



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Aplicação do Princípio da Fungibilidade nas Tutelas de Urgência

Sérgio Carlesso

Rio de Janeiro
2009

SÉRGIO CARLESSO

A Aplicação do Princípio da Fungibilidade nas Tutelas de Urgência

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof. Marcelo P. de Almeida
Prof^ª Mônica Areal etc.

Rio de Janeiro

2009

A Aplicação do Princípio da Fungibilidade nas Tutelas de Urgência

Sérgio Carlesso

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo: O § 7º do art.273 do Código de Processo Civil Brasileiro estabeleceu a fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar, espécies do gênero tutelas de urgência, que vem gerando divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu alcance. A fungibilidade processual recíproca entre medidas cautelares e tutelas antecipatórias mostra-se como um instrumento eficiente para a aplicação das tutelas de urgências, a fim de imprimir maior celeridade na prestação jurisdicional.

Palavras-chaves: Princípio, Fungibilidade, Tutelas de urgência, Tutela Cautelar e Tutela antecipada.

Sumário: Introdução. 1.Evolução do Instituto das Tutelas de Urgências. 2. Tutela Cautelar. 3. Tutela Antecipada. 4. Princípio da Fungibilidade. 5. Princípio da Fungibilidade nas Tutelas de Urgência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho, ora proposto, enfoca as alterações introduzidas por meio da Lei nº. 10.444/2002, que acrescentou o § 7º ao art.273 do Código de Processo Civil brasileiro, o qual estabeleceu a fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar, espécies do gênero “tutelas de urgência”. Entretanto, esse dispositivo legal vem gerando divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu alcance.

A questão é atual e importante, pois envolve não apenas regras procedimentais imprescindíveis à boa marcha do processo, como está diretamente relacionada com os aspectos constitucionais, atinentes à efetividade da prestação jurisdicional.

Busca-se despertar a atenção para a relevância do assunto, pois além de ser muito controvertido, ainda não atingiu o satisfatório estágio de conhecimento e importância no meio jurídico.

Neste trabalho, objetiva-se demonstrar que a fungibilidade processual recíproca entre medidas cautelares e tutelas antecipatórias mostra-se como um instrumento eficiente para a aplicação das tutelas de urgências, a fim de imprimir maior celeridade na prestação jurisdicional, em que pesem as controvérsias sobre o assunto.

A questão norteadora do presente trabalho baseia-se no fato de o legislador referir-se somente à possibilidade de substituição da tutela antecipada por cautelar. Será que a fungibilidade opera nas duas direções, mão dupla, isto é, se requerida tutela cautelar quando caberia a tutela antecipada, o juiz poderia, igualmente, vir a conceder a tutela antecipada? Deverá, em tal hipótese, observar o procedimento da tutela antecipada e não processar essa medida cautelar em separado? Será que o legislador teria dito menos do que desejava dizer?

A metodologia será pautada na pesquisa qualitativa, bibliográfica e a coleta e análise da jurisprudência que seja pertinente ao assunto, tendo em vista ser um tema muito controvertido no mundo jurídico.

É hora de racionalizar os expedientes processuais, a fim de dar cumprimento ao já consagrado princípio constitucional da efetividade da prestação jurisdicional, segundo o qual, conforme a célebre fórmula chiovendiana, o processo deve dar a quem tem razão tudo aquilo e exatamente aquilo a que ele tem direito de conseguir com o mínimo dispêndio de tempo e energia.

1.0 – EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIAS

A morosidade da prestação jurisdicional do Estado é uma das mais conhecidas e repetidas assertivas de todo cidadão que busca o Poder Judiciário para a solução de um conflito de interesses, buscando um direito de que se julgue merecedor. Esta demora bem como os graves efeitos do tempo sempre foram obstáculos para uma justiça eficaz e ágil e uma das maiores preocupações que afligem juristas e legisladores. Daí a importância do estudo das medidas processuais cautelares e de antecipação de tutela, as quais visam impedir que estes efeitos maléficis do tempo venham frustrar a prestação jurisdicional.

Segundo Theodoro Júnior (1999), a demora dos ritos processuais bem como sua excessiva formalidade leva, não raramente, o potencial autor a buscar à autocomposição do litígio por via extrajudicial, à desistência ou até mesmo a renúncia de seus direitos qualificados por uma pretensão resistida, desafogando, indubitavelmente, o Poder

Judiciário, mas gerando um misto de rancor e descrédito na pessoa que procurou na justiça estatal a satisfação de seu potencial direito.

Cabe ressaltar que a referida demora denota uma situação de verdadeira injustiça, pois na maioria das vezes, aniquila o próprio direito das partes que perece no curso da relação processual. Neste sentido, assevera Theodoro Júnior (1999, p.83): “A demora na resposta jurisdicional muitas vezes invalida toda eficácia prática da tutela e quase sempre representa uma grave injustiça para quem depende da justiça estatal”.

Neste contexto é que se torna de extrema importância à implementação de mecanismos processuais como as medidas antecipatórias que aceleram a prestação jurisdicional e asseguram a efetividade do processo de conhecimento ou execução de modo a impedir que a prestação jurisdicional se torne inócua pelo decurso do tempo, como o instituto da tutela antecipada e cautelar, respectivamente.

O primeiro instituto voltado a amenizar potenciais prejuízos decorrentes do excessivo tempo para a resposta da prestação jurisdicional foi a ação cautelar, cujo procedimento veio previsto no Código de Processo Civil de 1973. Além de se tratar de modalidade nova de processo em nossa legislação, examinando o direito comparado, não se pode tomar como parâmetro de aprendizado a sistemática alienígena, porque o pioneirismo da tutela cautelar como processo autônomo é brasileiro, o qual intencionou reconhecer sua plena individualidade, seja em relação ao processo de conhecimento, seja em relação ao processo de execução, consoante entendimento de Theodoro Júnior (1999).

Segundo Bedaque (2003), o objetivo da tutela cautelar é assegurar a eficácia do processo principal que busca o bem da vida, seja processo de conhecimento ou execução, garantindo-lhe a efetividade do resultado, de modo a impedir que a prestação jurisdicional se torne inútil pela demora da prestação jurisdicional. Desta forma, não

pode ser utilizada com a finalidade de antecipar o provimento definitivo de mérito a ser obtido na ação de conhecimento ou a satisfação de seu direito na ação de execução.

As características fundamentais dessa modalidade de tutela são a instrumentalidade, a provisoriedade e a sumariedade. Guarda com a tutela final relação de subordinação instrumental, pois visa a preservar sua efetividade, assegurando um resultado útil e eficaz da decisão a ser proferida no processo principal. Por isso é provisória ou interina, ou seja, deixa de existir se o direito, para cuja proteção foi admitida, não for reconhecido ao final, no provimento definitivo. Tendo em vista a urgência que lhe é inerente, a tutela cautelar se caracteriza pela sumariedade da cognição, conforme afirma Bedaque (2003).

É mister para sua procedência que estejam presentes os pressupostos autorizadores de sua efetivação, quais sejam: *Fumus Boni Iuris* e *Periculum in Mora*. Estando presentes, o juiz é obrigado, se requerido pela parte, conceder a medida cautelar, sem ouvir o réu, *Inaudita Altera Parte*, conforme preconizado no artigo 804 do Código de Processo Civil.

O *fumus boni iuris* é uma locução latina que significa indício, possibilidade da existência de um direito. Da mesma forma que, vulgarmente se diz “onde há fumaça, há fogo”, também o jargão latino consagrou a “fumaça do bom direito”, advertindo aos juízes de que o simples indício da existência de um direito deve ser cuidadosamente observado, a fim de que não ocorram lesões de difícil reparação ou até mesmo, irreparáveis a um interesse legítimo, nas palavras de Bedaque (2003).

Trata-se de uma provável existência de um direito que deve ser protegido no processo principal. A fumaça do bom direito é a plausibilidade, a possibilidade de existência do direito invocado. Na ação cautelar, a cognição é sumária, de forma que o juiz não se pronunciará, em termo de certeza, sobre a existência ou não do direito

alegado. Havendo a demonstração na petição inicial da plausibilidade do direito invocado, faltará apenas a averiguação do segundo requisito, o *periculum in mora*, para que a liminar seja deferida.

O *periculum in mora*, perigo na demora, é uma locução latina que designa uma situação de fato, caracterizada pela iminência de um dano, em face da demora de uma providência que o impeça. Trata-se, portanto, segundo Bedaque (2003), de um fundado receio que enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham ocorrer fatos que prejudiquem a apreciação da ação principal ou frustrem a satisfação de um direito num processo de execução.

Sempre que se verificar um perigo iminente de dano por destruição, desvio, deterioração e perecimento em decorrência da demora no curso do processo principal a ponto de prejudicar a efetividade da prestação jurisdicional presente estará o *periculum in mora*. Cabe ressaltar que a medida cautelar não se presta nunca à antecipação da prestação jurisdicional definitiva, ou seja, não tem caráter satisfativo.

Com a finalidade de amenizar e até mesmo evitar os potenciais prejuízos e danos, alguma vezes irreparáveis, decorrentes da morosidade da prolação da sentença definitiva e visando uma maior efetividade e presteza do processo, o instituto da tutela antecipada foi introduzido no nosso ordenamento jurídico pela Lei nº. 8952, de 13 de dezembro de 1994, que deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, modificando-o totalmente.

Segundo Nery Junior (1996), a tutela antecipada é o ato pelo qual o juiz, ante a prova inequívoca dos fatos articulados pelo autor, na peça exordial, e ante à verossimilhança dos fundamentos jurídicos do pedido, concede o adiantamento da tutela jurisdicional pedida, desde que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou que fique caracterizado, pelo comportamento do réu, o abuso do direito de

defesa ou de seu manifesto propósito procrastinatório, requisitos previstos no artigo 273 do CPC.

Diferentemente da tutela cautelar que exige a ocorrência do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para sua concessão, na tutela antecipada os requisitos são diversos, mais rigorosos, tendo em vista que o provimento antecipatório tem cunho satisfativo e não de mera garantia ou acautelamento.

Consoante Nery Junior (1996), a tutela antecipada, apesar de ter sido criada com essa denominação com a lei supracitada, já existiam em nosso ordenamento jurídico outros instrumentos destinados a antecipar os efeitos da tutela de mérito, como a liminar nos *writs* constitucionais; em ação civil pública; nos embargos de terceiro; na ação de busca e apreensão de menor em poder de terceiros, quando desnecessária a propositura da ação principal; na ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente; nos interditos possessórios, entre outros.

Nery Junior (1996) assevera que antes do advento da tutela antecipada, usava-se, impropriamente, a “cautelar satisfativa” para que o próprio bem da vida pretendido pela parte requerente fosse antecipado, contrariando, desta forma, a própria natureza jurídica da tutela cautelar. Como não havia outra medida eficaz, admitia-se o uso da cautelar como tutela satisfativa e não apenas como assegurativa.

Para Carreira Alvim (1995), a verossimilhança, enquanto probabilidade do direito invocado, é mais que a simples aparência do bom direito, *fumus boni iuris*, necessária para a concessão da tutela cautelar, e menos do que a certeza, indispensável para o julgamento antecipado da lide.

Na mesma época, a antecipação da tutela específica nas obrigações de fazer e não-fazer prevista no artigo 84, parágrafo 3º do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente, estendeu-se a todo processo civil

por meio do artigo 461 do Código Processual Civil, como assevera Carreira Alvim (1995).

A Lei nº. 10.444, de 7 de maio de 2002, acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil que expressamente impõe o princípio da fungibilidade da tutela cautelar e tutela antecipatória ao preconizar 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”.

A medida cautelar e a medida antecipatória são espécies distintas de um mesmo gênero, a tutela de urgência, pois representam providências tomadas antes do fecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco de dano à efetividade do processo, evitando os prejuízos decorrentes da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva, como afirma Gusmão Carneiro (1999).

Ambas as medidas, cautelar e antecipatória, têm em comum a força de quebrar a seqüência normal do procedimento ordinário, ensejando sumariamente provimentos que, em regra, só seriam cabíveis depois da ratificação definitiva do direito invocado pela parte. Todavia, subordinam-se a requisitos específicos para obtenção das providências emergenciais e a procedimentos distintos, além de gerarem resultados diversos.

Segundo Gusmão Carneiro (1999), a alteração do referido artigo atende ao princípio da economia processual, com a adoção da fungibilidade do procedimento, evita que a parte tenha a necessidade de requerer, em um novo processo, medida cautelar adequada ao caso. Essa solução só é possível, evidentemente, porque se trata de medidas antecipatórias ontologicamente iguais.

Após a referida alteração, é possível, sem qualquer objeção doutrinária, a concessão de provimentos cautelares, incidentalmente, no processo de conhecimento. Não há mais a necessidade da instauração de um processo autônomo com o objetivo exclusivo de obtenção de um provimento acautelatório. Destarte, na própria relação jurídica processual de natureza cognitiva, podem ser alcançadas a tutela cautelar e a tutela executiva, consagrando um verdadeiro sincretismo das tutelas jurisdicionais, admitindo-se que se possa falar em utilização de diferentes tutelas num mesmo processo.

O ponto importante desta pesquisa é o fato do legislador referir-se somente à possibilidade de substituição da tutela antecipada por cautelar. Será que a fungibilidade opera nas duas direções, isto é, se requerida tutela cautelar quando caberia a tutela antecipada, o juiz poderia, igualmente, vir a conceder a tutela antecipada? Deverá, em tal hipótese, observar o procedimento da tutela antecipada e não processar essa medida cautelar em separado? Será que o legislador teria dito menos do que desejava dizer?

Realizando uma abordagem das correntes doutrinárias a respeito da possibilidade da utilização da fungibilidade de mão dupla, ou seja, da mesma forma que se utiliza o princípio trocando a antecipação de tutela pela medida cautelar, propõe-se a medida cautelar e obtém-se a tutela antecipada.

Portanto, a interpretação do novel dispositivo vem gerando divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu alcance. A questão é atual e importante, pois envolve não apenas regras procedimentais imprescindíveis à boa marcha do processo, como está diretamente relacionada com aspectos constitucionais, atinentes à efetividade da prestação jurisdicional.

Este trabalho tem como fundamento dar uma pequena contribuição aos operadores do direito, para que se possa fazer uma reflexão sobre esta importante

matéria. Sua relevância baseia-se no fato do assunto, além de ser muito controvertido, não atingiu ainda o satisfatório estágio de conhecimento e importância no meio jurídico.

Segundo Candido Dinamarco (2003), antes de ser introduzido no sistema processual brasileiro, o instituto da antecipação da tutela, havia o uso banalizado da ação cautelar. Sempre que se pretendia obter uma antecipação do provimento final, o advogado ingressava com uma ação cautelar com pedido de liminar e, posteriormente, ajuizava uma outra ação idêntica, chamada de principal, na qual eram discutidas as mesmas questões da ação cautelar que era a acessória.

Esta prática resultava em vários inconvenientes como a dificuldade no manuseio dos dois processos (cautelar e conhecimento), consumo irracional de papel, necessidade de elaboração de expedientes repetidos por parte dos servidores, a ocupação desnecessária de espaço nas estantes dos cartórios, entre outros.

Para Candido Dinamarco (2003), com a introdução do princípio da fungibilidade entre a medida cautelar e a antecipação de tutela, o advogado não terá mais que ingressar com uma ação cautelar, pois, mesmo diante de um mero juízo de probabilidade, *fumus boni iuris*, a liminar poderá ser concedida nos próprios autos da ação principal. Destarte, agora, será preciso desestimular a duplicação de processos quando a matéria poderá ser discutida, com vantagens, em uma só demanda.

2.0 – TUTELA CAUTELAR

O direito processual brasileiro faz clara opção pelo procedimento ordinário de cognição exauriente, a fim de que a decisão do processo fosse fundada no mais alto grau de convencimento, evitando que fosse tutelado quem não possuísse direito. Nas palavras de Zavascki (2000, p.24): “A tutela jurisdicional prometida na constituição é tutela de

cognição exauriente, que persegue juízo o mais aproximado possível da certeza jurídica; é tutela definitiva, cuja imutabilidade confere adequado nível de estabilidade às relações sociais; é, em suma, tutela que privilegia o fator segurança”.

Entretanto, o procedimento ordinário gera uma excessiva demora na resolução de um processo e coloca em risco o direito da parte, que poderá não obter a tutela pretendida em razão do decurso do tempo. Para evitar esta situação, foi criada uma forma de tutela sumária, não definitiva, fundada em juízo de aparência, que pudesse, frente ao reconhecimento de alguma verossimilhança na alegação da parte, afastar o risco iminente de dano irreparável.

Para Zavascki (2000), estas medidas antecipatórias formam o gênero “tutela de urgência” que englobam a espécie de tutela cautelar e tutela antecipada, pois representam providências antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco de dano à efetividade do processo, prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva.

Contra esse tipo de dano, é inoperante o procedimento comum, visto que tem, antes do provimento de mérito, de cumprir o contraditório e propiciar a ampla defesa. Destarte, frente à necessidade premente de oferecer efetividade ao processo e evitar que o procedimento ordinário ponha em risco o direito eventual da parte, o legislador do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 valeu-se do processo cautelar.

Segundo afirma Câmara (2005, p.4): “O processo cautelar é um instrumento por meio do qual se presta uma modalidade de tutela jurisdicional consistente em assegurar a efetividade de um provimento a ser produzido em outro processo, dito principal”.

Ao contrário do que ocorre com os outros dois tipos de processo (cognitivo e executivo), o processo cautelar não satisfaz o direito substancial, mas apenas garante

que o mesmo possa ser realizado em momento posterior, persistindo, assim, uma forma de tutela jurisdicional mediata. Segundo Marinoni (1992), a satisfatividade é um requisito negativo da tutela jurisdicional de índole cautelar.

Consoante preconizado no artigo 796 do CPC, o processo cautelar pode começar antes do processo principal, processo cautelar antecedente ou preparatório, ou no curso dele, processo cautelar incidente. Trata-se, pois de um processo que é um instrumento do instrumento, posto que se apresenta como instrumento de realização de outro processo. Sendo este, por seu turno, instrumento de autuação do direito substancial.

Convém ressaltar que, para Marinoni (1992), a tutela cautelar é uma forma de proteção jurisdicional que, em virtude de uma situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar a simples aparência do direito posto em estado de risco de dano iminente. Protege, portanto o direito e não o processo. Desta forma, a primeira exigência é estabelecer, no caso concreto, qual o interesse jurídico ameaçado de dano iminente, a carecer de proteção cautelar. Para isso, o requerente deve estar em condições de indicar, detalhadamente, em sua petição inicial qual o interesse protegido pela medida.

Assim, temos que o nosso Código tinha como cautelar qualquer tutela urgente provisória, que poderia ser deferida a requerimento da parte ou de ofício sempre que “houver fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, conforme redação do artigo 798 do CPC brasileiro.

As ações teriam procedimento ordinário em regra, e, caso houvesse a necessidade de alguma parte buscar proteger direito exposto a risco de dano irreparável, poderiam requerer tal tutela, por via de processo cautelar preparatório ou incidental. O processo cautelar teria seu procedimento mais célere, regulado pelo Livro III do Código,

com o prazo de contestação de cinco dias na forma do artigo 802, provas especificadas previamente na petição inicial e na contestação de acordo com os artigos 801 e 802, como assevera Figueira Junior (2002).

Pelas razões expostas, na praxe forense, viu-se criar um número imenso de cautelares inominadas e cautelares satisfativas, a fim de proteger ou satisfazer desde logo direitos sujeitos a risco de dano irreparável. O que de fato gerava dúvida aos operadores do direito era a possibilidade do processo cautelar antecipar a tutela de mérito. Essa prática era legitimada por uma suposta omissão no sistema processual, que não teria previsto a concessão de medidas litisreguladoras diversas das cautelares, exceto nos casos especificamente previstos em lei.

Muito embora houvesse vozes mais comedidas, afirmando não ser possível tal antecipação, há doutrina de qualidade afirmando sua possibilidade como, por exemplo, Galeno Lacerda (1998), o qual menciona que no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas para evitar dano à parte poderia o juiz inclusive antecipar provisoriamente a própria prestação jurisdicional objeto da ação de conhecimento, espécie de cautela essa que, em seu entender, está compreendida na finalidade do processo cautelar que consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento e de execução.

Com a reforma processual de 1994, ocorreu uma mudança significativa ao dar uma nova redação ao artigo 273 do CPC, sendo inserida em nosso sistema a antecipação de tutela através da Lei 8.952/94.

Nas palavras de Zavascki (2000, p.44): "O que se operou, inquestionavelmente, foi a purificação do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito sem satisfazê-lo".

As chamadas cautelares satisfativas passam a ficar distante da boa técnica jurídica, ou se trata de cautela e não satisfaz, ou é medida satisfativa e não pertence ao universo das cautelas.

A diferença entre tutela cautelar e antecipação de tutela é, em síntese, o fato de na primeira se buscarem medidas para se assegurar que o processo principal (que busca o bem da vida) não tenha um resultado frustrado, inútil ou inócuo; enquanto que, na segunda, o que se quer é, justamente, o bem da vida pleiteado no processo satisfativo, só que, antecipadamente, baseado em determinada situação fática que assim autoriza. Assim, temos que o arresto constitui medida cautelar, pois visa mera assegurar de futura execução, enquanto que os alimentos provisionais, muito embora encontre seu fulcro no capítulo destinado às cautelares no artigo 852, mostra-se como medida de antecipação de tutela, pois se trata de execução imediata da pretensão final.

Para Assis (2000), o procedimento do processo cautelar permaneceu inalterado, enquanto que a antecipação de tutela foi remetida para o Livro do processo de conhecimento, devendo tal tutela, a partir de então, ser deferida nos próprios autos da ação principal, mantendo ambas a possibilidade de seu deferimento de forma liminar.

Rigorosamente, para Wambier (2002), liminar é só o provimento que se emite *inaudita altera parte*, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação. Não é outra a constatação que se extrai dos próprios textos legais, que em numerosas passagens autorizam o juiz a decidir liminarmente ou após justificção. Assim, formulada alternativamente, a proposição já sugere que, na segunda hipótese, não se trata de liminar, pelo menos em sentido estrito.

Deve ser salientado também que ambas possuem a necessidade da aparência do bom direito para seu deferimento (característica mais intensa nas antecipações de tutela frente ao seu caráter satisfativo) e, em regra geral, a urgência.

Depois da reforma de 1994, com a introdução da antecipação de tutela, nossa doutrina passou a buscar a desgastante diferenciação entre esta e a tutela cautelar. Refere-se como desgastante diferenciação, pois conforme se verifica na doutrina, diversos são os autores que apontam tal dificuldade, como, por exemplo, Barbosa Moreira (2004, p.104): "Não fica excluída a possibilidade de depararmos hipóteses situadas numa "zona cinzenta", ou faixa de fronteira, onde se torna difícil saber com precisão em que território se está pisando".

É oportuno mencionar que se encontra em tramitação um anteprojeto de um novo Código de Processo Civil, onde há previsão da extinção do livro III (Do Processo Cautelar), sendo que as tutelas de cognição, execução e de urgência constarão das disposições gerais do livro I (Parte Geral) do novo CPC.

3.0 – TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada, apesar de ter sido criada com esta denominação em 1994 com a introdução do artigo 273 do código de processo civil, já existia em nosso ordenamento jurídico, muitas vezes com natureza diversa da atual, mas sempre procurando antecipar os efeitos da sentença, já que se a pretensão for satisfeita urgentemente, de nada adiantará esperar o resultado do processo, pois mesmo que seu direito fosse reconhecido, ele não mais poderá ser exercido.

Outra situação em que a tutela antecipada é cabível ocorre quando o réu sabendo que o autor terá seu direito confirmado, resiste ao processo só para protelar a decisão judicial causando sérios prejuízos ao autor.

Theodoro Junior esclarece a diferença entre pedido mediato e pedido imediato (1999, p.55): "O pedido que o autor formula ao propor a ação é dúplice: 1º, o pedido

imediate, contra o Estado, que se refere a tutela jurisdicional; e 2º, o pedido mediate, contra o réu, que se refere à providência de direito material”. Em outras palavras, o provimento tem relação com o direito processual, é a resposta jurisdicional ao pedido do autor; e a tutela tem relação com o direito material, é o bem da vida que o autor visa obter com a prestação jurisdicional.

Sendo assim, para Theodoro Junior (2000), a tutela somente é obtida após o provimento, que é o meio, instrumento para se alcançar a tutela. Portanto, com o instituto da tutela antecipada, visa-se antecipar os efeitos da tutela e não do provimento, ou seja, antecipar os efeitos concretos do pedido mediate do autor.

A tutela antecipada pode ser requerida pela parte, na petição inicial, desde que presentes os requisitos; após a contestação, durante o processo e até mesmo em grau de recurso, já que não existe na lei nenhuma limitação para concessão da tutela quando houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, hipótese do inciso I do artigo 273 do Código Processual Civil.

Outro ponto importante, é que o juiz, mediante requerimento da parte, pode conceder a antecipação da tutela a qualquer tempo, até mesmo *inaudita altera parte*, ou seja, antes da entrada do réu no processo. Tal medida se justifica, porque muitas vezes a urgência não permite que se espere pela citação e contestação do réu, podendo tornar ineficaz a antecipação.

Cabe ressaltar, que, entre outros, para Ferreira (2000) a liminar antecipatória jamais pode assumir o efeito exauriente da tutela jurisdicional. Destarte, o processo forçosamente terá de prosseguir até o julgamento final do mérito conforme previsto no parágrafo 5º do supracitado artigo. A improcedência do pedido na sentença de mérito trará, como consequência, a revogação da antecipação concedida.

Se o juiz não conceder a tutela de plano, poderá marcar audiência de justificação prévia, mandando citar o réu. Ferreira (2000) entende que esta audiência poderá ser marcada também para permitir ao requerente da tutela antecipada a produção de prova testemunhal, já que não há nenhuma restrição à comprovação dos requisitos da prova inequívoca e verossimilhança apenas às provas documentais.

Já na hipótese do inciso II do artigo 273, onde se pressupõe um abuso de direito ou propósito protelatório do réu, o momento de requerimento e a concessão é controvertido na doutrina. Uma corrente diz que somente pode ocorrer após a resposta do réu. Entretanto, outra corrente entende que a antecipação, nesta hipótese, poderia ocorrer antes da citação e da resposta do réu.

Na decisão de antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento, conforme preconizado no parágrafo 1º do referido artigo. Esta decisão, por ser interlocutória, está sujeita ao recurso de agravo.

Com o instituto da tutela antecipada, procura-se concretizar os princípios da efetividade, tempestividade, instrumentalidade, acesso à justiça, isonomia processual e acima de tudo, alcançar a tão almejada justiça. Na visão de Mallet (1998), esta tutela é o instrumento para permitir a busca do equilíbrio entre a necessidade de rapidez e a perfeição da tutela jurisdicional.

A tutela antecipada guarda alguns pontos de semelhança com a cautelar. Em razão da provisoriedade e do fato de ambas fundarem-se na cognição sumária, além da semelhança de pressupostos.

4.0 – PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

Segundo o dicionário, *fungível* significa “que se gasta”, “que se consome com o primeiro uso”. O termo fungibilidade não reflete com exatidão o conteúdo do princípio que foi destinado a rotular, acrescentando que se poderia falar, talvez, nas palavras de Teixeira Filho (1995, p.120), em princípio da conversão, ou da conversibilidade, “...pois o verbo converter sugere a idéia de transformar, de transmutar – fato que em verdade ocorre quando o juiz conhece de um recurso por outro, justamente porque, de certa maneira, converteu o errôneo em adequado”.

Vejam-se os termos do artigo 244 do CPC: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato, se realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. No mesmo sentido, o artigo 154 do CPC: “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencheram a finalidade essencial”.

Diante disso, Teixeira Filho (1995) entende que é possível aos tribunais corrigirem o engano na interposição de um recurso por outro, desde que haja dúvida objetiva sobre a espécie de recurso a ser interposto e não labore a parte com erro grosseiro ou má-fé. Para elucidar ainda mais, pode-se citar como exemplo: No processo do trabalho se ocorrer de a parte interpor, digamos o recurso de agravo de petição, quando o correto seria o ordinário, deverá o juízo de admissibilidade *a quo*, e por igual o *ad quem*, conhecer do recurso errôneo, agravo de petição, como se o legalmente adequado fosse, ordinário, dado que, longe de estar fazendo um favor ao recorrente, o que lhe é defeso pelas regras de equanimidade processual, estará, sim, respeitando os princípios da simplicidade e da instrumentalidade das formas que, por sua vez, dá ao conteúdo a fungibilidade, ressalvados, porém, os erros grosseiros e má-fé do requerente.

5.0 – PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

A partir de 2002, com a Lei 10.444/02, e a conseqüente introdução do parágrafo 7º ao artigo 273, a doutrina passou a aceitar a fungibilidade das tutelas urgentes. Porém, tal dispositivo não recebeu interpretação uniforme pela doutrina e nos tribunais, o que será motivo de análise pelo presente trabalho.

O parágrafo supracitado, ao disciplinar, expressamente, a necessidade de dotar a tutela de urgências de um mecanismo de fungibilidade, atendeu a reclamos que já vinham sendo formulados há algum tempo pela boa doutrina. Trouxe ao nosso sistema o fenômeno chamado sincretismo processual.

O sincretismo mostra-se como uma tendência do direito processual em combinação de fórmulas e procedimentos na busca de uma simplificação e efetividade ao processo. Assim, existe a quebra com o modelo clássico de rígida divisão de processos, conhecimento, execução e cautelar, sendo autorizado que em uma mesma relação jurídica possa a parte valer-se de todos eles. Nas palavras de Figueira Júnior (2002, p.40): "Em síntese, o parágrafo 7º do artigo 273 do CPC permite ao Juiz conhecer, acautelar e executar, que é efetivar providência de natureza satisfativa, no mesmo processo".

Assim, a partir de então, ficaram autorizadas que medidas cautelares sejam requeridas dentro do processo de conhecimento, sem a necessidade de a parte ter de ajuizar novo processo para mera asseguaração. Tal dispositivo veio humanizar o processo, pois evita que as partes e o juiz tenham que buscar a nem sempre clara distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar.

Ao mesmo tempo, para Assis (2000), ocorre razoável simplificação de procedimento, tendo em vista que os pedidos se concentrarão em uma mesma relação

processual, deixando a parte de observar autos distintos com procedimentos diferentes, além de se obter uma sensível economia em atos, pois, não haverá a necessidade de diversas citações, por exemplo.

Decerto não se pode negar a diferença essencial, no regime jurídico processual brasileiro, entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória. Cada uma, evidentemente, como visto anteriormente, exerce uma função distinta. No entanto, segundo Assis (2000), ambas as tutelas integram a um só gênero, o das tutelas de urgência, concebidas para conjurar o perigo de dano pela demora do processo, e, em muitos casos haverá certa dificuldade em descobrir, com rigor, a qual das duas espécies pertence a providência que, no caso concreto, se vai adotar para contornar o *periculum in mora*.

É reiterado o entendimento jurisprudencial de que não é pelo rótulo, mas pelo pedido de tutela formulado, que se deve admitir ou não seu processamento em juízo; assim como é pacífico que não se anula procedimento algum simplesmente por escolha errônea de forma. Para ater-se ao rigor técnico classificatório, o juiz pode correr o risco de denegar a tutela de urgência somente por uma questão formal, deixando assim o litigante privado da efetividade do processo, preocupação tão cara à ciência do direito processual contemporâneo.

É notório salientar, que tanto na tutela cautelar como na antecipatória, a parte pede uma providência urgente para fugir das conseqüências indesejáveis do perigo de dano enquanto pende o processo de solução de mérito. E o que distingue o procedimento de um e outro pedido de tutela de urgência é a circunstância formal de que o pedido cautelar deve ser processado à parte do feito principal enquanto o pedido antecipatório se dá dentro do próprio processo de mérito.

Sobre o assunto, Assis (2000) assevera que nas hipóteses em que não se nota a presença de má-fé ou fraude à lei, o equívoco da parte em pleitear sob forma autônoma

providência satisfativa, ou vice-versa, não importa inadequação procedimental, nem o reconhecimento do erro, a cessação da medida porventura concedida. E isso, porque existem casos em que a natureza da medida é duvidosa, sugerindo ao órgão judiciário extrema prudência ao aplicar distinções doutrinárias, fundamentalmente corretas, mas desprovidas de efeitos tão rígidos.

Formular, portanto, de acordo com entendimento de Assis (2000), um pedido de natureza antecipatória ou outro de natureza cautelar em desacordo com o procedimento traçado pela lei processual, como, por exemplo, uma medida antecipatória em petição separada, sob o rótulo de medida cautelar atípica, não passa de simples equívoco formal ou procedimental.

A melhor doutrina, destarte, é a que, a respeito do problema, recomenda a solução flexibilizante do procedimento cautelar ou antecipatório, e se justifica com o irresponsável argumento de que questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos, como é o caso da garantia de efetividade da tutela jurisdicional.

O que não pode deixar de ser observado é o atendimento dos pressupostos justificadores da providência de urgência. Assim, mesmo que veiculado o pedido por via procedimental imprópria, o exame de sua admissibilidade terá de levar em conta não o procedimento eleito, mas a natureza mesma da medida. Se, por exemplo, se requereu medida satisfativa dentro do procedimento próprio da ação cautelar atípica, o provimento preventivo somente será deferido se presentes os requisitos do artigo 273, e não apenas os do artigo 798 do CPC.

A manobra, portanto, de lançar mão do procedimento cautelar para tentar obter antecipação de tutela dentro apenas do condicionamento menos rigorosos do artigo 798 é expediente que o juiz deverá energeticamente coibir. Estando, todavia, presentes os

requisitos do artigo 273, seria um contra-senso denegar a medida de urgência apenas porque requerida de forma separada da ação principal, consoante afirma Assis (2000).

Na realidade, com o advento da recente reforma processual civil brasileira, permitiu-se a fungibilidade entre satisfatividade e cautelaridade, desde que respeitados os requisitos de uma e de outra.

Com referência à fungibilidade de pedidos, para Arruda Alvim (2002) deve-se examinar minuciosamente três situações: a) pede-se antecipação de tutela quando o pedido correto seria de natureza cautelar - medida cautelar pura; b) Pede-se medida de natureza eminentemente cautelar, mas inadequada para o caso concreto, com visível erro de nomenclatura; c) pede-se incidentalmente medida de natureza cautelar quando o coerente seria se antecipar a tutela satisfativa em razão da presença dos requisitos.

No primeiro caso, tem-se a hipótese de antecipação de tutela pleiteada sem preenchimento dos pressupostos necessários, entretanto, podem estar presentes os de medida cautelar, devendo o juiz *ex officio* examinar quanto à possibilidade dessa conversão, conforme a redação do dispositivo do artigo 273, parágrafo 7º.

Ante a segunda vertente, imprescindível lançar mão do artigo 798 do CPC, que com base no poder cautelar geral, permite ao juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas.

A terceira parte é com certeza a que exige mais reflexão e consistiria saber se é possível passar-se da tutela antecipada para a cautelar, saber se não seria possível o contrário, isto é, se requerida cautelar quando o que caberia é a tutela antecipada, se o juiz não poderia, igualmente, vir a conceder a tutela antecipada. O legislador teria dito menos do que desejava dizer, *dixit minus quam voluit*. Há, no caso, que se fazer uma distinção preambular, antes de responder ao cerne da questão. O que parece é que, se a parte requerer uma medida cautelar, nominalmente, mas que, em tudo e por tudo, seja

uma tutela antecipada, inclina-se pela possibilidade do juiz vir a conceder essa tutela antecipada, como tal, dado que, em tal hipótese, o erro terá sido, única e exclusivamente, de nomenclatura. Deverá, em tal hipótese, observar o procedimento da tutela antecipada e não processar essa medida em separado. Se, todavia, a parte requerer medida cautelar, propriamente dita, e, portanto, de envergadura menor do que aquilo que poderia ter sido pedido no bojo de uma tutela antecipada, o juiz não poderá hipertrofiar o pedido da parte, acentuar os pressupostos do pedido, acabando por conceder aquilo que a parte não desejou, ou, em relação ao que não expressou a sua vontade. Aqui o juiz estaria impedido de conceder uma proteção maior do que a que foi solicitada.

Para Arruda Alvim (2002), o ponto polêmico dessa nova produção legislativa reside na aceitação, ou não, da fungibilidade na hipótese inversa, isto é, se pode ser deferida medida antecipatória requerida sob a veste cautelar, seja preparatória, seja incidente. Tudo isso porque a lei não expressou claramente o limite da fungibilidade, não disse que poderia, tampouco disse que não.

Arruda Alvim (2002) lidera os juristas que entendem ser inviável a chamada hipótese inversa, sendo a fungibilidade “via de uma mão só”. Afirma que a lei não autorizou esse procedimento, apenas prevê uma forma de fungibilidade, no caso da parte requerer inadequadamente providência cautelar sob a veste de antecipação de tutela, nos próprios autos do processo principal e desde que preenchidos os respectivos requisitos. Fundamenta que a hipótese inversa importaria em conceder o mais tendo sido pedido o menos.

Nessa linha, adverte que os requisitos para a concessão da tutela antecipada necessitam de grau maior de densidade do que os requisitos da tutela cautelar. Afirma que são ontologicamente e fundamentalmente os mesmos, mas a verossimilhança

necessária para a medida antecipatória requer grau mais intenso, uma exigência maior de certeza sobre o direito do que o *fumus boni iuris*, da tutela cautelar.

Compactuando com esse entendimento, Figueira Júnior (2002) não admite a hipótese inversa, sustenta que a suposta omissão legislativa foi proposital. Para ele, a inovação legal não servirá para confundir os institutos, tendo sentido apenas pragmático, voltado para a resolução de problemas forenses. O jurista entende que a fungibilidade será aplicada apenas diante da inexistência de erro grosseiro e considera a propositura de ação cautelar que pretenda a antecipação dos efeitos da tutela exemplo de tal equívoco (erro grosseiro). Também afirma que, nesses casos, deverá o juiz indeferir a inicial, cabendo à parte formular novo pedido, dessa vez endereçado ao processo principal.

Raboneze (2002) chega a considerar verdadeiro retrocesso na evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial a disseminação da fungibilidade em casos patentes de antecipação de tutela. Esse entendimento restritivo encontra respaldo em algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

De outra banda, a corrente liderada por Dinamarco (2002), Rodrigues Wambier e Alvim Wambier (2002), mais preocupada com a efetividade do processo e a instrumentalidade de suas formas do que com a preservação do apego ao formalismo, admite a chamada hipótese inversa, sendo a fungibilidade entre as medidas de urgência uma “via de mão dupla”.

Dinamarco (2002) assevera que o novo texto não deve ser lido somente como portador de uma autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida antecipação de tutela. Também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma

só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um.

Rodrigues Wambier e Alvim Wambier (2002) respondem genericamente à questão da hipótese inversa. Para esses autores, “razões de ordem formal não devem 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”.

Nesse sentido, Theodoro Junior (2002) lembra bem que ambas tutelas integram a um só gênero, o das tutelas de urgência e, no caso do magistrado se ater ao rigor técnico classificatório, corre-se o risco de indeferir medida de urgência somente por uma questão de ordem formal, prejudicando o litigante da efetividade do processo. Com efeito, continua o jurista, formular um pedido de natureza antecipatória ou outro de natureza cautelar em desacordo com o procedimento eleito pela lei processual não passa de mero equívoco formal ou procedimental. A regulamentação separada da tutela antecipada não veio para nosso Código para restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a proporcionar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo seja ao direito material, se torne irremediável e, por conseguinte, se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela de urgência.

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

Nas razões de seu voto, consignou que excepcionalmente se admite a tutela antecipada em recurso extraordinário, desde que preenchidos os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil. Mesmo assim, importa dizer que não houve qualquer óbice a impedir a apreciação do requerimento, sendo, dessa forma, aplicada diretamente e sem qualquer justificativa a fungibilidade entre as tutelas de urgência.

Também a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça tem admitido a fungibilidade entre as tutelas de urgência. No caso de atribuição de efeito suspensivo à ação rescisória, em duas oportunidades diferentes, Recurso Especial nº 35.1766/SP e nº 35.766/SP, uma de antecipação e outra de medida cautelar, a Ministra Fátima Nancy Andrighi, que inclusive fez parte do notável grupo de juristas que formaram inicialmente a Comissão Revisora responsável pelas reformas no Código de Processo Civil, fez constar expressamente em seu voto a tendência que vem firmando-se para a fungibilidade da tutela de urgência, isso já antes da Lei nº. 10.444/2002.

Com a vigência do parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento antes esposado e admitiu a fungibilidade entre as tutelas de urgência, no caso, a hipótese inversa.

Também o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já amparou a fungibilidade da via inversa em muitas decisões, apelação cível nº 700042679777, agravo de instrumento nº. 700006388029 e 70006421291, entre outras. O Desembargador Araken de Assis, em julgamento de apelação cível da qual foi Relator, na apelação cível nº. 70006026322, entendeu da mesma forma aqui exposta sobre a possibilidade da hipótese inversa, desde que se trate de medida inominada. Em seu voto ressaltou que 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 Código de Processo 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.

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

Dinamarco (2003) sugere uma interpretação teleológica e sistemática do disposto no artigo 796 do Código de Processo Civil 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.

No mesmo sentido, Talamini (2003) justifica essa providência para os casos onde o autor, em razão da urgência, ainda não possui todos os elementos para instruir a demanda principal, mas tenha os suficientes para comprovar o juízo de verossimilhança.

Jorge, Didier Junior e Rodrigues (2003) sustentam que, nesses casos, o magistrado pode receber a “ação cautelar preparatória” e apreciar o pedido liminar, com o cuidado de fazê-lo com base nos pressupostos da 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 adapte o seu requerimento, inclusive para que possa comprovar a existência dos requisitos mais robustos, necessários para a antecipação de tutela.

Consoante pensamento de autoria de Bedaque (2003), reproduzido com frequência pela doutrina em razão de sua perfeita harmonia com a presente fase instrumental do processo, o aspecto formal em nada influi na natureza da tutela. Ainda que requerida no bojo do processo cognitivo, caracteriza-se como cautelar incidental. Além do mais, não se pode excluir definitivamente seja a antecipação requerida em procedimento autônomo. Desde que necessária a utilização dessa técnica em determinada situação concreta, a fim de assegurar a efetividade da tutela, deve ser admitida. Questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos.

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

4.0 – CONCLUSÃO

As alterações introduzidas por meio da Lei nº. 10.444/2002, que acrescentou o § 7º ao art.273 do Código de Processo Civil brasileiro, o qual estabeleceu a fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar, espécies do gênero “tutelas de urgência”. Ambas as medidas, cautelar e antecipatória, subordinam-se a requisitos específicos para obtenção das providências emergenciais e a procedimentos distintos, além de gerarem resultados diversos.

Com a aplicação do princípio da fungibilidade entre a medida cautelar e a antecipação de tutela, o advogado não terá mais que ingressar com uma ação cautelar,

pois, mesmo diante de um mero juízo de probabilidade, *fumus boni iuris*, a liminar poderá ser concedida nos próprios autos da ação principal.

Tal procedimento está sendo ratificado no anteprojeto do novo Código de Processo Civil, em tramitação, com a previsão da extinção do livro III do atual CPC (Do Processo Cautelar), sendo que as tutelas de cognição, execução e de urgência (antecipação de tutela, cautelar e inibitória) constarão das disposições gerais do livro I (Parte Geral) do novo Código de Processo Civil.

Finalizando este estudo, concluindo, ao satisfazer a tutela, mesmo em se tratando de uma reação involuntária, está o julgador imunizando o direito, ainda no aguardo de decisão final, de eventual perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, pois tudo que satisfaz assegura.

Não se recomenda, todavia, um rigor inflexível na conceituação e delimitação dos dois institutos, sendo de admitir-se a fungibilidade entre as medidas de um e outro, desde que, *in concreto*, se observe a existência dos pressupostos legais da providência de urgência pretendida.

As divergências de rito ou forma procedimental não devem impedir a outorga da tutela de urgência realmente necessária, pois questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos, como é o caso da garantia de efetividade da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Notas sobre a Disciplina da Antecipação da Tutela na Lei 10.444 de 7 de maio de 2002*. In Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 108, 2002.

ALVIM, J.E.Carreira. *Tutela antecipada na reforma processual*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

ASSIS, Araken de. *Fungibilidade das medidas cautelares e satisfativas*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2000, ano 25, n.100.

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

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*. V.III. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela no processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

_____. _____. 3.ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA, Willian Santos. *Tutela recursal no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à Novíssima Reforma do CPC*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JUNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Nova Reforma Processual*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I, 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MALLET, Estevão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. São Paulo: Forense, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e 1995*. São Paulo: RT, 1996.

RABONEZE, Ricardo. *Antecipação da Tutela: As Modificações Introduzidas pela Lei nº. 10.444/02*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 3, n. 18, jul./ago. 2002.

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, mai. 2003.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Sistema dos Recursos Trabalhistas*. 8.ed. São Paulo: LTR, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual Civil*. 33.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 34.

_____. _____. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.