível apenas, para que se defira a medida, que os fatos restem incontroversos.

Todavia, o mérito do pedido autoral somente pode restar incontroverso em parte, tendo em vista que se for incontrovertido por completo, o procedimento adequado é o julgamento antecipado da demanda com base no art. 330 do Código de Processo Civil.

É possível a antecipação da tutela nos casos de pedido incontroverso, todavia somente nos casos em que há independência jurídica entre os pedidos. Disso, decorre que não se concede tal medida quando há relação de prejudicialidade ou interdependência entre o pleito controverso e o incontroverso, haja vista que, havendo a impugnação do prejudicial, também haverá, por via de consequência, impugnação ao dependente, tornando impossível a concessão da tutela antecipada neste caso.

Ademais, faz-se necessário ressaltar que a regra do parágrafo em comento pode ser interpretada extensivamente. Portanto, não se faz necessária a

---

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 286.

cumulação de pedidos, sendo possível, mesmo que o pedido seja único, a aplicação do dispositivo, desde que seja um pedido decomponível, ou seja, se parte dele for incontroverso será possível o deferimento antecipado da tutela. O principal exemplo de tal situação é o pedido de condenação pecuniária. Neste caso, se o autor pleiteia a cobrança de R\$ 1.000,00 (mil reais) e o réu alega que deve somente R\$ 500,00 (quinhentos reais), haverá um juízo de certeza quanto ao valor aduzido pelo réu, devendo o juiz decidir, de logo, quanto ao valor incontroverso.

Portanto, no presente caso, trata-se de uma antecipação definitiva da tutela pleiteada e não uma antecipação provisória. Isto se dá, tendo em vista que a decisão do juiz neste caso, apesar de interlocutória e atacável por agravo de instrumento, não é baseada em um juízo de certeza, conhecendo a procedência ou não do direito substancial. Por isso, o trânsito em julgado deste provimento jurisdicional alcançará o *status* de coisa julgada material.

## **2.5 A efetivação da tutela antecipada**

A tutela antecipada deve ser efetivada mesmo antes da sentença final do processo, uma vez que se tenta garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Caso contrário, não haveria qualquer sentido na concessão de tal medida já que a dilação temporal da demanda produziria efeitos irreversíveis àquele direito.

Anteriormente à Lei 10.444/2002, o § 3º ao art. 273 do Código de Processo Civil trazia especificações acerca da “execução das tutelas antecipadas”, dando-se esta de acordo com a disposição do art. 588, incisos I e II do CPC.

Todavia, a referida previsão do Código era bastante criticada pela doutrina, haja vista que previa a expressão “execução”. A principal controvérsia era acerca do entendimento sobre o referido termo, haja vista que se poderia entender pela aplicabilidade do Livro II do CPC (Processo de Execução).

Portanto, diante disso, a Lei 10.444/2002 alterou a redação do referido parágrafo, passando a prever que “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme a sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”.

Com isso, a nova Lei resolveu a celeuma doutrinária que se formou acerca da execução de tutela antecipada, pondo fim às críticas relativas à redação da norma.

Assim, a efetivação da tutela antecipatória deve se dar nos próprios autos do processo, não havendo necessidade de um processo de execução autônomo. Diante disso, o magistrado, ao conceder a medida antecipadamente, de logo estabelece os meios executórios para a efetivação da tutela, haja vista que o cumprimento desta independe das regras do processo executório.

A efetivação da tutela antecipada não pode, todavia, violar a garantia constitucional do contraditório. Portanto, muito embora não seja cabível um processo autônomo de embargos à execução, a parte demandada poderá defender-se através de uma simples petição nos autos ou, até mesmo, por meio do recurso de agravo de instrumento.

É imperioso ressaltar que a Lei 11.232/2005 revogou o art. 588 do CPC, passando a tratar a matéria pertinente a este no art. 475-O. Assim, conforme a nova redação do § 3º ao art. 273 do Código de Processo Civil, quando a tutela concedida impõe uma obrigação pecuniária deverá seguir o rito previsto no art. 475-O, III. Nos casos em que prevê uma obrigação de fazer ou de não-fazer seguirá a previsão disposta nos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC e, quando se tratar de obrigação de entrega de coisa, aplica-se o art. 461-A do Código de Processo Civil.

O juiz deverá verificar no caso concreto a possibilidade de existência de dano irremediável no caso de efetivação da tutela antecipada. Diante disso, o magistrado deve utilizar-se apenas no que couber, conforme destacado no § 3º ao art. 273 do CPC, das regras da execução provisória, tendo autonomia para aplicá-las com fulcro na razoabilidade.

Assim, diante da imprecisão da lei, tem o juiz um largo espectro de possibilidades relativo à forma de efetivação de tais medidas. Portanto, quando o magistrado, observando a previsão do § 3º ao art. 273 do CPC e dos artigos mencionados neste, verificar que tais procedimentos não são adequados, deverá optar por outro meio que entender cabível e mais eficiente ao caso, atendendo, assim, a garantia constitucional da tutela jurisdicional adequada e efetiva. Diante

disso, o mestre Alexandre Câmara afirma que tais normas devem ser vistas apenas como parâmetros operacionais.<sup>29</sup>

Vale, ainda, ressaltar que, nos casos dos arts. 461, §§ 4º e 5º e 461-A, na busca da efetivação da tutela antecipatória, o juiz poderá utilizar-se dos meios coercitivos próprios das obrigações de fazer e de dar, como por exemplo, desfazimento de obras e aplicação de multas.

Por fim, é imperioso destacar a previsão do art. 14, V do Código de Processo Civil, o qual preceitua que as partes devem “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final”. Assim, a decisão proferida pelo magistrado que concede a antecipação dos efeitos da tutela deve ser executada de forma imediata, podendo o juiz utilizar-se de todos os meios possíveis para tal objetivo.

---

<sup>29</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 462. v. I.

### **3 FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA**

#### **3.1 A fungibilidade no Código Processual Civil**

Inicialmente, cumpre destacar que fungível é aquilo que possui a capacidade de ser substituível por algo de mesma espécie ou qualidade. Assim, fungibilidade, no âmbito do Direito Processual, é a possibilidade de se permitir a adequação de um instrumento jurídico equivocadamente interposto como se correto fosse.

Portanto, pode-se concluir que é admitir-se uma ação por outra ou um recurso por outro. Neste sentido, em razão da dificuldade acerca da identificação de alguns institutos, admite-se que o magistrado reconheça um pelo outro, objetivando a aplicação do instrumento devido para o caso concreto.

Assim, a Lei 10.444/2002 introduziu o § 7º no art. 273 do Código de Processo Civil pátrio, passando a prever a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência – tutela cautelar e tutela antecipada. Diante disso, intenta-se que a parte não seja prejudicada, tendo em vista a semelhança, em alguns casos, entre os dois institutos, ao requerer a tutela inadequada.

Todavia, é imperioso mencionar que o princípio da fungibilidade, mesmo antes da referida lei, já era utilizado no ordenamento jurídico pátrio em institutos como ações possessórias, recursos e ações cautelares.

Em alguns casos há certa dificuldade em se distinguir se uma decisão prolatada é uma sentença ou uma decisão interlocutória. Assim, dificulta-se à parte a interposição do recurso correto para o caso. Diante disso, o Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 810, trazia norma expressa acerca da aplicação da fungibilidade entre os recursos, determinando que “salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento”.

O Código de Processo Civil de 1973 não repetiu tal previsão legal. Entretanto, a doutrina e jurisprudência permaneceram com o entendimento acerca da viabilidade de aplicação da fungibilidade, reconhecendo-se um recurso por outro,

fundamentando tal entendimento no art. 244 do atual CPC.<sup>30</sup> Contudo, para que se admita a fungibilidade entre os recursos, faz-se necessária a presença de requisitos indispensáveis, quais sejam, a tempestividade do recurso equivocado dentro do prazo do recurso correto e a caracterização de séria dúvida quanto ao recurso adequado, estando a parte de boa-fé.

Ademais, o art. 930 do CPC determina a possibilidade de fungibilidade entre as ações possessórias ao prever que “a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conceda do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados”.

Assim, é de grande aplicabilidade no âmbito das ações possessórias o instituto da fungibilidade, autorizando o juiz, desde que presentes os requisitos próprios, a conceder a tutela específica para proteger a posse mesmo diante de uma ação equivocada. Neste mesmo sentido entende Luiz Rodrigues Wambier, complementando, ainda, que “poderá também haver adaptação no curso do processo caso se alterem as circunstâncias fáticas, sem que se fale em sentença *extra petita*”.<sup>31</sup>

Cumprido ressaltar que, conforme destacado anteriormente, tanto a tutela quanto a ação cautelar possuem a característica da fungibilidade, ou seja, pode a medida cautelar ser fungível por um meio menos gravoso ao demandado, conforme previsão do art. 805 do Código de Processo Civil. Da mesma forma, a ação cautelar também pode ser substituída por outra quando mais adequada à solução do caso concreto. Desta forma, poderá o magistrado “determinar concretamente qual a medida provisional que mais fielmente desempenhará a função de assegurar a eficiência e a utilidade do processo principal”.<sup>32</sup>

Desta feita, verifica-se que os princípios da efetividade da tutela, instrumentalidade das formas, economia processual e boa-fé, aplicáveis à fungibilidade presente nos casos dos recursos, ações possessórias e ações cautelares, também fundamentam a aplicação da fungibilidade às tutelas de urgência.

---

<sup>30</sup> O art. 244 do CPC prevê: “quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato, se realizado de outro modo, lhe alcançando a finalidade”. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

<sup>31</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Processo cautelar e procedimentos especiais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 185. v. III.

<sup>32</sup> FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**: à luz da denominada reforma do código de processo civil. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 262.

### 3.2 Comparações entre as tutelas de urgência

Os aspectos pertinentes a cada uma das tutelas de urgência abordados anteriormente nos mostra que, mesmo tratando-se de institutos jurídicos diferentes, possuem grande semelhança entre si, trazendo dificuldade, em alguns casos, de diferenciação entre ambos.

A tutela antecipada e a tutela cautelar surgiram no ordenamento jurídico pátrio com um objetivo comum: garantir a efetividade da tutela frente aos efeitos negativos que o tempo pode causar.

Todavia, os institutos, apesar de semelhantes, possuem diferenças precípuas. Inicialmente, cumpre destacar que a tutela cautelar visa garantir a efetividade de uma tutela jurisdicional definitiva a ser futuramente deferida em um processo principal. Portanto, tem-se que a referida tutela busca evitar que um dano irreparável ou de difícil reparação inutilize o processo principal por meio do qual se concederá a tutela definitiva. Assim, tem um caráter meramente acautelatório.

Em contrapartida, a tutela antecipatória é caracterizada pela sua satisfatividade, mesmo que provisória. Busca, diante da fragilidade da medida em razão do tempo processual, evitar o perecimento do direito material aduzido em juízo por conta de um perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Neste sentido, verifica-se que uma das características da tutela cautelar é a não satisfatividade relativa à tutela pretendida, haja vista que objetiva garantir a realização desta por meio de um processo principal. Diversamente, tem-se que a tutela antecipada, ao antecipar os efeitos da sentença, caracteriza-se pela satisfatividade, tendo em vista que realiza o próprio direito substancial requerido como objeto da demanda principal.

Ademais, as tutelas de urgência diferenciam-se com relação à duração de seus efeitos no tempo. Todavia, é imperioso ressaltar que, embora essas medidas não sejam definitivas, a caracterização desta duração é motivo de divergência doutrinária.

Neste diapasão, conclui-se que a tutela antecipada é provisória, uma vez que é destinada a produzir efeitos até que a tutela definitiva a substitua, deixando o provimento jurisdicional de ser provisório e passando a ser definitivo. Por outro lado, a tutela cautelar é dotada de temporariedade, haja vista que sua duração no tempo é

limitada, produzindo efeitos até o desaparecimento da situação de perigo ou enquanto não é entregue a prestação à parte. Neste caso, a tutela cautelar não é substituída pela definitiva, mas sim, deixa de produzir efeitos.<sup>33</sup>

As decisões que concedem as tutelas de urgência são diferentes. A concessão de antecipação de tutela se dá por meio de uma decisão interlocutória, já a decisão que concede a tutela cautelar é uma sentença. Ambas devem ser fundamentadas em respeito ao princípio constitucional da motivação (art. 93, IX). A tutela antecipada ainda possui expressa previsão que determina a indicação dos motivos (art. 273, §§ 1º e 4º do CPC).

A concessão das medidas *ex officio* pelo juiz é outro aspecto diferenciador das tutelas de urgência. A antecipação da tutela deve ser solicitada e deferida no próprio processo de conhecimento, não sendo possível que seja concedida *ex officio* pelo juiz, tendo em vista que a previsão do art. 273 do CPC determina expressamente que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”.

Já a tutela cautelar é objeto de um processo autônomo, porém dependente do processo principal, podendo ser ajuizado antes ou no curso deste. Na hipótese de já haver um processo em curso, o magistrado, verificando a necessidade de concessão de uma medida cautelar em razão de um possível dano à demanda principal, pode concedê-la *ex officio*, respeitando-se a especificação do art. 797 do CPC.

Outro aspecto diferenciador das tutelas em destaque é um de seus requisitos específicos. A tutela cautelar exige que, no caso concreto, reste demonstrado o *fumus boni juris*, ou seja, a probabilidade da existência da situação de perigo ao direito do autor. Para a concessão de tutela antecipada, todavia, exige-se que a parte demonstre ao juiz, por meio de prova inequívoca, a verossimilhança da alegação, ou seja, uma forte comprovação de que é provável o direito alegado. Embora parte da doutrina os entenda como idênticos e assim se pareçam, tais requisitos são diferentes. Sobre o tema, afirma Misael Montenegro Filho:

A prova inequívoca da verossimilhança da alegação põe-se no meio-termo entre o mero *fumus boni juris* (requisito para a concessão de liminar em ação cautelar) e a certeza, obtida pelo magistrado após o término da fase de instrução probatória, autorizando-o a prolatar sentença judicial

---

<sup>33</sup> Assunto melhor explanado no ponto 1.2 do presente trabalho.

devidamente fundamentada. No caso da antecipação de tutela, há uma razoável probabilidade, num grau acentuado, de que os fatos afirmados pelo autor tenham se passado da forma relatada, de que sejam verossímeis, amparados em prova idônea.<sup>34</sup>

Assim, é possível concluir que o requisito autorizador da concessão da tutela antecipada não é uma mera aparência do direito alegado, sendo a verossimilhança exigida de tal alegação mais robusta do que o *fumus boni juris* presente nas tutelas cautelares.

Por outro lado, é necessário mencionar que as tutelas de urgência – tutela cautelar e tutela antecipada – possuem entre si características semelhantes, fazendo com que, em diversos casos, surjam dificuldades em diferenciá-las no momento da escolha da medida correta para ajuizamento.

Ambas as medidas têm como escopo a diminuição dos efeitos negativos que o tempo gera ao processo. Diante disso, verifica-se que, tanto a medida cautelar quanto a medida antecipatória são fundadas em uma cognição sumária. Não é aplicável, portanto, às tutelas de urgência uma cognição capaz de formar um juízo de certeza, haja vista que não alcançariam seus objetivos.

Possuem semelhanças, ainda, quanto à possibilidade de serem modificadas ou, até mesmo, revogadas a qualquer tempo pelo juiz, desde que uma nova circunstância de fato ou de direito altere seu convencimento sobre o caso, respeitando-se, contudo, o princípio da motivação. Assim, determinam o art. 273, § 4º e o art. 807 do Código de Processo Civil.

A reversibilidade dos efeitos da tutela antecipada é uma característica expressamente prevista no § 2º do art. 273. Portanto, é imprescindível a possibilidade de reversão ao *status quo ante* para que se possa conceder a antecipação de tutela. Tal garantia se dá pelo fato de se tratar de uma mera cognição sumária e sem um juízo de certeza. Tal característica, apesar de não ser prevista de forma expressa para as tutelas cautelares, pode ser aplicada a esta, tendo em vista se tratar, também, de uma cognição sumária. É preciso verificar que tal impedimento é relativo à irreversibilidade dos efeitos da tutela e não da própria tutela, que deverá ser sempre reversível.

---

<sup>34</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil. Medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 57. v. III.

É imperioso frisar que tal característica é aplicada como regra, todavia, comporta exceções, como no caso em que a não concessão gera um prejuízo muito maior em relação ao deferimento.<sup>35</sup>

Neste sentido, percebe-se que as tutelas de urgência, embora possuam diferenças entre si, são dotadas de muitas semelhanças, as quais dificultam, na prática forense diária, a diferenciação entre ambas. Diante disso, a regra da fungibilidade entre as tutelas de urgência, trazida pela Lei 10.444/2002, foi de grande valia para o Direito Processual Civil.

### **3.3 Princípios que sustentam a fungibilidade entre as tutelas de urgência**

Alguns princípios de direito sustentam a fungibilidade entre as tutelas de urgência, assim como o fazem com a fungibilidade recursal, das medidas cautelares e das ações possessórias. Tratam-se dos princípios da efetividade da tutela, da economia processual, da instrumentalidade das formas e da boa-fé.

A garantia constitucional trazida pelo art. 5º, inciso XXXV de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito somente terá eficácia desde que se aplique *in concreto* o princípio da efetividade da tutela. O referido princípio tem o escopo de assegurar a eficácia do provimento jurisdicional pretendido pela parte. Para isso, torna-se imprescindível que o ordenamento jurídico preveja normas que visem garantir um provimento jurisdicional efetivo.

Assim, em atendimento ao princípio da efetividade da tutela, foi possível observar, no CPC, a positivação dos institutos da tutela cautelar, da tutela antecipada e, posteriormente, da fungibilidade entre os referidos institutos.

Ademais, o processo civil deve obedecer ao princípio da economia processual, haja vista que este princípio fundamenta-se no ideal de que o provimento jurisdicional deve ser entregue da forma mais rápida ao requerente, evitando-se o emprego de atos desnecessários à concessão da tutela. Portanto, apenas os atos necessários devem ser realizados no curso processual, a fim de ser evitar a morosidade judicial na concessão do direito à parte.

---

<sup>35</sup> Assunto melhor explanado no ponto 2.2 do presente trabalho.

No mesmo sentido do princípio acima destacado, o princípio da instrumentalidade das formas busca, também, uma maior agilidade na entrega da prestação jurisdicional. Para isso, tem-se que o processo é apenas um instrumento para o alcance do provimento jurisdicional, devendo-se relevar o rigor das formas elencadas no Código de Ritos e edificadas pelo lapso temporal. Neste sentido, o art. 244 do CPC, mencionado anteriormente, sedimenta tal princípio, permitindo expressamente que a validade do ato processual utilizado alcance sua finalidade precípua, mesmo que praticado de forma diversa da prescrita em lei. Desta feita, observa-se plenamente possível a fungibilidade entre as tutelas de urgência.

O princípio da boa-fé, no mesmo diapasão, sustenta que, na ocasião de a parte requerer a tutela jurisdicional com a utilização da nomenclatura inadequada ao caso específico, não será a parte prejudicada por seu equívoco, devendo o magistrado conceder a medida apta a evitar o dano por ela afirmado, desde que atue de boa-fé, a qual se presume.

Por todo o exposto, tem-se que a fungibilidade entre as tutelas de urgência é plenamente passível de aplicação no Direito Processual brasileiro, haja vista que é embasada por tais princípios e foi expressamente prevista no § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil.

### **3.4 A fungibilidade entre as tutelas de urgência e o § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil: Problematizações**

Conforme já destacado anteriormente, os aspectos pertinentes às tutelas de urgência, apesar de diferenciá-las, são bastante assemelhados, gerando dúvida tanto ao aplicador da lei quanto às próprias partes acerca de qual procedimento é o adequado ao caso específico.

Diante disso, a decisão acerca de qual dos institutos – tutela cautelar ou tutela antecipada – é o apto ao caso concreto é uma tarefa árdua tanto à parte requerente quanto ao juiz. Assim, por muitas vezes, verifica-se uma área nebulosa na distinção entre tais tutelas de urgência.

É imperioso ressaltar que, diante da dúvida objetiva gerada quanto à aplicação da medida de urgência adequada em inúmeros casos, mesmo antes do

surgimento do § 7º do art. 273 do CPC, parte da doutrina já entendia pela viabilidade de aplicação do instituto da fungibilidade. Da mesma forma, os Tribunais pátrios também passaram a adotar tal entendimento, mesmo antes do surgimento de tal dispositivo legal, com base nos princípios da instrumentalidade das formas, da economia processual, da efetividade da tutela e da boa-fé.

Diante da realização prática de tal instituto com base em argumentos doutrinários e jurisprudenciais, o Código de Processo Civil pátrio sofreu a alteração em comento por meio da Lei 10.444/2002, trazendo expressamente o § 7º do art. 273 do CPC, destacando que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Todavia, não seria, inclusive, necessária a menção expressa do legislador, haja vista que o juiz não se vincula às especificações apresentadas pelo demandante, e sim, apenas à correlação entre os fatos alegados e o pedido suscitado. Percebe-se o referido, claramente, na situação apresentada pelo mestre Cândido Rangel Dinamarco:

Nenhum juiz deixa de anular um contrato por *dolo*, só pela circunstância de o autor, equivocadamente, haver qualificado como *coação* os fatos narrados. O que importa é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula.<sup>36</sup>

É imperioso ressaltar que o referido dispositivo concede ao juiz a possibilidade de substituir a medida pleiteada por outra mais adequada, desde que presentes os pressupostos essenciais à concessão desta, ou seja, se a parte postular em juízo através de uma ação cognitiva, pleiteando uma tutela antecipatória, e o juiz entender que se trata de um caso de medida cautelar e, por erro da parte, assim não foi requerida, deverá ele, após verificar a presença dos requisitos autorizadores relativos a esse tipo de tutela, fungir uma providência por outra, garantindo, desta forma, a efetividade da tutela jurisdicional.

Ademais, cumpre destacar que o § 7º do art. 273 do CPC não pressupõe uma identidade entre as tutelas de urgência, mas apresenta uma solução aos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto a sua natureza, se cautelar ou antecipatória.

---

<sup>36</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 93.

Todavia, tal dispositivo enfrenta divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da viabilidade ou não da aplicação da fungibilidade. É necessário destacar que a aplicação do princípio da fungibilidade encontra óbice no fato de que este não pode ser utilizado para solucionar todas as hipóteses de equívocos cometidos pela parte quando da escolha da via jurisdicional.

Diante de tal situação, sedimentaram-se, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, certos limites a serem observados na aplicação do princípio da fungibilidade, de forma que esse preceito legal não deve se prestar para corrigir proposições absurdas ou, até mesmo, utilizadas como forma de burlar o regramento processual.

O formalismo exacerbado deve ser superado pela realidade fática presente no caso concreto, não devendo a utilização incorreta da nomenclatura servir como fundamento para o indeferimento do pleito. Porém, a utilização da fungibilidade nesses casos deve se dar apenas nas hipóteses em que a natureza da medida é duvidosa, ou seja, quando houver dúvida objetiva. De outro modo, poder-se-ia dar azo à utilização de tal instituto de forma indiscriminada, favorecendo manobras processuais arditas.

Diante disso, tem-se que, apenas o erro escusável é capaz de ensejar a fungibilidade entre as tutelas de urgência. Erros evidentes ou grosseiramente cometidos não autorizam tal procedimento, velando-se pelo princípio da boa-fé.

Superada a explanação acerca da possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade no tocante às medidas de urgência, é imperioso ressaltar a celeuma existente na doutrina pátria acerca da viabilidade ou não de concessão da medida através da fungibilidade em ambos os sentidos, ou seja, fungir tutela cautelar por antecipada e vice-versa.

Isto se dá, pois a interpretação literal do texto legal pode levar ao entendimento de que somente seria autorizada a concessão de tutela cautelar em substituição à tutela antecipada, ou seja, aplicando-se a chamada fungibilidade regressiva. Ademais, afirma-se que, diante de uma maior robustez dos requisitos inerentes à concessão da tutela antecipada, seria uma tarefa difícil interpretar o dispositivo legal de forma diversa.

Afirma-se ainda que, diante da possibilidade de fungibilidade regressiva trazida pela Reforma do CPC, o processo cautelar restou obsoleto, haja vista que teria perdido sua razão de existir. Isto se dá, pois se possibilitou a admissão do

requerimento cautelar como tutela antecipada no âmbito do processo principal e não mais como uma ação cautelar incidental.

Todavia, Humberto Theodoro Júnior afirma em sentido contrário, ao destacar que, em razão de a medida antecipatória possuir requisitos mais rigorosos que a medida cautelar, a obtenção da cautelar continua sendo mais simples, em alguns casos. Ademais, ressalta que as medidas cautelares preparatórias somente são concedidas no bojo de uma ação cautelar, haja vista que, neste caso, não existe, ainda, o processo principal.<sup>37</sup>

Assim, pela simples análise destas ponderações, verifica-se a inviabilidade dos argumentos acerca da inutilidade do processo cautelar, permanecendo em vigor o Livro III do CPC que versa exaustivamente sobre tal espécie de processo.

Em sentido diverso, entende, ainda, parte da doutrina (Cândido Rangel Dinamarco e José Roberto dos Santos Bedaque, por exemplo) pela possibilidade de aplicação da fungibilidade progressiva, ou seja, a concessão de tutela antecipada ao invés de tutela cautelar erroneamente pleiteada. Portanto, entendem pela possibilidade de aplicação, em situações excepcionais, do duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes.<sup>38</sup>

Para tal, deve o magistrado converter o processo ajuizado ao rito adequado, intimando a parte para, se necessário, emendar a peça vestibular, haja vista que cada uma das ações possui estrutura e requisitos próprios. Ademais, tal decisão pode, inclusive, ser deferida de ofício pelo juiz, com base na parte final do art. 295, V do CPC.<sup>39</sup>

Neste diapasão, é importante analisar o ensinamento trazido pelo mestre Cândido Rangel Dinamarco, haja vista que entende pela admissibilidade da fungibilidade entre as tutelas de urgência em duplo sentido vetorial:

O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação de tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a

---

<sup>37</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 336-337. v. I.

<sup>38</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94.

<sup>39</sup> O inciso V do art. 295 do CPC versa que a petição só será indeferida “quando o tipo de procedimento escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal”. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que *tanto se pode substituir um por outro, como outro por um*.<sup>40</sup>

Assim, embora a previsão legal não esclareça sobre a possibilidade de aplicação do instituto em suas duas vertentes, entende-se pela admissibilidade desse tipo de fungibilidade. Contudo, deve o juiz constatar a presença dos requisitos autorizadores da medida adequada ao caso, bem como a presença de erro escusável e dúvida objetiva acerca da utilização da medida apta ao caso concreto.

Com o mesmo entendimento, pode-se verificar jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, através do REsp nº 653.381/RJ, no voto da Ministra Nancy Andrighi, no qual afirma que “atualmente nada impede que o juiz conceda medida antecipatória em processo preparatório, dito cautelar, para a obtenção de sentença provisória, com reserva da propositura da ação principal no prazo de trinta dias”.<sup>41</sup> Ademais, o referido Tribunal, em vários outros julgados já explicitou sua posição no sentido de acatar as duas formas de fungibilidade.<sup>42</sup>

Diante do exposto, verifica-se que é admissível a concessão de tutela antecipada no bojo do processo cautelar, assim como de tutela cautelar no âmbito de um processo cognitivo.

---

<sup>40</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92.

<sup>41</sup> STJ: “Processual civil. Recurso Especial. Fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. Art. 273, § 7º, 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”. (REsp nº 653.381/RJ, 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21/02/06, DJU 20/03/06, p. 268)

<sup>42</sup> STJ: “Processo Civil - Recurso Especial - Tutelas de Urgência - Fungibilidade - Inteligência do Art. 273, § 7º, CPC – Medida Cautelar Preparatória - Antecipação de Tutela como meio adequado - Interesse de Agir - Reconhecimento. 1. “o art. 273, § 7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela e reconhece o interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela. Precedentes do STJ”. (REsp 1011061/BA, Relator(a) Ministra Eliana Calmon, DJE 23/04/2009). 2. A interpretação da corte de origem, de que carece interesse de agir a parte que apresenta pleito cautelar quando o correto é antecipatório, distancia-se da interpretação que o STJ confere à matéria. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp nº 1013299/BA, 2ª Turma do STJ, Rel. Min, Mauro Campbell Marques, j. 01/10/09, DJe 15/10/09).

## CONCLUSÕES

A dilação temporal no processo, apesar de ser necessária à solução da demanda, em alguns casos, pode gerar riscos ao direito das partes. Diante disso, o legislador pátrio trouxe para nosso ordenamento jurídico os institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada para tentar amenizar o referido problema.

Para a concessão da tutela cautelar é necessária a presença de dois requisitos: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Desta feita, diante da probabilidade de existência da situação de perigo alegada pelo autor e do perigo na demora da prestação, passa a existir a necessidade de se conceder tal medida para que se possa garantir a efetividade do processo principal.

Por outro lado, a tutela antecipada tem requisitos mais densos, quais sejam, a existência de prova inequívoca suficiente para visualizar a verossimilhança da alegação da parte autora, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e/ou o abuso de direito de defesa para que se possa resguardar o direito do requerente.

Assim, ambos os institutos são espécies do gênero tutelas de urgência. Diante disso, apesar de serem institutos jurídicos diferentes – um busca garantir a efetividade do processo principal e o outro resguardar o direito da parte –, guardam semelhanças que podem, em alguns casos, dificultar a diferenciação entre eles.

Diante de tal celeuma acerca da correta escolha dos institutos em alguns casos concretos, a doutrina e a jurisprudência pátrias, utilizando-se dos princípios da efetividade da tutela, da instrumentalidade das formas, da boa-fé e da economia processual, passaram a adotar a fungibilidade entre tais medidas emergenciais, assim como já se fazia nas ações possessórias, nos recursos e nas ações cautelares.

Em seguida, para positivar este entendimento, o legislador trouxe, através da Lei 10.444/2002, expressamente o princípio da fungibilidade entre estas medidas. O § 7º no art. 273 do CPC prevê a possibilidade de, em caso de erro escusável, acatar uma medida por outra, desde que presentes os requisitos necessários. Assim, dispõe que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência

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

Verifica-se, portanto, que, em havendo dúvida objetiva da parte quanto à correta medida a ser requerida, desde que presentes os requisitos da medida correta, poderá o magistrado deferir uma pela outra a fim de efetivar a prestação jurisdicional. Assim, no caso concreto, não poderá o juiz indeferir uma medida sob o fundamento de que foi requerida com o nome incorreto.

Referida norma visa evitar dano ou perecimento do direito da parte, e não, favorecer manobras processuais ardilosas, como nos casos em que a parte, de má-fé, ajuíza ação diversa da devida com o simples intuito de furtar-se do pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Nestes casos, deve o magistrado analisar sempre a boa-fé da parte, haja vista que deve proceder cautelosamente na aplicação da supramencionada norma.

A aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência, porém, encontra certa celeuma na doutrina pátria, haja vista que alguns doutrinadores, levando em consideração apenas a interpretação literal da norma constante no § 7º no art. 273 do Código de Processo Civil, entendem somente pela possibilidade de aplicação da fungibilidade regressiva, ou seja, somente a concessão de medida cautelar em lugar de tutela antecipatória.

Em sentido contrário, outra parte da doutrina entende que, ainda que não exista expressa previsão, é possível aplicar a fungibilidade progressiva, possibilitando-se, portanto, a concessão de tutela antecipada em substituição à tutela cautelar requerida equivocadamente pela parte, desde que presentes os requisitos daquela, ainda que mais robustos.

Portanto, deve-se reconhecer a possibilidade de fungir as medidas de urgência em duplo sentido vetorial, ou seja, tanto regressivamente quanto progressivamente, desde que presentes os pressupostos necessários para a concessão da medida adequada ao caso específico.

Assim, através deste estudo científico, tendo em vista a aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, realizou-se uma ampla abordagem sobre o assunto e a divergência doutrinária quanto à sua utilização.

## REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil (1939). Decreto-Lei 1.608 de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2009.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil (1973). Decreto-Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 set. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Recurso Especial. Fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. Art. 273, § 7º, do CPC. Interesse processual. REsp nº 653.381/RJ, Relatora Min. Nancy Andrighi, DF, 21 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 27 out. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil - Recurso Especial - Tutelas de Urgência - Fungibilidade - Inteligência do Art. 273, § 7º, CPC – Medida Cautelar Preparatória - Antecipação de Tutela como meio adequado - Interesse de Agir - Reconhecimento. AgRG no REsp nº 1013299/BA, Relator Min, Mauro Campbell Marques, DF, 01 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 27 out. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. v. I.

\_\_\_\_\_. **Lições de direito processual civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. v. III.

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

\_\_\_\_\_. **A reforma do código de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar: à luz da denominada reforma do código de processo civil.** 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual do processo de conhecimento.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil. Medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. III.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. I.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil.** 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. II.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Processo cautelar e procedimentos especiais.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. III.