



ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E FUNGIBILIDADE PARA MEDIDA CAUTELAR

Rodrigo Costa Ribeiro¹
Lóren Formiga de Pinto Ferreira²
José Carlos Macedo de Pinto Ferreira Júnior³

RESUMO

O presente trabalho consta de revisão bibliográfica a respeito da antecipação de tutela e da fungibilidade entre este instituto e a medida cautelar, introduzida no Código de Processo Civil, pelo § 7º do seu art. 273. Os operadores do direito têm enfrentado dificuldades em razão das muitas divergências entre doutrinadores e entre doutrinadores e jurisprudência, o que leva à ocorrência freqüente de dúvidas de como deve ser requerida a tutela de urgência: conforme a sistemática do Processo Cautelar ou no início do Processo de Conhecimento. O objetivo desta pesquisa é oferecer noções fundamentais a respeito da fungibilidade entre as medidas antecipatória e cautelar, no intuito de auxiliar a elucidação desta questão, que ainda é controversa, e que pode levar ao indeferimento de pedido de tutela de urgência por inadequação do procedimento.

Palavras-chave:

Antecipação de tutela – medida cautelar – tutelas de urgência - fungibilidade

ABSTRACT

The present work consists of a bibliographical revision regarding the anticipation of tutelage and the fungibility between this institute and the preventive measure, introduced into the Code of Civil Procedure by its art. 273, § 7º. The right operators have faced difficulties in reason of the many divergences between writings and writings and jurisprudence, what it leads to the frequent occurrence of doubts of as must be required the urgency tutelage: as preventive procedure or in the beginning of the discovery process. The objective of this research is to offer basic slight knowledge regarding the fungibility between the anticipated and preventive measures, in the intention of assisting the briefing of this question, that still is doubtful, and that can lead to the denial of order of urgency tutelage for inadequation of the procedure.

Keywords:

Anticipation of tutelage - preventive measure - urgency tutelage – fungibility

INTRODUÇÃO

A Lei 10.444/02, através da introdução do §7º ao art. 273 do Código de Processo Civil – CPC, trouxe uma substancial alteração no instituto da tutela antecipada, estabelecendo a fungibilidade entre este e a medida cautelar.

¹ Especialista em Processo Civil, Advogado. Professor do Curso de Direito da JURPLAC/FACIPLAC. rodrigocostaribeiro@hotmail.com.

² Mestre em Administração, Advogada, Bacharel em Informática. Professora do Curso de Direito da JURPLAC/FACIPLAC e do INESC/CNEC. lorenpf@gmail.com.

³ Especialista em Direito e Processo Penal e em Direito Ambiental, Advogado. Professor do Curso de direito da JURPLAC/FACIPLAC e do INESC/CNEC. juniorpfjr@gmail.com.



A fungibilidade vem ocasionando interpretações diversas, devido às distinções de caráter teórico entre essas medidas, o que tem causado diversas dificuldades aos operadores do direito, já que freqüentemente surgem dúvidas quanto ao momento da requisição da tutela de urgência, se deve-se seguir a sistemática do Processo Cautelar ou deve ser feita no início do Processo de Conhecimento. Existe discussão, também, quanto à extensão. Uma corrente afirma que a interpretação desse dispositivo esvazia a necessidade quanto ao ajuizamento de ações cautelares incidentais e isto acarretaria na caducidade de boa parte das normas alusivas ao procedimento cautelar.

Em razão dessas divergências, e da dificuldade em distinguir, em circunstâncias concretas, as diversas espécies de tutela de urgência, a jurisprudência, com amparo no §7º do art. 273 do CPC, tem admitido a fungibilidade procedimental entre as medidas cautelares e satisfativas atípicas. Porém, há recusa da fungibilidade quando existe erro grosseiro na apresentação do pedido, e, também, tem quem não admita a apreciação de pedido de tutela satisfativa veiculado através do procedimento previsto no CPC, já que o novo dispositivo contempla expressamente apenas a hipótese inversa. De modo a evitar erros e a sucumbência por equívoco na formulação do pedido, se torna imprescindível a compreensão desse tema.

É preciso tomar cuidado para que as medidas sejam aproveitadas, mesmo quando consideradas inadequadas, por força da admissão legal e jurisprudencial da fungibilidade.

Assim, o presente trabalho tem o objetivo esclarecer a possibilidade da fungibilidade entre as medidas antecipatória e cautelar, questão, que ainda é controversa, e que pode levar ao indeferimento de pedido de tutela de urgência por inadequação do procedimento.

1 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Existem situações em que o aguardo pela composição definitiva da lide por sentença, pode tornar o provimento final da justiça vão e inútil, devido ao fato da possibilidade de o bem disputado ter desaparecido ou a pessoa a que era destinado já não mais ter condições de ser beneficiada pelo ato judicial. Em outras ocasiões, é o direito material mesmo que reclama usufruição imediata, sob pena de o respectivo titular não poder fazê-lo se tiver de aguardar o estágio final, ulterior à coisa julgada.

Visando ao atendimento correto dessas duas situações, o direito processual moderno concebeu uma tutela jurisdicional diferenciada, chamada de tutela de urgência, que se divide em duas espécies distintas (THEODORO JÚNIOR, 2009):

- a) tutela cautelar – apenas preserva a utilidade e eficiência do provimento futuro e eventual. Nessa medida, tomam-se providências conservativas, apenas, dos elementos do processo, assegurando, assim, a futura execução do que a sentença de mérito venha a determinar. Para valer-se dessa tutela, basta ao litigante demonstrar uma aparência de direito (*fumus boni iuris*) e o receio fundado de um dano iminente e de difícil reparação (*periculum in mora*);
- b) antecipação de tutela – por meio de liminares e medidas incidentais, permite que a parte, antes mesmo do julgamento definitivo de mérito, usufrua provisoriamente, do direito subjetivo resistido pelo adversário. Nas tutelas antecipatórias, entram as medidas que permitem a imediata satisfação da pretensão da parte (direito material), embora de caráter provisório e revogável. Para a antecipação do direito material, a lei exige da parte a prova inequívoca tendente a um imediato juízo de verossimilhança, além do perigo de dano iminente, ou, alternativamente, o abuso de direito de defesa da parte do réu (art. 273 do CPC).

Essas medidas apresentam-se, sempre, como excepcionais e não como mera faculdade do juiz. Presentes os seus pressupostos legais elas não poderão ser recusadas, o que configuraria abuso de direito ou de poder (THEODORO JÚNIOR, 2009).

1.1 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A inovação mais importante na reforma do CPC foi a instituída pela Lei nº 8.952/94, que autoriza o juiz, em caráter geral, a conceder liminar satisfativa em qualquer ação de conhecimento, se preenchidos os requisitos arrolados pelo novo texto do seu art. 273.

O caráter genérico significa que ela pode ser aplicada a qualquer procedimento de cognição, sob a forma de liminar deferível sem a necessidade de observar o rito das medidas cautelares (SILVA, 2005). Não apenas as liminares se prestam para a medida satisfativa urgente, visto que devido ao art. 273 do CPC a providência provisória de urgência tornou-se cabível em qualquer fase do processo.



A Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, alterou a redação dada ao §3º pela Lei 8.952/ 94 e acrescentou dois parágrafos ao art. 273 do CPC (NERY JÚNIOR, 2003).

1.2 NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA ANTECIPADA

Conforme Nery Júnior (2003), a tutela antecipada “tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução “*lato sensu*”, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos”.

1.3 REQUISITOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Theodoro Júnior (2009) diz que os requisitos da tutela antecipada são: a) requerimento da parte; b) produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial; c) convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte; d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; e) caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; f) possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa.

Em defesa dos interesses eventuais do demandado, que não teve, ainda, oportunidade de defender-se adequadamente, por lei devem ser observados, no deferimento e execução da medida de antecipação de tutela as precauções e princípios da execução provisória (art. 273, §3º do CPC, c/c art. 588, incs. II e III do CPC).

1.3.1 Requerimento da Parte

É vedado ao juiz conceder *ex officio* a antecipação de tutela, como decorre do *caput* do art. 273 do CPC. Trata-se de medida que se encontra à disposição do autor, visto ser ele quem postula a medida concreta a ser decretada, em caráter definitivo, pela sentença contra o outro sujeito do processo (THEODORO JÚNIOR, 2009). O autor vai formular o pedido expresso ao juiz, que constituirá o objeto da causa. Então, quem tem legitimidade para requerer essa antecipação é o autor e ela é estendida a todos os que deduzem pretensão em juízo.



Para Wambier (2008), a antecipação dos efeitos da sentença beneficiará ou atingirá, somente, autor e réu, não ao Ministério Público e assistente, pois estes são terceiros.

O momento mais adequado para pedir a medida é na petição inicial, porém, nada impede que a parte a postule em outros estágios do curso processual. O juiz, também, que não a deferir ou não apreciar o seu cabimento *in limine litis*, pode concedê-la mais tarde, desde que considere presentes os seus pressupostos. Não há, na lei, um momento determinado. O pedido também pode ser formulado em grau de recurso (THEODORO JÚNIOR, 2009).

De acordo com Theodoro Júnior (2009), “não há oportunidade certa e única imposta com força preclusiva pela lei. Como liminar, a medida encontrará local adequado para ser requerida na própria petição inicial, dispensando a formulação em petição separada”.

O autor afirma que trata-se de simples incidente de processo de cognição e, por isso, o juiz pode concedê-la na decisão de deferimento da petição inaugural do processo, desde que instruída com prova documental inequívoca. A urgência da medida aferível pelo juiz diante das circunstâncias determinará a prévia citação ou audiência da parte contrária.

O limite da tutela antecipada é o pedido.

a) Tutela Antecipada Parcial

Santos (2001) diz que a antecipação só pode ser dada a requerimento e que o juiz fica adstrito exclusivamente ao pedido da parte, que pode ser para efeito total ou parcial do que se requer e que também pode ser deferido total ou parcialmente dentro dos limites da pretensão.

O art. 273, *caput*, do CPC já previa a antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pleiteada. O novo §6º desse mesmo artigo, acrescentado pela Lei nº 10.444/02, trata de uma situação onde a antecipação de tutela torna-se cabível e mais facilmente alcançável, qual seja, a cumulação de pedidos, circunstância em que o réu contesta apenas um ou alguns deles, deixando incontroversos outros (THEODORO JÚNIOR, 2009).



Assim, a antecipação é possível, sem necessidade de se recorrer aos requisitos ordinariamente exigidos, pois, pela não contestação, o fato básico se tornou presumido e a consequência dele extraível independe, agora, de outras provas. Havendo manifestação expressa do réu sobre o reconhecimento de um dos pedidos cumulados, ficará ainda mais evidente o cabimento da antecipação de tutela. A medida será viável, também, quando a resposta silenciar a respeito de um pedido ou do fato que lhe constitui a causa de pedir, então, a aquiescência do réu pode ser explícita ou implícita (SANTOS, 2001).

Porém, deve-se ponderar que a facilitação da antecipação de tutela, de acordo com o determinado pelo §6º do art. 273 do CPC, pressupõe independência jurídica entre os pedidos cumulados. Então, havendo vínculo de prejudicialidade ou de interdependência entre os pedidos (impugnado e não impugnado), uma vez atacado o prejudicial, o dependente estará *ipso facto* questionado. E não se poderá considerá-lo incontroverso. Porém, o contrário trata-se de caso típico de aplicação do § 6º do art. 273 do CPC.

1.3.2 Prova Inequívoca dos Fatos Arrolados na Petição Inicial

Segundo Theodoro Júnior (2009), a tutela antecipatória submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na petição inicial, para não transformar a medida liminar satisfativa em regra, o que afetaria a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e ampla defesa antes de ser o litigante privado de qualquer bem jurídico (CF, art. 5º, LIV e LV).

Nery Júnior (2003) destaca que essa prova “é do fato título do pedido (causa de pedir)”, pois como essa medida foi criada somente em benefício do autor, visando a agilização da entrega da prestação jurisdicional, é preciso que seja concedida com parcimônia, de forma que garanta a obediência ao princípio constitucional de igualdade das partes.

A configuração dessa prova do direito do autor e da comprovação das demais circunstâncias autorizadas da antecipação de tutela pode se dar em momento ulterior da marcha processual. Não há impedimento para o requerimento da providência sob análise. Enquanto não se atingir a execução forçada da sentença condenatória, possível



será o uso da tutela antecipatória aludida pelo art. 273 do CPC (THEODORO JÚNIOR, 2009).

1.3.3 Convencimento do juiz em Torno da Verossimilhança da Alegação da Parte

Mezzomo (2005) diz, a respeito da necessidade de provas inequívocas que convençam o juiz a respeito da verossimilhança da alegação, que “parece haver um lapso do legislador”, pois a verossimilhança é costumeiramente associada à tutela cautelar e vista como resultante da simples plausibilidade, com prova inequívoca, associada logicamente à certeza jurídica, já que “a existência de prova inequívoca induz à certeza e não à mera plausibilidade que é própria dos juízos sumários”.

As provas precisam ser contundentes, para convencer o juiz da veracidade do fato, assim, devem ser bastante convincentes, com alta probabilidade de veracidade, mas não inequívocas. Então, pode-se entender que houve um equívoco do legislador explicitado acima.

1.3.4 Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação

Silva (2005) faz a observação:

Seria preferível que o legislador empregasse, aqui, a categoria conhecida como *periculum in mora*, muito mais adequada à idéia de antecipação e historicamente ligada às execuções provisórias, reservando a categoria indicada como perigo de dano irreparável para as cautelares.

[...] Ao que tudo indica, porém, estamos na iminência de inverter o emprego dos dois conceitos, teimando em conjugar o pressuposto do *periculum in mora* com as cautelares, para ligar o “receio de dano irreparável” às antecipações satisfativas, quando eles, para manterem-se fiéis às suas origens históricas e dogmáticas, deveriam inverter as respectivas posições, passando o *periculum in mora* a determinar execução urgente, reservando-se a alegação de “receio de dano irreparável” para a tutela cautelar.

Nery Júnior (2003) também utiliza o termo *periculum in mora* para esse requisito e diz que este, juntamente com a existência do abuso do direito de defesa do réu (próximo requisito) são requisitos alternativos, ou seja, a lei exige uma destas duas situações, não sendo, as duas, portanto, cumulativas entre si.



A urgência não tem o condão de transformar a natureza satisfativa-executiva em medida cautelar. O perigo é o mesmo exigido para a concessão de qualquer medida cautelar.

A respeito dos requisitos alternativos, Wambier (2008) afirma que o legislador assumiu o risco de permitir que o juiz profira decisão com base em prova não exauriente.

Para o preenchimento desse requisito basta que o juiz esteja convencido a respeito da impossibilidade ou dificuldade de reparo do dano, por isso se fala em *periculum in mora*, e que esse convencimento seja fundamentado de forma expressa. É importante salientar que se trata de um requisito alternativo, juntamente com o abuso de defesa de direito do réu e, por isso, não é necessário o preenchimento dos dois requisitos, bastando a existência de um deles.

1.3.5 Abuso de Direito de Defesa ou Manifesto Propósito Protelatório do Réu

O art. 273, II do CPC autoriza a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor, quando presente o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. O legislador não quis, de forma alguma, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária. O que acontece, nesses casos, é a elevação do índice de verossimilhança do direito do autor a um grau que o deixa muito próximo à certeza. A legitimidade da antecipação de tutela se dá porque se o juiz já se inclinara por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma contestação séria a opor ao direito do autor (SILVA, 2005).

Na visão de Silva (2005), o legislador deveria evitar condicionar a concessão do provimento antecipatório, nas situações previstas pelo art. 273, II do CPC. O autor afirma que “o comportamento indesejável do réu, nas hipóteses indicadas pelo art. 273, II, faz presumir que ele não disponha realmente de nenhuma “contestação séria” a opor ao autor”. E, assim, a antecipação será concedida porque a verossimilhança do direito do requerente tornara-se ainda mais consistente, devido à conduta do réu, sem que o juiz esteja obrigado a fundá-la nos pressupostos indicados por este dispositivo.



Então, conclui-se não haver necessidade de perigo de dano irreparável à concessão da tutela antecipada com base no art. 273, II, confirmando a hipótese de antecipação de tutela fundada em simples verossimilhança do direito alegado pelo autor (SILVA, 2005).

1.3.6 Reversão da Medida Antecipada

Segundo Wambier (2008), “a tutela antecipada deve ser reversível, isto é, as conseqüências de fato ocorridas como decorrência da decisão proferida devem ser reversíveis, no plano empírico”. A reversibilidade exigida pela lei pode ser *in natura*, o que, conforme Wambier (2008), é sempre preferível, dizendo que “o que se deseja é a possibilidade de voltar ao *status quo ante*, que haja reposição do estado das coisas tais quais existiam antes da providência”. Porém, o provimento é considerado reversível (nos seus efeitos), quando puder existir indenização capaz de compensar, efetivamente, o dano sofrido.

Nery Júnior (2003) diz que no caso de existência de real perigo de irreversibilidade ao estado anterior, não se deve conceder a medida. Wambier (2008) acrescenta que “há danos que, rigorosamente, não são substituíveis por pecúnia”.

É devido a garantia do contraditório, mesmo que a *posteriori*, que a lei não admite que o juiz conceda antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (art. 273, § 2º, CPC).

Em certos casos deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, ou seja, mesmo tratando-se de “interesse rigorosamente não-indenizável”, devam ser ponderados os valores em questão, e, em função disso, eventualmente, será concedida a antecipação. É o caso de imóvel de valor histórico ameaçando a ruir e representando perigo às pessoas.

No entendimento de Silva (2005), o legislador “exagerou na prudência que deve orientar o magistrado na concessão das antecipações de tutela, proibindo-lhe concedê-las quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” (art. 273, § 2º, CPC).



1.4 TUTELA ANTECIPATÓRIA X TUTELA CAUTELAR

Tanto a medida antecipatória quanto a medida cautelar propriamente dita representam providências de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que as distingue, em substância, é o fato de a tutela cautelar apenas assegurar uma pretensão, enquanto a antecipatória realizar a pretensão de imediato (THEODORO JÚNIOR, 2009).

Nery Júnior (2003) distingue as tutelas da seguinte forma:

A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (Código de Processo Civil 273 I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor).

A antecipação de tutela só é possível dentro da própria ação principal. já a medida cautelar é objeto de ação separada, que pode ser ajuizada antes da ação principal ou no seu curso.

As medidas cautelares são sempre não-satisfativas e as medidas de antecipação de tutela são de caráter satisfativo provisório, por expressa autorização da lei (THEODORO JÚNIOR, 2009).

É importante, também, que se faça a diferença entre a tutela antecipatória (art. 273, CPC) e o julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC). Nesse sentido, Nery Júnior (2003) ensina que no julgamento antecipado da lide o “juiz julga o próprio mérito da causa, de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo, com apreciação da lide (art. 269, CPC)”. Essa sentença é impugnável por apelação e sujeita-se à coisa julgada material, enquanto que na antecipação de tutela o juiz antecipa os efeitos da sentença de mérito, por meio de decisão interlocutória, provisória, prosseguindo-se o processo, e, portanto, impugnável por recurso de agravo de instrumento e não está sujeita à coisa julgada material.

Como simples incidente do curso do processo, não se submete a apreciação do pedido de antecipação de tutela a nenhum procedimento especial, sendo, pois, objeto de uma decisão interlocutória. A deliberação a seu respeito desafiará o recurso de agravo de instrumento.



1.5 RESPONSABILIDADE DO AUTOR

Com a Lei nº 10.444/2002 foi instaurado o regime da responsabilidade objetiva vigente para as execuções obrigacionais, também para as antecipações de tutela do art. 273, que deveriam ter natureza interdital (SILVA, 2005).

1.6 A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O texto anterior do §3º do art. 273, CPC determinava que a execução da medida antecipatória observasse o disposto no art. 588, II e III e a exclusão do inciso I gerava dúvida sobre a possibilidade de condicionamento da tutela antecipada ao requisito da caução. Nos casos de levantamento de depósito em dinheiro, não cabia questionamentos, visto que o inciso II do art. 588, a que remete o §3º do art. 273, prevê, exatamente, a obrigatoriedade de caução idônea, em situação semelhante (THEODORO JÚNIOR, 2009).

O autor destaca que a nova redação desse parágrafo fez com que a remissão passasse a ser aplicada ao art. 588 do CPC em sua totalidade (inclusive ao inciso I). Então, a caução é uma medida que poderá ser utilizada pelo juiz nas medidas cautelares e, também, nas antecipatórias. Porém, isso, não será aplicado como regra obrigatória, porque, em várias situações, a antecipação de tutela pode ser inviabilizada pela exigência de caução prévia e, assim, o dano temido pode tornar-se irremediável, levando ao desprestígio da Justiça e à frustração da garantia constitucional de efetividade da jurisdição.

Para Theodoro Júnior (2009), “a prudência e o bom senso ditarão a necessidade, ou não, de se exigir caução no âmbito da tutela antecipada”. O art. 273, §3º do CPC não determina a aplicação obrigatória das normas da execução provisória à antecipação de tutela, mas sim quando cabível, deixando a cargo do juízo de razoabilidade do juiz.

Além do mais, na própria execução provisória, a reforma operada pela Lei nº 10.444/02, abandonou a exigência generalizada da caução, tendo-a como necessária apenas nos levantamentos de depósito em dinheiro, nos atos de transferência de domínio e em outros atos dos quais possa resultar grave dano ao executado (art. 588, II, com sua atual redação).



Não prevalece mais a previsão genérica de caução para todas as modalidades de execução provisória. O texto do inciso I do art. 588, que previa, também foi reformado.

Nas prestações de natureza alimentar, a execução provisória não reclama caução, desde que observadas certas limitações e exigências legais (art. 588, §2º), nem mesmo para os atos de levantamentos de depósito ou de transferência de domínio. Essa sistemática, como é óbvio, terá de ser aplicada, igualmente, às antecipações de tutela.

Considerando-se a remissão aos parágrafos 4º e 5º do art. 461 e ao art. 461-A do CPC torna-se claro que a antecipação de tutela nas obrigações de fazer e de dar está subordinada, também, aos princípios do art. 273 do referido Código. E, dessa forma, para efetivar a tutela antecipada, o juiz pode usar os meios coercitivos especificados para as obrigações de fazer e de dar, tais como: imposição de multas, determinação de busca e apreensão, remição de pessoas ou coisas, desfazimento de obras, etc. (THEODORO JÚNIOR, 2009).

O inciso art. 14, V, CPC, determina que as partes têm o dever de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final”, ou seja, em se tratando de tutela de urgência os provimentos são de execução imediata, podendo o juiz usar dos meios disponíveis para efetivar tais medidas, de plano, não havendo, então, necessidade de submissão às regras da *actio iudicati*. “As ordens judiciais serão de cumprimento direto e imediato, sob pena de desobediência e emprego de força policial, se necessário” (THEODORO JÚNIOR, 2009).

3.6 CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO CURSO DO PROCESSO

Os provimentos antecipatórios do art. 273, CPC, não sendo sempre medidas liminares, nada impede que o juiz os conceda nas fases subseqüentes do procedimento, inclusive na sentença final de procedência (SILVA, 2005). O relator do recurso poderá conceder antecipação dos efeitos da tutela, sempre que presentes os pressupostos do art. 273 do CPC.



3.7 PRECARIEDADE DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO

Houve um exagero, no § 4º do art. 273 do CPC, quanto à precariedade do provimento antecipatório, ao dispor que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada “a qualquer tempo”. Medidas antecipatórias não devem ter sua estabilidade tão ou mais precária do que o seriam as medidas cautelares. O legislador deveria ter condicionado a modificação ou revogação dessa tutela à ocorrência de modificações circunstanciais (SILVA, 2005).

3.8 NATUREZA DO PROVIMENTO JURISDICIONAL QUE A CONCEDE

Silva (2005) diz que:

Parece evidente que o legislador procurou inserir essa forma de antecipação, não da tutela, mas dos efeitos da tutela – a sugerir que tutelar é apenas declarar a procedência -, sem questionar a estrutura elementar do processo de conhecimento nem a definição de interlocutória, constante do art. 162, muito menos questionando o próprio conceito de processo de conhecimento, ligado ao processo de execução pela sentença condenatória, o que significa preservar incólume o procedimento ordinário, pressupondo que a inserção de uma medida antecipatória não tenha o condão de “desordinarizar” o procedimento.

Silva (2005) afirma que “o ato jurisdicional tem seu conteúdo formado pela declaração; ou pela declaração mais o efeito constitutivo nas ações que sejam constitutivas ou naquelas que, mesmo não tendo esse efeito como sua força preponderante, contenham-no como uma de suas eficácias relevantes”.

Já os demais efeitos da sentença de procedência não fazem parte do conteúdo do ato jurisdicional, sendo apenas conseqüências desse. A execução, tanto obrigacional quanto real, seria jurisdicional apenas como “conseqüência” da verdadeira jurisdição (SILVA, 2005).

Assim como nas medidas antecipatórias, o efeito declaratório não terá relevância, tendo caráter provisório, pode ser modificado ou eliminado. Não haverá verdadeiro julgamento e não haverá decisão de mérito ou de antecipação dos efeitos da tutela, mesmo contendo um juízo de verossimilhança sobre o pedido formulado pelo autor. É simples interlocutória e é denominada “uso alternativo do procedimento ordinário” (SILVA, 2005).

Ao laborar no domínio da prática forense é necessário ter a compreensão de que a antecipação de tutela é concedida através de uma decisão interlocutória, contra a qual



é cabível agravo de instrumento, como ocorre com todas as medidas liminares (SILVA, 2005).

As medidas que antecipam efeitos da tutela pretendida pelo autor satisfazem, antecipadamente, essa parcela de efeitos do ato jurisdicional final, o que acontece em qualquer sentença satisfativa (SILVA, 2005).

Mesmo que as medidas antecipatórias do art. 273 não sejam necessariamente medidas liminares, serão sempre antecipações dos efeitos de uma sentença satisfativa, portanto realização provisória dos eventuais efeitos da sentença de procedência.

Silva (2005) destaca que:

Todo provimento antecipatório dos efeitos de uma futura sentença de procedência, em demanda satisfativa, deve apresentar o seguinte espectro eficaz: a) juízo declaratório de verossimilhança, por meio do qual o julgador manifestará seu convencimento a respeito de *fumus boni iuris*, ou seja, o juiz haverá, necessariamente, para conceder a antecipação da tutela pretendida pelo autor, de ter como verossímil o direito que o autor pusera como fundamento para a ação; b) com base nesse juízo de probabilidade da existência do direito alegado pelo autor, o magistrado proverá ordenando que se tomem medidas executivas ou mandamentais, em que haverá de consistir os efeitos antecipados. Com relação à antecipação dos efeitos executivos, as medidas antecipatórias devem respeitar a natureza da pretensão de direito material invocada na ação: se a pretensão executiva fundar-se em relação obrigacional, o provimento antecipará condenação, dando ensejo à formação (antecipada) do título executivo, com base no qual proceder-se-á à execução provisória da medida antecipatória; se, ao contrário, a hipótese for de pretensão real, então o provimento antecipatório dará lugar à execução imediata, na própria relação processual supostamente de (puro) conhecimento. Esse último caso pode ser ilustrado com o exemplo da ação de despejo, que poderá admitir a concessão de uma medida antecipatória de despejo, segundo o art. 59, §1º, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 (e agora igualmente segundo o art. 461-A), que não se subordina ao procedimento das execuções para entrega de coisa certa, previsto pelo Código para as execuções fundadas em sentenças condenatórias.

Os efeitos da tutela pretendida deverão consistir em alguma forma de tutela executiva ou mandamental, pois os outros possíveis efeitos da sentença, declaratórios, constitutivos ou condenatórios, são incompatíveis com a antecipação provisória (SILVA, 2005).

Silva (2005) afirma que:

O juiz não poderá antecipar declaração, constituição ou condenação sob forma de tutela provisória, e, se o fizer, seu provimento será inteiramente inócuo, sem relevância processual. Se o juiz dissesse, por exemplo, numa ação declaratória de ilegalidade de exigência fiscal, que “tudo indica que o tributo é realmente ilegal”; ou dissesse que, “pelas provas até agora existentes nos autos, sou levado a supor que o autor realmente tem razão”; ou declarasse, no provimento liminar, mais ou menos isto: “o direito



do autor apresenta-se com um elevado grau de verossimilhança”; ou então, numa ação de anulação de contrato, afirmasse: “pela prova de que disponho até agora, considero verossímil a alegação do autor, razão pela qual decreto a anulação provisória do contrato”; ou então, numa ação condenatória, expedisse decisão liminar com este teor: “o réu é provisoriamente condenado, até que eu possa confirmar ou revogar esta condenação na sentença final” – todas essas proposições não teriam nenhuma relevância processual.

2 FUNGIBILIDADE DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E DA MEDIDA CAUTELAR

Fungibilidade significa troca, substituição de um recurso, interposto inadequadamente, por outro, que seria o correto para determinada decisão judicial e princípios são, normalmente, regras, e, assim, não necessitam de previsão expressa em normas legais, visto serem decorrentes do próprio sistema jurídico. Por isso, a fungibilidade dos recursos não repugna ao sistema do CPC, o qual contém hipóteses capazes de gerar dúvida objetiva a respeito da adequação do recurso ao ato judicial de recorrer. Então, somente naqueles casos em que fique difícil definir qual dos recursos é cabível é que se pode aplicar o princípio da fungibilidade, para que a parte não seja prejudicada por aquilo que não deu causa: a dúvida objetiva na interposição do recurso (NERY JÚNIOR, 2003).

A respeito dos requisitos necessários para a aplicação do princípio da fungibilidade, é preceituada a exata aplicação do artigo 810 do CPC de 1939, isto é, para a sua aplicação se faz necessária a não incidência de erro grosseiro e má-fé. Porém, para Baggio (2003), essa não é a melhor alternativa, pois não admite o requisito negativo de má-fé e lembra do desagrado da doutrina quanto à extrema dificuldade para fixar os seus contornos e os seus pressupostos caracterizadores e afirma que os requisitos para a aplicação desse princípio são a dúvida objetiva e a inexistência de erro grosseiro.

Agora, cabe a pergunta se a fungibilidade na da tutela de urgência também segue os requisitos da fungibilidade recursal (dispostos no art. 810, CPC/39), a saber: a inexistência de erro grosseiro ou má-fé e a dúvida objetiva, ou seja, a plausível sobre qual a medida cabível.

O objeto da inovação legislativa é o de aproveitar pedido incidental articulado equivocadamente pela parte, evitando seu indeferimento de plano, preservando, dessa



forma, a segurança do bem da vida que as circunstâncias demonstrem uma verdadeira “zona cinzenta” (FIGUEIRA JÚNIOR, 2001).

A seguir pode-se verificar a posição de diversos autores a respeito desse tema:

- Wambier (2008) admite a fungibilidade entre as tutelas de urgência, típicas ou atípicas, baseado no argumento de que se a todo direito corresponde uma ação, a todo direito corresponde, também, uma cautela. Afirma que assegurar o direito de ação corresponde a assegurar o direito à eficácia de providência jurisdicional pleiteada, desde que demonstrado o risco de comprometimento. Se não estiverem preenchidos os requisitos do tipo legal, mas demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* deve o magistrado conceder a medida inominada;
- Dinamarco (2002) diz que “é regra processual surrada em direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor, mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito”. Afirma que o que importa é a capacidade dos fatos narrados, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula;
- Lopes (2002) também não tolera a incidência da fungibilidade no caso de erro grosseiro, o qual exemplifica com o requerimento de medida cautelar nominada;
- Assis (2001), antes mesmo da Lei 10.444/02, já identificava o caráter residual e subsidiário das medidas de urgência atípicas, afirmando que a redação atribuída ao artigo 798 do CPC caracteriza a subsidiariedade, bem como, em alguns casos específicos, a lei atribui requisitos especiais para a concessão da medida – “prova literal da dívida líquida e certa”, de acordo com o disposto no artigo 814, I, que não podem ser suplantados ou genéricos. O autor diz que o requerente de providência litesreguladora evitaria os requisitos especiais, optando pelas cláusulas gerais dos arts. 273 e 798 do CPC, tornando morta a letra da lei, o regulamento das medidas típicas.

Pode-se verificar que a doutrina que pretende aplicar os requisitos negativos da fungibilidade recursal na esfera da fungibilidade entre medidas de urgência não admite a aplicação desse princípio entre as medidas típicas, pois ao exemplificar o que seria erro grosseiro ou inexistência de dúvida objetiva citam a hipótese do requerimento inadequado procedimentalmente de medida típica.



Percebe-se que as medidas antecipatória e cautelar não foram suficientemente assimiladas, compreendidas e distinguidas pela doutrina e pela jurisprudência e, por isso, as imprecisões conceituais não devem turbar a efetividade dessas tutelas de urgência, visto que não se pode considerar como “erro grosseiro” as questões que são objeto de divergências doutrinárias. Além disso o texto legal não traz ressalvas ou condições para a aplicação do princípio da fungibilidade. A norma se deteve ao preenchimento dos seus requisitos.

Por essas razões, entende-se que os requisitos da fungibilidade recursal não se aplicam à fungibilidade entre as medidas de urgência.

Caso o juiz se depare com medida típica requerida inadequadamente como atípica, deve analisar seus pressupostos legais específicos e, caso os verifique, pode conceder o pleito. Caso não verifique a existência desses requisitos, mas entenda que existe urgência capaz de tornar sem efeito a prestação jurisdicional, deve conceder a medida sob a forma inominada (BAGGIO, 2003).

2.1 A FUNGIBILIDADE PREVISTA NO § 7º DO ART. 273

A Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, através da introdução do § 7º ao art. 273 do CPC, trouxe uma substancial alteração no instituto da tutela antecipada, estabelecendo a fungibilidade entre esse e a medida cautelar. O causídico, agora, não precisa ter receio de requerer uma tutela em lugar de outra, pois o julgador, fica autorizado a conhecer e deferir a medida cautelar no caso do autor requerer a antecipação da tutela, quando, na verdade, for cabível a tutela cautelar, desde que estejam presentes os pressupostos legais e imprescindíveis à concessão do provimento. Assim, se o advogado se equivocar ao pedir uma medida cautelar dentro do processo de conhecimento, e atribuir-lhe o rótulo de “tutela antecipada”, ao analisar o requerimento, o juiz, ao verificar que a medida pretendida tem natureza cautelar e que estão presentes os seus requisitos, deverá concedê-la (TIMBÓ, 2005).

Na exposição de motivos do anteprojeto nº 13, que foi objeto da Lei nº 10.444/02, ao tratar da norma do § 7º, os Ministros Sálvio Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro justificaram sua inclusão no ordenamento processual civil em razão do princípio da economia processual com a adoção da fungibilidade procedimental entre as tutelas de urgência (BAGGIO, 2003). O entendimento da doutrina brasileira, segundo



Timbó (2005), é que a inserção desse parágrafo se deu para mitigar a aplicabilidade do processo cautelar na atividade jurisdicional, visto ser, a antecipação de tutela, muito mais conveniente, cômoda e barata.

Wambier (2008) afirma que “muitas medidas encontram-se em uma “zona cinzenta”, entre o terreno inequivocadamente destinado à tutela conservativa e aquele outro atribuído à antecipação”. Estabelece-se, assim, verdadeira “dúvida objetiva” semelhante à que autoriza a aplicação do princípio da fungibilidade, na seara dos recursos. E diz que, nos casos urgentes:

O juiz não pode deixar de conceder a medida simplesmente por entender que ela não foi requerida pela via que reputa cabível. Nessa hipótese, se presentes os requisitos, o juiz tem o dever de conceder a tutela urgente pretendida e, se for o caso, mandar a parte posteriormente adaptar ou corrigir a medida proposta.

Porém, é necessário que a dúvida quanto ao instrumento processual cabível para requerer o provimento tutelar, seja plausível, para que não privilegie a má-fé, pois o ajuizamento de uma ação cautelar implica o ônus das custas judiciais e o pagamento de honorários advocatícios à parte sucumbente, enquanto que no pedido de antecipação da tutela, não existe esse ônus. De acordo com o art. 20 do CPC, os honorários advocatícios advirão de sentença condenatória e não de decisão interlocutória condenatória, motivo pelo qual não haverá pagamento da verba honorária na decisão que concede ou denega o pedido de antecipação de tutela e também não haverá o pagamento de custas judiciais, uma vez que por ocasião do ajuizamento da ação principal é que há o adimplemento da referida obrigação legal, restando claro, dessa forma, que o novel dispositivo legal não tem o fito de abrandar a aplicabilidade da medida cautelar e, sim, de emprestar maior efetividade ao processo civil.

É conferido ao novo texto legal a condição de tornar praticamente irrelevante a distinção acadêmica entre as duas medidas e entende que “cabe provimento provisório, quer se trate de antecipar os efeitos do provimento definitivo, quer se trate apenas de assegurar-se sua eficácia prática” (TESHEINER, 2005).

O Desembargador do TJRS, Nereu José Giacomolli (apud TIMBÓ, 2005), trata dessa matéria com muita percuciência, o que pode ser percebido na decisão monocrática proferida por ele em sede de agravo de instrumento, nº 70007523038, da 9ª Câmara Cível:



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

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

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

Theodoro Júnior (2009) afirma que na introdução, no ordenamento processual civil brasileiro, da antecipação de tutela, houve o cuidado de ressaltar a diversidade de requisitos entre ela e a tutela cautelar, embora ambas se preocupassem com o mesmo problema de eliminação do perigo de dano enquanto se aguarda a solução definitiva do litígio. Tecnicamente é possível distinguir-se, com certo rigor, o terreno de cada uma destas medidas.

Deve-se considerar que o deferimento da medida antecipatória como medida cautelar determinará que a ação cautelar incidental seja processada no processo principal, sendo assegurado ao demandado o direito do contraditório, com produção de prova e sentença (SILVA, 2005).

A fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar supõe que a medidas cautelar seja provisória, para ser substituída pela sentença de procedência, como as concebe o direito italiano, para os chamados “*provvedimenti d’urgenza*” do art. 700 de seu CPC (SILVA, 2005). O autor ensina que,

em virtude do compromisso de nosso direito com essa vertente doutrinária, não se faz distinção entre uma medida cautelar e outra que seja antecipatória. Para nossa doutrina, todas as cautelares, no fundo, só podem ser antecipatórias. Como é natural, com esse expediente, reduz-se a tutela cautelar a simples “medidas”, eliminando-se as autênticas “ações cautelares”, que são preventivas. Como o sistema não se harmoniza com as tutelas preventivas, o máximo que é permitido são tutelas que antecipem a futura “tutela repressiva”.

A idéia de separar totalmente as medidas cautelares (conservativas) das medidas antecipatórias (satisfativas) foi uma tarefa ambiciosa intentada, somente, pelo direito brasileiro. No direito europeu o que se fez foi simplesmente alargar o conteúdo do poder



geral de cautela. Foi, então, por meio da própria tutela cautelar que se chegou aos casos excepcionais de medida de antecipação da satisfação do direito subjetivo do litigante (DINAMARCO apud THEODORO JÚNIOR, 2009).

A conclusão de Theodoro Júnior (2009) se fixou, desde os primeiros momentos de exigência da tutela antecipatória, na necessidade de não dogmatizar a distinção entre medida cautelar e medida antecipatória. Assim, não seria aceitável indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundiria com medida cautelar, ou, rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do mérito da causa. Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que possa, realmente, comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com maior rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. Mesmo porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores do que as da tutela cautelar.

Segundo Theodoro Júnior (2009) não se pode tolerar a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.

A recente reforma legislativa operada pela Lei nº 10.444/ 2002, que introduziu no CPC o § 7º do art. 273, tornou solução legal expressa justamente a fungibilidade que Theodoro Júnior (2009) apontava como necessária entre medida antecipatória e medida cautelar.

Assim, dispõe o novo dispositivo do Código: “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”.

A novidade trazida pela inserção desse parágrafo vem causando perplexidade, quanto a sua extensão, nos operadores do direito. Existe uma corrente, da qual Theodoro Júnior (2009) faz parte, que afirma que a interpretação desse dispositivo esvazia a necessidade quanto ao ajuizamento de ações cautelares incidentais e isto acarretaria na caducidade de boa parte das normas alusivas ao procedimento cautelar.

Theodoro Júnior (2009) diz que,

Ainda que fosse verdade, ter-se-ia de louvar o legislador e não censurá-lo por encontrar meio mais expedito de assegurar a efetividade da



prestação jurisdicional desvencilhando a tutela de emergência de entraves procedimentais desnecessários. A verdade, porém, é bem outra: se é possível chegar-se, em caráter incidental, até a uma medida de mérito (tutela antecipatória), porque não se fazer o mesmo com uma providência menos agressiva e muito mais singela como é a medida cautelar?

Salienta-se que o pedido de antecipação submete-se a requisitos mais rigorosos que os da medida cautelar, como o da prova inequívoca. Se ao invés de postular tutela antecipada a parte requer medida cautelar sujeitando-se aos rigores do art. 273, nada impede que o juiz lhe defira a providência conservativa dentro do procedimento das medidas antecipatórias.

As utilidades da ação cautelar não desaparecerão apenas por esse motivo. As medidas preparatórias somente serão disponibilizadas dentro da ação cautelar, pois nesse ponto não existe ainda processo principal, em cujo bojo se possa pleitear a providência de prevenção.

Theodoro Júnior (2009) afirma que sempre que a medida cautelar se mostrar complexa e exigir dilação probatória mais ampla, que não se comportar na fase em que se acha o processo principal, deve-se admitir a fungibilidade e ordenar que seja processada em apenso, segundo o rito das ações cautelares. Assim, pode-se deferir a medida liminar, havendo real urgência, desde logo e, em seguida, assegurar-se o necessário contraditório, sem tumulto do processo principal.

Dessa maneira, conforme Theodoro Júnior (2009), pode-se utilizar o regime da fungibilidade do art. 273, § 7º da seguinte maneira:

- a) Requerida a medida cautelar sob o rótulo de medida antecipatória, e satisfeitos os requisitos de prova preconstituída e demais exigências do art. 273 e parágrafos, o juiz a deferirá, de imediato, como incidente do processo principal, da mesma maneira com que atua frente ao pedido de tutela antecipada;
- b) Se não houver urgência que a torne inadiável ou se faltar algum requisito dos elencados pelo art. 273 e parágrafos, o juiz não indeferirá o pedido cautelar disfarçado em providência antecipatória; determinará seu processamento apartado, dentro dos padrões procedimentais da ação cautelar;
- c) Será objeto de autuação à parte, também, a medida cautelar que se requer incidentalmente no processo principal, em estágio em que não mais será viável formar-se o contraditório próprio das ações cautelares, a não ser fora daquele feito;
- d) De maneira alguma, porém, poderá o juiz indeferir medida cautelar sob o simples pretexto de que a parte a pleiteou erroneamente como se fosse antecipação de tutela; seu dever sempre será o de processar os pedidos de tutela de urgência e de afastar as situações perigosas incompatíveis com a garantia de acesso à justiça e de efetividade da prestação jurisdicional, seja qual for o rótulo e o caminho processual eleito pela parte. O que lhe cabe é verificar se há um risco de dano grave e de difícil reparação. Havendo tal



perigo, não importa se o caso é de tutela cautelar ou de tutela antecipada: o afastamento da situação comprometedora da eficácia da prestação jurisdicional terá de acontecer.

2.2 APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

São duas as situações processuais decorrentes da fungibilidade entre as tutelas de urgência: medida cautelar requerida como antecipação de tutela e antecipação de tutela requerida como medida cautelar.

2.2.1 Medida Cautelar Requerida como Antecipação de Tutela

Essa é a hipótese prevista na Lei 10.444/02.

O art. 273, §7º, CPC determina: “Se o autor, a título de antecipação dos efeitos da tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Essa Lei consagrou a aplicação do princípio da fungibilidade, admitida, anteriormente pela jurisprudência.

Nery Júnior (2003) afirma que “quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência tiver natureza cautelar, não se pode indeferir o pedido de tutela antecipada por ser inadequado”. Nessa situação, “o juiz poderá adaptar o requerimento e transformá-lo em pedido de cautelar incidental. Deve, portanto, receber o pedido como se fosse cautelar”.

É importante lembrar que os requisitos da tutela antecipada são mais rígidos dos que os da tutela cautelar e que esta só poderá ser deferida se estiverem presentes os seus requisitos: *fumus boni iuris e periculum in mora* (NERY JÚNIOR, 2003).

O deferimento da medida antecipatória como medida cautelar implica que se processe a ação cautelar incidental ao processo principal, assegurando-se ao demandado o contraditório, com produção de prova e sentença (SILVA, 2005).

Baggio (2003) afirma que vários autores concordam que o magistrado deve ordenar o prosseguimento da pretensão acautelatória, com base no Livro III do CPC, que regula o processo cautelar e que é providencial a determinação de emenda à petição inicial para que o autor regularize o prosseguimento do feito. É necessário, também, que



os autos sejam apartados e sua instrução deve seguir as demais condições do processo cautelar autônomo.

Porém, a interpretação literal do referido dispositivo leva a crer que a medida cautelar deve ser concedida, se preenchidos os seus requisitos, e processada nos autos do processo principal. Alvim (2003) ensina que se “resolverá o assunto tal como se resolveria um pedido de antecipação, ou seja, nos próprios autos, no que difere dos procedimentos cautelares”.

A legislação já autorizava a tutela cautelar no processo de conhecimento e de execução em casos restritos e limitados: mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, ações referentes à inconstitucionalidade, ações que tenham por objeto a condenação ao cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer, arresto (art. 653, CPC), o seqüestro de livros, correspondência e bens do devedor (art. 12, § 4º, da Lei de Falências), realização de certos atos que podem resultar graves danos ao executado (art. 588, II, CPC) - levantamento de depósito em dinheiro e outros que importem alienação de domínio - desde que seja efetuada a cautela através de caução idônea requerida e prestada nos autos da execução.

Alvim (2003) destaca que já vinham sendo deferidas medidas de natureza cautelar no bojo do processo principal, a dispensar um novo processo cautelar, em face de sua simplicidade. O autor confirma sua posição e a ilustra com os seguintes exemplos: “requisição de documento comum em poder da outra parte, suspensão temporária de uma licitação, reserva de matrícula numa instituição de ensino”, etc.

Figueira Júnior (2001) defende posição intermediária, sustentando que a solução no próprio processo principal, exceto em diversas situações arroladas em que não se aconselha a concessão da tutela cautelar incidental. Essas situações referem-se às determinadas possibilidades de que a fungibilidade venha a causar prejuízos ou verdadeiro tumulto processual. Essas situações são:

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



- f) Durante a fase decisória;
- g) Após a publicação da sentença.

Figueira Júnior (2001) acrescenta, também, outras situações, onde a “auspiciosa fungibilidade dos pedidos significar complicações de ordem processual ou procedimental, capazes de ensejar tumultos ao trâmite regular do processo”, deverá o juiz determinar que o pedido cautelar seja apartado e instruído em processo autônomo.

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

O juiz determinando desentranhar o pedido e apensá-lo aos autos com nova numeração, ordenando a emenda à petição inicial para o fim de instrução do processo cautelar, com contraditório próprio, dilação probatória, sentença, recurso próprio, etc., parece que permanece assegurado o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa. Entretanto, onera-se as partes em honorários sucumbenciais e despesas processuais, submete-se os servidores do Poder Judiciário à elaboração de expedientes e a zelar pelo processamento do feito, enfim, aumenta-se a burocracia e os problemas práticos ocasionados pelo acúmulo de serviço. Também significa mais trabalho para os magistrados que deverão instruir outro feito e julgá-lo ao final, salvo se resolverem, como usualmente ocorre após a apreciação do pedido cautelar, suspender o processo para julgamento conjunto com o principal. Isso sem falar no argumento ambientalista que observa o “consumo antiecológico de papel”.

Mesmo assim, importa analisar se a opção pela hipótese que defere o pedido nos autos do próprio processo principal a dispensar a instrução de outro autônomo, também assegura o contraditório e a ampla defesa, sendo que, salvo melhor juízo e outras situações ainda não visualizadas, é a opção mais prática para efetivar a prestação jurisdicional.

Baggio (2003) diz que esse problema parece não ter solução e destaca que não se pode esquecer o que ocorre com as ações possessórias, em que se processa normalmente, sendo ou não adiantado o bem da vida em questão. E questiona: “Se



podemos antecipar, por que não poderemos acautelar? Qual é a dificuldade em seguir os mesmos caminhos das possessórias que até hoje funcionam perfeitamente?”.

Na realidade, não se trata de criação de um novo procedimento, apenas de seguir a adaptação proposta para o processamento do pedido que requer a antecipação de tutela.

O prazo para que o requerido manifeste-se sobre o pedido de antecipação de tutela é discutido. Alguns autores sugerem o prazo de 05 (cinco) dias (do art. 185, CPC) outros sugerem, por analogia, 72 (setenta e duas) horas (Lei nº 8.437/92, art. 2º). Neste trabalho, considera-se mais adequado o prazo de 05 (cinco) dias.

Quando for necessária a comprovação da situação fática urgente indispensável à concessão da medida antecipatória, o juiz poderá deferir providências instrutórias, convocando, inclusive, audiência de justificação prévia, como prevê a lei para outras hipóteses (art. 804, CPC – processo cautelar; art. 928, CPC – ações possessórias; art. 1.050, § 1º, CPC – embargos de terceiro; Lei nº 7.347/85 – ação civil pública; e Lei nº 8.078/90 – ações de defesa do consumidor).

Se a legislação permite instruir o pedido de antecipação de antecipação sem ser necessária a instauração de processo próprio, parece viável que simples medida cautelar seja apreciada e instruída também sem a necessidade de outro processo. Então, vale a máxima: “quem pode o mais, tem de poder o menos”.

Também não se pode deixar de considerar que o sistema processual vigente possibilita a produção de provas de ofício pelo magistrado, isto é, o juiz, em seu critério de ponderação e valorização dos direitos envolvidos na situação de urgência, pode determinar o depoimento pessoal das partes (art. 342, CPC), a oitiva de testemunhas (art. 418, CPC), prova pericial (arts. 420 e 437, CPC) por exemplo. Tudo isso sem esquecer a possibilidade de exigência de contracautela (art. 804, CPC), e do poder geral de cautela (art. 798, CPC).

Concedida a medida, com ou sem audiência de justificação, o prejudicado poderá utilizar-se do recurso próprio de agravo de instrumento, cabível à espécie, pois trata-se de decisão interlocutória, para ver novamente apreciada a questão, agora pelo órgão *ad quem*, em nome do princípio do duplo grau de jurisdição.

Para o caso de agravo de instrumento, a lei determina que o agravante junte aos autos principais cópia de seu recurso, como condição de sua admissibilidade (art. 526, CPC), momento em que o juiz poderá, se já não o fez, examinar as razões do



prejudicado e, se for o caso, reconsiderar sua decisão. Cabe, aqui, lembrar que a medida proferida não é definitiva, isto é, pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Respeitada posição contrária, parece que o sistema possibilita ao magistrado proferir decisão cautelar, típica ou atípica, no bojo do processo principal, sem a necessidade de instauração de outro processo, salvaguardando o contraditório e a ampla defesa.

Mesmo antes da inovação legal, Tesheiner (2005) já identificava que a melhor solução seria a de reunir as medidas cautelares e as antecipatórias sob o gênero comum de medidas de urgência, ou melhor, medidas de litisregulação.

Almeida (2002) não concorda com a autonomia do processo cautelar. Entende que seja desnecessária a manutenção de “institutos arcaicos”, pois se “o legislador previu, nos mesmos autos, antecipar a própria decisão de mérito da lide, nada obsta que possa o magistrado deferir liminar, apreciada como um simples pedido no processo de conhecimento”.

É comum a suspensão do processo cautelar após a concessão da medida liminar para que o magistrado sentencie simultaneamente ao principal, não ocorrendo contraditório ou dilação probatória, mormente porque as provas a serem produzidas na cautelar autônoma podem ser as mesmas da ação principal.

Acredita-se ser plenamente viável que o juiz receba o pedido cautelar incidental (típico ou não) ao processo principal (de conhecimento ou de execução, esse último conforme o disposto pelo art. 598, CPC, ao prever a aplicação subsidiária das regras que regem o processo de conhecimento) e o aprecie nesta seara, deferindo-o ou não, conforme os requisitos específicos de cada medida, sendo dispensável que um simples pedido de cautela venha a ensejar outro processo autônomo.

Tem-se como medida salutar para garantir o contraditório, que o juiz determine a ouvida do requerido antes de conceder a medida cautelar, em prazo não superior a 05 (cinco) dias (art. 185, CPC), podendo ser diminuído conforme o juízo de conveniência do juiz em razão do grau de complexidade da causa e da urgência em promover a medida. A manifestação do réu pode ser suprimida nos casos em que a urgência da situação ou a ciência do réu possam frustrar a efetividade da jurisdição.

A concessão da medida cautelar incidental ao processo principal obedece aos mesmos procedimentos referentes à instrução do pedido de antecipação de tutela, exceto



que a medida cautelar poderá ser concedida de ofício ao contrário do que ocorre com a antecipação.

Para as medidas urgentes de maior complexidade, Talamini (2003) sugere a “autuação apartada dos termos que documentem a efetivação da medida de urgência para atenuar os transtornos ao procedimento relativo à tutela principal”. O autor ressalva que os autos próprios não corresponderiam, entretanto, a processo autônomo.

De acordo com Baggio (2003), “dessas conclusões, cabe atender para um de seus reflexos: a possibilidade da cumulação de pedidos cautelares e de conhecimento, que já vinha sendo flexibilizada pela jurisprudência e que, agora, com esse novo dispositivo, forçará o novo exame de nossos manuais e apostilas”.

Assis (2001) identificou que “quaisquer que sejam as situações cautelandas, trazidas pelo autor à apreciação judicial, ainda que importem providências em princípio incompatíveis, tudo se presume irrelevante em virtude do caso de periclitación dos supostos direitos, objeto da demanda cautelar”.

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

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

2.2.2 Antecipação de Tutela Requerida como Medida Cautelar

A aceitação, ou não, da fungibilidade na hipótese inversa, ou seja, o deferimento de antecipação de tutela requerida como medida cautelar é outro ponto bastante polêmico, pois a lei não expressou claramente o limite da fungibilidade, não determinou se poderia ou não.



Segundo Baggio (2003), a corrente liderada por Dinamarco e Wambier está mais preocupada com a efetividade do processo e com a instrumentalidade de suas formas do que com a preservação do apego ao formalismo, admitindo, então, a hipótese inversa, sendo a fungibilidade entre as medidas de urgência de via de mão dupla.

Deve-se lembrar que razões de ordem formal não podem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada ou a final (WAMBIER, 2008).

Salienta-se, também, que as duas tutelas fazem parte de um único gênero (das tutelas de urgência) e, no caso do juiz se ater ao rigor técnico classificatório, corre-se o risco de indeferir medida de urgência apenas por causa de uma questão de ordem formal, prejudicando o litigante da efetividade do processo. “Dessa forma, formular um pedido de natureza cautelar em desacordo com o procedimento eleito pela lei processual não passa de mero equívoco formal ou procedimental” (THEODORO JÚNIOR, 2004). A regulamentação separada da tutela antecipada não veio para o CPC para restringir a tutela de urgência, e sim para ampliá-la, de modo a proporcionar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave se torne irremediável e se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz dessa tutela.

Por via contrária lógica e pelo mesmo princípio teleológico, é possível o deferimento de medida antecipatória requerida equivocadamente como cautelar (WAMBIER, 2008).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, parece não haver motivos para maiores discussões em 2003, o Ministro Moreira Alves, em julgamento de cautelar inominada que objetivava a concessão de efeito suspensivo às decisões das instâncias inferiores desfavoráveis, entendeu que o verdadeiro desiderato dessa ação cautelar era a obtenção de tutela antecipada em recurso extraordinário. Nas razões de seu voto consignou que excepcionalmente se admite a tutela antecipada em recurso extraordinário, desde que preenchidos os requisitos do art. 273, CPC, o que não ocorreu no caso. Mesmo assim, importa dizer que não houve qualquer óbice a impedir a apreciação do requerimento, sendo aplicada diretamente e sem qualquer justificativa a fungibilidade entre as tutelas de urgência.

A fungibilidade entre as tutelas de urgência tem sido admitida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no caso de atribuição de efeito suspensivo à ação



rescisória, em duas diferentes oportunidades: uma de antecipação e outra de medida cautelar.

Abaixo pode-se visualizar a decisão do RESP nº **351766/SP** (BRASIL, 2002):

Ementa

[...]

- Cabe medida cautelar em ação rescisória para atribuição de efeito suspensivo à sentença rescindenda.

- Se o autor, a título de antecipação de tutela requer providência de natureza cautelar, pode o juiz, presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental no processo ajuizado, em atendimento ao princípio da economia processual.

- Não há o *fumus boni iuris*, requisito da suspensão da execução da sentença rescindenda, se a ação rescisória se funda em ofensa a literal disposição de lei e a sentença se baseou em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.

Com a vigência do §7º do art. 273, CPC, a 3ª Turma do STJ manteve o entendimento antes esposado e admitiu a fungibilidade entre as tutelas de urgência, no caso, a hipótese inversa. Esse posicionamento pode ser visto na MC **6206 / SP** (BRASIL, 2002).

Também o Egrégio TJRS já amparou a fungibilidade da via inversa em muitas decisões. Abaixo, destacam-se uma dessas decisões (BRASIL, 2005):

SUSTAÇÃO DE PROTESTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MEDIDA CAUTELAR. TUTELA DE URGÊNCIA. FUNGIBILIDADE. O § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil contém regra de **fungibilidade** processual recíproca das tutelas de urgência. Ausência de consenso na doutrina e na jurisprudência acerca da natureza jurídica da pretensão de sustação de protesto. Cabimento da **tutela** de urgência seja em sede de cautelar, seja na modalidade de **antecipação** de **tutela**. Agravo de instrumento provido, de plano.

Assis, em julgamento de Apelação Cível da qual foi Relator, entende da mesma forma aqui exposta sobre a possibilidade da hipótese inversa, desde que se trate de medida inominada. Assim restou consignado em seu voto (BAGGIO, 2003):

No caso, pouco importa a natureza da medida pleiteada. Na verdade, como a distinção entre medida cautelar e medida satisfativa é tênue, resultando do consenso dos doutos que muito divergem a respeito, tratando-se de medida inominada, afeta aos regimes dos artigos 798 e 273, respectivamente, do Cód. de Proc. Civil, urge admitir a chamada fungibilidade de meios. Em outras palavras, é lícito pleitear simples medida cautelar, ainda que não por via autônoma, mas incidentalmente, ou veicular autonomamente medida antecipatória.



A fungibilidade na hipótese em que a parte requer, em processo autônomo, medida antecipatória, mesmo já presente outro processo, dito principal, parece mais simples do que aquela requerida de forma preparatória.

Na primeira, identificado o caráter satisfativo/antecipatório do requerimento, o magistrado recebe a ação “cautelar” como mera petição, determinando sua juntada aos autos principais. Então, passe a analisar os requisitos necessários para o deferimento da medida. Tal procedimento afasta o formalismo de extinguir a ação cautelar incidental e, ao mesmo tempo, preserva o princípio da racionalidade e da economia processual, pois não prossegue com o normal andamento do processo cautelar.

Na outra hipótese, onde o autor pleiteia medida satisfativa em caráter preparatório. De acordo com Dinamarco (2002) a medida trata de verdadeira tutela antecipada, pois não existe a garantia do resultado do processo, e sim das pessoas e do seu patrimônio. Porém, essa demanda vem sendo ajuizada e deferida em caráter antecedente, sendo curiosa “a crença de que, rotulando de cautelar o que cautelar não é, se possa chegar a resultados que seriam impossíveis se o rótulo fosse outro”.

Dinamarco (2002) sugere uma interpretação teleológica e sistemática do disposto no art. 796 do CPC que permite a propositura de ação cautelar preparatória, para se chegar ao resultado imperativo da garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa. Essa interpretação de que fala o jurista é o germe do chamado Regime Jurídico Único das Tutelas de Urgência. Essa providência também é justificada para os casos em que o autor, em razão de urgência, ainda não possua todos os elementos para instruir a demanda principal, mas tenha os suficientes para comprovar o juízo de verossimilhança.

Ao tempo da edição do CPC, em 1973, não se percebia com nitidez a diferença entre as medidas de urgência de natureza cautelar e de natureza satisfativa.

Nesses casos, o juiz pode receber a ação cautelar preparatória e apreciar o pedido liminar, com o cuidado de o fazer com base nos pressupostos de antecipação de tutela. Então, pode determinar a conversão para o rito comum (ordinário ou sumário), intimando o autor para que promova as devidas adaptações.

Nery Júnior (2003) defende que o juiz deve dar oportunidade ao autor para que faça as adaptações necessárias no seu requerimento, inclusive para que a comprovação da existência dos requisitos legais, necessários à antecipação de tutela. O que realmente interessa, e não se trata de questão de ordem formal, pois se a situação cautelanda está



descrita, mediante dados que definem as situações de perigo e os interesses plausíveis, evidenciando necessidade de medida urgente, a demanda já se apresenta apta a merecer o exame dessa lide.

Acredita-se que a tutela de urgência não deve ser restringida, deve, sim, ser interpretada de forma extensiva, de forma a possibilitar o alcance dos princípios constitucionalmente consagrados, como a garantia do acesso à ordem jurídica justa e à prestação efetiva, adequada e tempestiva da jurisdição constitucional.

Nery Júnior (2003) é favorável à aplicação do princípio da fungibilidade, também, na hipótese inversa, ou seja, nos casos em que o autor ajuíze ação cautelar incidental, mas que o juiz verifique ser casos de tutela antecipada, devendo transformar os pedidos cautelares em pedidos de tutela antecipada. Porém, destaca a maior rigidez dos requisitos da antecipação de tutela em relação aos da cautelar, e que o juiz deve, ao receber o pedido, dar a oportunidade para o requerente adaptar o seu requerimento, inclusive para que possa demonstrar e comprovar a existência dos requisitos legais para a obtenção da tutela antecipada.

Alvim (2003) lidera os juristas que entendem ser inviável a chamada hipótese inversa, sendo a fungibilidade “via de uma mão só” e afirma que a lei não autorizou esse procedimento, pois ela prevê somente a fungibilidade no caso da parte requerer inadequadamente providência cautelar sob a veste de antecipação de tutela, nos próprios autos do processo principal e desde que preenchidos os respectivos requisitos. Se estaria concedendo o mais, tendo sido pedido o menos, estaria-se concedendo além do pedido.

Para o autor, os requisitos da tutela antecipada necessitam de grau maior de densidade do que os da tutela cautelar e esses requisitos são ontologicamente e fundamentalmente os mesmos, mas que a verossimilhança necessária para a antecipação de tutela requer grau mais intenso, maior certeza sobre o direito do que o *fumus boni juris* da tutela cautelar.

Figueira Júnior (2001) também não admite essa hipótese, argumentando que a suposta omissão legislativa foi proposital.

CONCLUSÃO

Pôde-se perceber, através da realização desse trabalho, que parte da doutrina e da jurisprudência entende a distinção total entre a antecipação de tutela e a medida



cautelar, enquanto que outra parte salienta as semelhanças entre elas, considerando que se tratam de espécies do gênero tutela de urgência. Devido a essa aproximação entre os dois institutos deveria existir um regime único, calcado, no que couber, no Livro III, do CPC, do Processo Cautelar, porém não precisa ser objeto de processo autônomo, podendo ser concedida no bojo de processo de conhecimento ou de execução.

Como as medidas antecipatória e cautelar não foram suficientemente assimiladas, compreendidas e distinguidas pela doutrina e pela jurisprudência, é preciso atentar para que as imprecisões conceituais não turvem a efetividade dessas tutelas de urgência. É preciso esclarecer que não se pode considerar como “erro grosseiro” as questões que são objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

O legislador, na 2ª Reforma do CPC, inseriu dois parágrafos ao art. 273, referente à antecipação dos efeitos da tutela, sendo que no §7º, admitiu a concessão de medidas cautelares requeridas incidentalmente ao processo principal, desde que respeitados os requisitos dessa medida acautelatória.

O fundamento principal para a fungibilidade entre as tutelas de urgência é que o jurisdicionamento não pode ser prejudicado por questões de ordem formal, principalmente em casos de urgência, seja ela típica ou atípica, ou seja, mesmo se não estiverem preenchidos todos os requisitos do tipo legal, mas demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Por isso, a sua aplicação deve ser ampla, extensiva, sem restrições, autorizando o juiz a conceder medida cautelar requerida como antecipatória, pois “quem pode o mais (antecipar), pode o menos (acautelar)”.

É preciso, na interpretação dos dispositivos de lei, entender que a interpretação jurídica deve ser sistemática, ou seja, deve visualizar o direito como um sistema integrado de normas, onde a Constituição Federal e seus princípios representam o norte orientador.

Dessa forma, a fungibilidade deve ser uma “via de mão dupla”, ou seja, se a parte requerer providência antecipatória via ação cautelar, não há razão para não admitir o pedido, recebido como simples petição, juntada aos autos no pedido principal. Cabe, se necessário, ação satisfativa preparatória, entendida como medida urgente não cautelar e pleiteada antes da propositura da ação principal, ressalva feita àquelas providências com efeitos irreversíveis.

O magistrado deve analisar o pedido e examinar os pressupostos específicos de cada medida, concedendo-a se estes estiverem preenchidos. Não se pode deixar que



questões meramente formais obstem a realização de direitos garantidos pela Constituição Federal, como expressão de uma visão que busca dar celeridade à prestação da tutela jurisdicional, entendido o processo como instrumento, jamais como fim em si mesmo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jansen Fialho. As medidas Cautelares e Antecipatórias na Tutela do Processo de Conhecimento e Seus Efeitos na Face da Lei nº 10.444, de 07.05.2002. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Brasília, p. 22, set./dez. 2002.

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

ASSIS, Araken. **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BAGGIO, Lucas Pereira. **Fungibilidade entre as Medidas Cautelares e Antecipadas no Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: PUC/RS, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória. Tutela antecipatória para conferir efeito suspensivo à sentença rescindenda. REsp 351766/SP, Recurso Especial. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 06 de maio de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=351766&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=2>>. Acesso em: 20 set. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70012253274, Nona Câmara Cível. Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi, 14 de julho de 2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 21 set. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70012561247. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. 18 de agosto de 2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 21 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Antecipação de Tutela. MC 6206/SP, Recurso Especial. Ministro Ari Pargendler. 11 de março de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=6206&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=3>>. Acesso em: 20 set. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Regime Jurídico Das Medidas de Urgência. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, Notadez, ano 49, n. 286, p. 13-14, ago. 2001.



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

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**, suplemento de atualização; SILVA; Ovídio A. Baptista (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Volume 17.

LOPES, João Batista. Anotações sobre a reforma do Código de Processo Civil – (segunda fase). **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Síntese, ano III, n. 17, p. 81-143, mai./jun. 2002.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Refletindo sobre a Antecipação dos Efeitos da Tutela. **Site do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria, RS. p. 15. Disponível em: http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-civil/mezzomo_antefutela.htm Acesso em: 04 set. 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Ermani Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. (v. 1)

TALAMINI, Eduardo. Medidas Urgentes (“Cautelares” e “Antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de rota para um Regime Jurídico Único. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**. São Paulo: Dialética, n. 2, p. 27, mai. 2003.

TESHEINER, José Maria da Rosa. **Fungibilidade das Medidas Cautelares e Antecipatórias (Lei nº 10.444/2002)**. p. 01. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/41de021102/fungibilidadedasmedidascautelareseantecipatorias.htm>>. Acesso em: 03 ago. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TIMBÓ, Bruna. A fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar – mão dupla. **DireitoNet**, São Paulo, 14 fev. 2005. p. 01-02. Disponível em: <http://direitonet.com.br/artigos/x/19/18/1918/>. Acesso em: 04 set. 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Curso Avançado de Processo Civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (v. 1)