

O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO SISTEMA DE TUTELAS DE URGÊNCIA

Um departamento do processo civil ainda carente de sistematização*

GUSTAVO DE MEDEIROS MELO

Mestre e doutorando em Direito Processual Civil (PUC-SP). Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte (FESMP-RN) e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Membro do IBDP. Advogado em São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Expansão da fungibilidade para outros setores do sistema – 3. Fungibilidade de provimentos; 3.1 Entre provimentos de natureza satisfativa; 3.2 Entre provimentos satisfativos e cautelares – 4. Fungibilidade hermenêutica: dúvida objetiva como fundamento para salvaguarda de situações controvertidas – 5. Fungibilidade de pressupostos; 5.1 Uma análise da Lei 10.444/2002; 5.2 A introdução da Lei 11.280/2006 para a ação rescisória; 5.3 O brocardo *iura novit curia* explícito no sistema; 5.4 Uma leitura crítica da reforma processual; 5.5 A proscrição do processo cautelar incidental – 6. Fungibilidade sistemática; 6.1 O procedimento preparatório de tutela antecipada; 6.2 Necessidade de um tratamento sistematicamente uniforme – 7. Tendência da futura reforma processual – 8. Conclusões – 9. Bibliografia.

* Texto publicado nos Anais das VII Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil e Penal, realizadas entre os dias 26 e 30 de maio de 2008, Florianópolis/SC: CARNEIRO, Athos Gusmão & CALMON, Petrônio (Org.). *Bases científicas para um renovado Direito Processual*. VII Jornadas Brasileiras de Direito Processual. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), 2008, v. 02, pág. 03-48; *Revista Forense*, n. 398, Rio de Janeiro: Forense, jul./ago., 2008, pág. 91-131.

1. INTRODUÇÃO

É de todos conhecida a campanha política e acadêmica que se vem fazendo nos últimos 15 anos para reformar o Código de Processo Civil brasileiro, mercê das cirurgias pontuais e localizadas que têm proporcionado mudanças profundas em sua sistemática, a fim de tornar o processo mais ágil, efetivo e menos burocrático.

Uma das alterações esperadas no processo de conhecimento foi aquela que anunciava o princípio da fungibilidade para a tutela antecipada. Depois de muita discussão, o legislador acrescentou o § 7º ao art. 273 do Código, afirmando que se o autor, a título de tutela antecipada, requerer providência de natureza cautelar, o juiz poderá deferir a medida cautelar em caráter incidental, se presentes os respectivos pressupostos.

O presente estudo tem por objetivo analisar o impacto da Lei 10.444/2002 no sistema do Código de Processo Civil e, ao mesmo tempo, propor uma unidade sistemática para o princípio da fungibilidade nas tutelas de urgência à luz da garantia do acesso adequado à Justiça (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII).¹

A intenção é demonstrar que existem várias modalidades do fenômeno, motivo pelo qual é necessário agrupá-las todas de forma ordenada, procurando nos subsídios da doutrina e nos precedentes dos tribunais uma classificação para a fungibilidade que se manifesta na jurisdição de urgência.²

¹ Sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004 à luz do justo processo: MELO, Gustavo de Medeiros. A tutela adequada na Reforma Constitucional de 2004. *RePro*, 124/76; O acesso adequado à Justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 684.

² MELO, Gustavo de Medeiros. *O princípio da fungibilidade nas tutelas de urgência: Tentativa de sistematização para uma tutela jurisdicional adequada*. PUC-SP, Dissertação, 2004. Importa registrar que o trabalho contou com a honrosa orientação do Prof. JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO.

2. EXPANSÃO DA FUNGIBILIDADE PARA OUTROS SETORES DO SISTEMA

Em nossa literatura clássica já se disse que a forma é tão necessária ao processo de produção da norma jurídica individual quanto o corpo é à alma que nele se oculta.³ Mas convém evitar que o formalismo – inspirado pelo culto cego à forma – constitua um embaraço ao cumprimento do escopo maior do processo, a ponto de sufocar a substância do próprio direito material.⁴⁻⁵

Atualmente, o princípio da instrumentalidade das formas é o vetor mais importante a orientar o funcionamento de todo o sistema processual civil contemporâneo.⁶ O legislador brasileiro dotou o Código vigente de dois comandos de aplicação genérica, determinando que 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, atinjam sua finalidade essencial (CPC, art. 154 e 244).

A filosofia da instrumentalidade se propõe a consolidar a cultura de que o processo constitui um instrumento de realização do direito material com justiça. Tudo parte do princípio de que a sua razão de ser repousa na necessidade de

³ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, v. 2º, p. 61.

⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile – principi*. quinta edizione, Milano: Giuffrè, 1992, § 101, pp. 215-6.

⁵ De fato, as formas dão a tônica de que a formalidade é necessária na atividade jurisdicional, porque na prática de determinados atos é condição essencial para a convivência estável e segura. A noção de forma é consentânea com a totalidade formal do processo, a compreender não só a forma ou as formalidades, mas a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a coordenação de suas respectivas atividades, a ordenação do procedimento e a organização do processo. Sua tarefa é indicar as fronteiras do começo e fim, circunscrever o material a ser formado e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo (ARRUDA ALVIM, J. M. *Manual de direito processual civil – Parte geral*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 471; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 6-7).

⁶ No Brasil: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002. Na doutrina estrangeira: MONTESANO, Luigi. “Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XLIV, n. 1, p. 1.

restaurar a estabilidade nas relações sociais, solucionando a situação conflituosa com adequação.

Como se vê, não se trata de um instrumento neutro, como se ele fosse axiologicamente indiferente aos resultados do seu produto final. O processo é um instrumento ético a serviço da melhor composição a ser dada ao conflito de interesses levado ao Poder Judiciário, uma vez impregnado dos valores fundamentais que regem a sociedade politicamente organizada.⁷

O processo existe porque existe o conflito no seio social. O conflito representa um estado de instabilidade na relação jurídica que normalmente deságua no aparelho estatal encarregado de prestar a jurisdição. O processo serve ao direito material, o que significa nunca poder assumir a condição de fim em si mesmo. É instrumento de concretização do acesso adequado à Justiça.

O caminho aberto pelo princípio da instrumentalidade das formas proporcionou a sensação de que é preciso aprofundar e espalhar o espírito dessa nova filosofia para todos os departamentos do processo civil.

Nesse sentido, o princípio da fungibilidade vem a ser um desdobramento de sua projeção na medida em que prestigia a *substância* em detrimento das formas. Essa concepção *finalista* do processo diante do direito material cuidou de expandir a fungibilidade para o território dos recursos e do procedimento das ações.

O passo seguinte, e mais atual, é perceptível pelo ingresso da fungibilidade no domínio da jurisdição de urgência. Trata-se de um princípio que vem se aparelhando nos provimentos de cognição sumária em geral, assumindo características diferenciadas, como as que serão apontadas no curso do presente trabalho.

O capítulo das tutelas de urgência constitui hoje um dos pontos em destaque na discussão doutrinária e na disputa judicial. Em contrapartida, a experiência exige do aplicador da lei uma compreensão unitária do sistema jurídico, uma visão

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociais e políticos do processo civil. Reformas e tendências evolutivas na Europa Ocidental e Oriental. *Processo, ideologias e sociedade*. Porto Alegre: *safe*, 2008, p. 364; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10^a ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2^a ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 19.

global na perspectiva de que os meios predispostos à adequada tutela do direito material atinjam máxima dose de eficiência e harmonia na busca de seus escopos.

3. FUNGIBILIDADE DE PROVIMENTOS

O primeiro aspecto a ser considerado se relaciona com uma categoria que se apresenta de forma mais evidente no sistema. É a fungibilidade entre *provimentos* judiciais que tratam de medidas urgentes.

O fenômeno pode manifestar-se entre decisões de equivalente natureza, quando se opera uma substituição de provimentos cautelares (CPC, art. 805), ou quando se realiza no âmbito das tutelas antecipadas.

Entre decisões de conteúdo diverso também existe fungibilidade, a exemplo do intercâmbio que se faz entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa. Os casos que possibilitam sua ocorrência são inúmeros na vida prática.

3.1 Entre provimentos de natureza satisfativa

Sabe-se que as medidas de urgência, porque imbuídas de uma cognição sumária, são revogáveis a qualquer tempo, bastando que desapareçam as condições de fato em função das quais elas existem. A tutela antecipada, segundo a norma processual, poderá ser revogada ou modificada a qualquer momento por decisão fundamentada (CPC, art. 273, § 4º e 461, § 3º).

Persiste a esse respeito uma dúvida na doutrina quanto à possibilidade de se revogar ou modificar de ofício, quando o provimento decorre de simples equívoco do magistrado. Predomina o entendimento restritivo que condiciona o expediente à iniciativa da parte, a menos que haja aparecido alguma *circunstância nova* no plano dos fatos.⁸

⁸ Os italianos falam em “*mutamenti nelle circostanze*”: ATTARDI, Aldo. *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*. Padova: CEDAM, 1991, p. 253. Na literatura

No entanto, a dinâmica do sistema autoriza uma flexão maior do preceito. Tem-se entendido que, em matéria de cognição superficial, onde o escopo é basicamente a defesa da jurisdição, existe um dado espaço de liberdade para ajustar o pedido deduzido às peculiaridades do caso concreto.⁹

O que se faz necessário é o pedido de tutela antecipada. A partir daí o juiz está autorizado a revogar ou modificar de ofício a primeira decisão tomada, demonstrando objetivamente as razões do seu convencimento,¹⁰ com indicação do que tenha sido alterado no quadro fático ou probatório.¹¹

Esse fenômeno de substituição representa uma *fungibilidade entre os provimentos satisfativos* e vem a ser equacionado como uma espécie do princípio que ora se especula no âmbito das tutelas de urgência. A sua função está em atingir um alto grau de adequação na atividade jurisdicional, promovendo mais racionalidade no sistema, caminho esse que se acredita seja o mais propício ao estuário da tutela adequada.¹²

A essa altura é importante destacar a nova leitura que se deve imprimir no princípio da correlação (adstrição ou congruência) que governa o processo civil clássico. A jurisdição de urgência – seja de natureza cautelar ou antecipatória – se move pela intenção de salvaguardar o bem jurídico ameaçado pelo decurso do tempo sem resposta definitiva dos órgãos do Estado.

nacional: ARRUDA ALVIM, J. M. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 98; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997, p. 544.

⁹ FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 353; MELO, Gustavo de Medeiros. *O princípio da fungibilidade nas tutelas de urgência – Tentativa de sistematização para uma tutela jurisdicional adequada*. PUC-SP, Dissertação, 2004, p. 307.

¹⁰ CARNEIRO, Athon Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 104; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 318.

¹¹ STJ: “O juiz pode revogar a antecipação da tutela, até de ofício, sempre que, ampliada a cognição, se convencer da inverossimilhança do pedido” (3ª T., REsp 193.298/MS, rel. p/ ac. Min. Ari Pargendler, j. de 13.3.2001, RSTJ, 152/311).

¹² FUX, Luiz. *Tutela de Segurança*, cit., p. 341.

Diante dos efeitos instrumentais da tutela sumária, é desnecessário se apegar com total rigidez à idéia de correlação entre pedido e pronunciamento. O que se busca até então é uma providência de caráter provisório que seja capaz de evitar o dano que se avizinha, a desafiar a utilidade da própria tutela jurisdicional.¹³

É certo que não se pode conceder algo a maior do que aquilo que foi requerido a título de provimento urgente. De igual sorte, a concessão da tutela antecipada haverá de guardar uma *razoável correspondência* com o pedido final para não ultrapassar a margem traçada sobre o benefício visado pelo autor.¹⁴ O espírito de prudência deve conduzir o juiz no sentido de que ele não entregue, em caráter provisório, mais do que aquilo que se postula na petição inicial, o que seria uma invasão indevida no poder de disposição da parte.¹⁵

Recomenda-se ao juiz - sempre que possível - procurar algo diverso e menor do que o resultado prático pretendido na sentença, já que a idéia central é *prevenir a*

¹³ Na doutrina, é bem sensata a observação de LUIZ FUX: “Esse exagerado apego ao princípio dispositivo exclui por completo a aplicação da fungibilidade anteriormente enunciada, inclusive com indicação dos exemplos alienígenas das doutrinas que nos antecederam ao tema. Desta sorte, não caberá ao juiz escolher a *providência adequada*, como se mostra, em tese, a melhor proposição, senão acolher parcial ou totalmente o pedido do autor, quer na sentença final, quer na decisão antecipada. É de se observar que um dos casos de tutela antecipada é aquele relativo aos direitos em estado de periclitacão, por isso que, se o juiz verificar que uma outra medida diversa daquela pleiteada revela-se suficiente a conjurar o perigo de dano, não poderá adotá-la se estiver fora da órbita do pedido. A lei sinaliza, nessas hipóteses, com a adstrição do juiz aos elementos da demanda, restando ao magistrado a improcedência do pedido, malgrado o estado de periclitacão do direito veiculado na ação, o que demonstra um grave equívoco legislativo. Perseveramos, assim, no nosso entendimento de que, nos casos de tutela de segurança, é amplíssima a margem de arbítrio do juiz na escolha do provimento *sob medida*, considerando o provimento adequado como implícito no pedido de tutela antecipatória. Para esse fim, o juiz deverá atentar sempre para o princípio de que não poderá conceder a título de antecipação aquilo que não concederia como provimento final” (*Tutela de Segurança*, cit., p. 341).

¹⁴ BAUR, Fritz. *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Porto Alegre: safE, 1985, p. 103.

¹⁵ STJ: “Processual Civil. Inteligência do art. 273 do CPC. Recurso não conhecido. I - A extensão do pedido de tutela antecipada pode ser alterada pelo autor, desde que observado o requerimento formulado na petição inicial. Assim, pode o autor requerer a antecipação de parte da tutela, e depois - mas antes da prolação da sentença - pedir a antecipação da tutela jurisdicional em sua totalidade. O nosso ordenamento jurídico não é infenso à modificação do requerimento de tutela antecipatória. O que não é possível é o pedido de antecipação ser mais amplo do que o requerimento final de tutela jurisdicional. II - Recurso especial não conhecido” (2ª T., REsp 172.102/RS, Min. Adhemar Maciel, j. de 17.9.1998, RDR, 14/246).

*ocorrência do dano sem onerar em demasia a esfera jurídica do réu.*¹⁶ Em poucas palavras, modifica-se a tutela na estrita medida de sua necessidade,¹⁷ atenuando-se (mas não anulando) o princípio da correlação (ou congruência).

Basta lembrar o sentido das expressões contidas no art. 805 do Código de Processo Civil, que trata da fungibilidade de provimentos cautelares. Fala-se em *garantia menos gravosa* para o requerido, *sempre adequada e suficiente* para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Esse é o espírito do sistema. A criatividade para adequar a tutela jurisdicional ao caso concreto tem lugar nos limites demarcados pelo autor, espaço dentro do qual o juiz poderá exercer os poderes de modificação do provimento com vistas a ajustá-lo ao nível máximo de eficácia.¹⁸

A providência obtida pela atriz francesa do episódio narrado por CALAMANDREI, que se viu ultrajada com a exposição do seu corpo quase nu em evento aberto ao público, vem sendo encarado pela moderna doutrina como um exemplo de medida *satisfativa*.¹⁹ Se, por hipótese, o pedido tivesse sido feito no sentido da remoção imediata do vitral, o juiz, no lugar de determinar a sua retirada, poderia mandar cobrir com um lençol as partes íntimas da requerente, como de fato aconteceu.²⁰

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, J. C. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *RePro*, 81/209; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Alcance e natureza da tutela antecipatória. *Ajuris*, 66/208; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, pp. 319-320.

¹⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 37; ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 63.

¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (Tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 355; BARBOSA MOREIRA, J. C. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *RePro*, 81/209.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. *RF*, 356/30; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 227.

²⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936, § 17, p. 48.

Eis uma forma inteligente de adequar o pedido às peculiaridades da causa, evitando um dano à personalidade do indivíduo.

Em outra situação, imagine-se que, ao invés de ordenar uma medida de busca e apreensão, o juiz determine que o réu deposite a coisa nas mãos do autor.²¹ Buscando-se a retirada de uma janela existente no prédio vizinho, com base nas regras do direito de vizinhança, pode ser mais prudente se determinar, não exatamente o quanto postulado, que seria a supressão da janela, mas a fixação nela de um vidro fosco que obste à visão externa.²²

Alguns casos interessantes vêm sendo discutidos no ambiente acadêmico. Requereu-se a destituição provisória do administrador de uma dada empresa que a estava levando à beira da falência, segundo se alegou na inicial. O órgão judicial, porém, entendeu mais condizente com o quadro fático demonstrado e com o objetivo da diligência autorizar a instituição de uma comissão fiscalizadora para atuar junto ao setor em que funciona o agente suspeito. A medida, boa ou má, foi menos drástica ao funcionamento da empresa.

Uma senhora ajuizou ação condenatória de obrigação de fazer contra um instituto de previdência, alegando ter convivido com um funcionário público contribuinte que falecera há um ano. Pleiteou do Poder Judiciário a sua inscrição como beneficiária da pensão por morte, inclusive a título de tutela antecipada, devido à necessidade urgente de custear as despesas de um tratamento de saúde, por ser portadora de doença crônica.

O juiz, mesmo diante de documentos que indicavam uma convivência de três anos no mesmo local, não se convenceu de que havia propriamente uma união estável entre o casal, motivo esse que o fez indeferir a inscrição da autora como beneficiária da referida pensão. Não obstante isso, considerando a necessidade do tratamento de saúde e a probabilidade que gravitava em torno da suposta união

²¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Alcance e natureza da tutela antecipatória. *Ajuris*, 66/208.

²² SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo Cautelar (Tutela de urgência)*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, v. 3, p. 129.

estável, determinou que o instituto réu prestasse assistência médica em Hospital do Servidor Público, enquanto se aguardava o julgamento final da ação.

Uma visão criativa do litígio soube conciliar na medida do possível os interesses antagônicos, sem prejuízo da tutela ao bem jurídico mais relevante, que era a saúde da requerente. De fato, a medida então deferida não estava expressamente postulada. Porém, *encontrava-se embutida nos limites materiais da pretensão*, dada a amplitude do pedido formulado na inicial.

A *substituição* do provimento, em casos tais, pode ser feita de ofício, justificada pelo espírito de adequação de que se investe o juiz quando aprecia pedidos de caráter urgente, seguindo assim a mesma filosofia que inspirou o legislador ao instituir o poder geral de cautela no art. 798 e o princípio da fungibilidade da tutela cautelar no art. 805 do CPC.

A fungibilidade também ingressou no campo da tutela inibitória coletiva. Sabe-se que, na relação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (CPC, art. 461; CDC, art. 84).

O legislador garantiu o provimento liminar para fazer valer o escopo da tutela específica ou, se for o caso, o resultado prático equivalente. Diante desse comando, a doutrina comenta a possibilidade de se determinar ao responsável por um dano ambiental, sob pena de multa, a instalação de um equipamento capaz de filtrar a poluição, quando se pediu ao órgão judicial a suspensão das atividades da empresa.²³

Parece de todo feliz a ponderação, que por sinal indica boa dose de proporcionalidade e razoabilidade.

Aqui, o juiz está munido dos instrumentos legais previstos para a obtenção da tutela mais adequada ao cumprimento do direito material, como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas,

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70.

desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, inclusive, se necessário, com requisição de força policial (CPC, art. 461, § 5º).

Por esse motivo é que se considera *não exaustivo* o rol dos meios subrogatórios destinados ao cumprimento da obrigação com a máxima coincidência possível.²⁴

3.2 Entre provimentos satisfativos e cautelares

A fungibilidade entre medidas urgentes de natureza diversa parte do pressuposto de que, se ao órgão judicante foi postulado o mais, é porque lhe é possível, com base no pedido já formulado, conceder o menos. Eis a técnica que com frequência pode ser empregada quando em jogo pedido de tutela satisfativa.

Com efeito, a medida urgente de alcance satisfativo, além da função cautelar que detém, antecipa total ou parcialmente efeitos do provimento final (CPC, art. 273, inc. I), possuindo no campo prático repercussão mais drástica do que a decisão que se limita a prevenir a ocorrência do dano (medida cautelar).

Em tese, os pressupostos da tutela satisfativa são mais rígidos, detêm um grau maior de exigência, a exemplo da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações, para efeito de se obter a tutela genérica do inciso I do art. 273 do Código.

A pergunta que se apresenta é: constatando a insuficiência de base probatória convincente para adiantar efeitos da sentença de mérito, pode o juiz deferir no mesmo contexto uma medida de cunho estritamente cautelar?

A resposta é afirmativa. Nada impede a dedução lógica de que quem pode o mais, por consequência, pode o menos. Os provimentos de urgência têm uma base

²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 318; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 159; SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: RT, 2002, p. 195; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 44-45; MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde*. São Paulo: RT, 2003, p. 185.

cautelar comum, mas o pedido de tutela antecipada contém alcance nitidamente maior no ambiente externo do processo. Frente a tal espécie de pedido, o juiz (ou o relator) está autorizado a tomar uma *providência urgente de efeito mais brando* e igualmente eficaz quanto à prevenção do dano que se avizinha.

Nesse caso, para se obter a providência cautelar subsidiária, exige-se a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.²⁵

Não se trata propriamente de uma fungibilidade quanto aos pedidos formulados. Na verdade, existe uma fungibilidade entre o *provimento* pleiteado de início e aquele que veio a ser efetivamente atendido pelo órgão judicial. A substituição se deu no espaço situado entre a medida solicitada perante o juiz e a outra, de menor intensidade, por ele deferida à luz dos pressupostos de índole cautelar que se fizeram presentes.

Não houve modificação do pedido, mas apenas adequação da tutela àquilo que constou dos limites da demanda. *A fungibilidade, portanto, é de provimentos*.

Trata-se de princípio implícito que orienta a atividade jurisdicional em matéria de tutelas de urgência, prescindindo de previsão expressa na lei pela própria força lógica do sistema.²⁶ O ordenamento jurídico permite que, requerida a tutela mais forte, o juiz pode, se o contexto probatório dos autos autorizar, limitar-se a conceder a medida *menos intensa* ou *menos prejudicial* ao patrimônio do demandado.

A partir da Lei 8.952/94, a técnica da substituição foi reforçada de modo mais transparente com a tutela antecipada dos artigos 273 e 461 do CPC. Aqui, o

²⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 321; NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. *Questões Controvertidas de Processo Civil e de Direito Material*. São Paulo: RT, 2001, p. 247. Com precisão, ARRUDA ALVIM: “A fungibilidade, no caso, ocorre da *antecipação de tutela* para a *medida cautelar*, e – como acentuamos – não inversamente. Isto porque em conformidade com o que decorre da lei, e, do entendimento assente, os requisitos da antecipação de tutela – ainda que em substância possam ser coincidentes – expressam exigência maior da lei comparativamente aos da medida cautelar. Com isto significou o legislador que, *pedindo-se* o mais o *juiz poderá vir a conceder* o menos. Mas não inversamente” (Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. *RePro*, 108/110).

²⁶ ARRUDA ALVIM, J. M. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós: Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e de não fazer. Valores dominantes na evolução dos nossos dias. *RePro*, 97/79.

legislador só confirmou em dispositivo próprio a prática consolidada que o sistema havia autorizado nesse particular. Solicitada a antecipação de efeitos do pronunciamento final, é possível a concessão de medida cautelar que implique *menor agressão* na esfera jurídica do requerido, contanto que atinja a finalidade maior de prevenção do dano.

Nesse caso, a fungibilidade de provimentos sumários também encontra espaço propício no terreno da analogia. O legislador deixou exposto a todos os olhos que a medida cautelar poderá ser substituída de ofício pela prestação de caução ou outra garantia *menos gravosa* para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente (CPC, art. 805).

Note-se que a operação substitutiva far-se-á independentemente de requerimento expresso da parte. Aqui, basta que se formule o pedido de tutela satisfativa para que do provimento cautelar se cogite como uma via aberta à solução diferenciada do litígio.²⁷

Essa foi a linha de interpretação do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, quando examinou hipótese em que a providência adequada à situação concreta impôs a conversão da tutela antecipada pleiteada em medida cautelar, porquanto viável segundo a condicionante aberta pelo poder geral de cautela (CPC, art. 798).

Cuidava-se de agravo de instrumento interposto contra decisão concessiva de tutela antecipada que determinou a posse do agravado no cargo de presidente da Câmara de Diretores Lojistas. O resultado foi que, diante de uma probabilidade de êxito futuro e para evitar prejuízo irreparável ao funcionamento da entidade, o Tribunal deu provimento parcial ao recurso, afastando a posse do agravado no cargo

²⁷ “O exame da possibilidade dessa *conversão* deve ser feito *ex officio* pelo juiz. Parece estar subjacente à *mens legis* que, por serem os pressupostos da tutela antecipada mais significativamente exigentes do que os de medida cautelar, ainda que aqueles não se encontrem presentes, com a intensidade própria e necessária para a concessão de tutela antecipada, que esses mesmos, satisfaçam, inteiramente, ao grau ou calibre de cautelaridade, próprio de medida cautelar. Por isto, a medida cautelar haverá de ser concedida” (ARRUDA ALVIM, J. M. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. *RePro*, 108/107).

de presidente e recomendando ao Juízo de primeiro grau a nomeação de curador para representar os interesses daquela.²⁸

Outra situação discute o domínio e a posse de bem móvel suscetível de ser danificado ou depreciado a qualquer momento. Ao invés de conceder a tutela antecipada requerida e autorizar a entrega provisória do bem à parte autora, o juiz defere uma medida cautelar de seqüestro para mantê-lo sob a guarda de um terceiro.

Em ações de busca e apreensão nos contratos de alienação fiduciária, a jurisprudência, no lugar de proceder ao expediente construtivo, tem autorizado a permanência do bem na posse do devedor quando imprescindível ao funcionamento da empresa, mas atribuindo ao seu representante a qualidade de depositário do juízo, com o encargo de zelar pelo bem e indicar a sua correta localização, sob pena de prisão civil.²⁹

Bem se vê que no lugar da medida potencialmente mais drástica foi adaptada uma solução mais branda. O contrário não seria possível. Devido à extensão do provimento e à disparidade de efeitos no mundo empírico, é inadmissível trocar uma medida de cunho cautelar por outra de alcance satisfativo que não foi solicitada. Se

²⁸ O substrato do julgado: “Na análise do pedido de tutela antecipada, como prova inequívoca do direito do requerente deve-se ter aquela que lhe asseguraria sentença de mérito favorável, caso tivesse a causa de ser julgada no momento da apreciação daquela medida. Tratando-se o instituto do art. 273 do CPC de antecipação de tutela satisfativa da pretensão de mérito, exige-se, quanto ao direito subjetivo do litigante, prova mais robusta do que o mero *fumus boni juris* das medidas cautelares, cuja natureza é instrumental. - Revelando-se favorável ao requerente a aparência do bom direito e o perigo da demora, não bastante à tutela antecipada e satisfativa, mas ensejadores do deferimento da cautelar simples e provisória, conforme o art. 798 do CPC, razoável é que seja a medida transformada e reduzida para esta última, restrita a seus efeitos e limites processuais, até que outra decisão fundamentada ou a sentença final da ação principal a revogue ou a confirme” (TAMG, 7ª C.C., AI 222.396-9, Juiz Geraldo Augusto, j. de 5.9.1996, *RJTAMG*, 64/85).

²⁹ STJ: “I - Decidido na ação de busca e apreensão, com trânsito em julgado, que os bens permaneceriam na posse da devedora até a efetiva venda dos mesmos, a decisão que determina a imediata remoção ofende à coisa julgada. II - Tal entendimento não dispensa os depositários de indicar a correta localização dos bens, sob pena de prisão. III - Não se tratando mais de depósito decorrente de alienação fiduciária, mas sim de depósito judicial, cabível a prisão civil, nos termos do art. 5º-LXVII, Constituição e dos precedentes do Tribunal” (4ª T., REsp 182.049/MG, j. de 10.12.2002, DJ de 24.2.2003).

o autor requisitou uma medida cautelar, ao juiz é vedado hipertrofiar o pedido para conceder além daquilo que foi postulado.³⁰

A substituição de provimentos existe em nosso sistema desde quando se permite tutela antecipada pela vala comum do poder geral de cautela (CPC, art. 798). A fungibilidade entre medidas satisfativas e cautelares operar-se-á, de ofício ou a requerimento da parte, quando for possível, atendidos os respectivos pressupostos, a prestação de uma tutela *menos gravosa* para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Por essa ótica é que se pode falar em *fungibilidade numa só direção*, enquanto relacionada com o intercâmbio de provimentos de alcance diverso, no sentido do mais construtivo para o de menor intensidade.³¹

4. FUNGIBILIDADE HERMENÊUTICA: DÚVIDA OBJETIVA COMO FUNDAMENTO PARA SALVAGUARDA DE SITUAÇÕES CONTROVERTIDAS

A controvérsia jurisprudencial nascida no capítulo dos recursos abriu espaço para instalação de uma política judiciária que procura evitar seja o consumidor da Justiça prejudicado em função de querelas técnicas pelas quais ele não é responsável. Convencionou-se então que, sendo uma questão processual, situada na admissibilidade ou cabimento do recurso e que pouco tem a ver com o objeto litigioso, a interpretação deve ser a mais favorável ao acesso da parte à Justiça.

Em semelhante conjuntura, não bastasse a confusão criada no procedimento recursal, a *dúvida objetiva* decorrente de divergências de entendimento nos tribunais vem invadindo pouco a pouco o terreno das tutelas de urgência.

O problema quanto ao cabimento dos provimentos envolve sempre uma questão técnica sobre a adequação da medida apropriada. A partir de um enfoque

³⁰ ARRUDA ALVIM, J. M. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. *RePro*, 108/108; LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 57.

³¹ ARRUDA ALVIM, J. M. Notas, cit., p. 109.

instrumentalista, casos práticos da vida vêm acenando para a possibilidade de se abstrair determinadas filigranas da lei em salvaguarda do livre e desembaraçado ingresso nos canais de jurisdição.

Na disciplina da cognição sumária, a *dúvida objetiva* derivada da ausência de erro grosseiro, mercê da divergência de entendimentos, pode proporcionar uma *concorrência* de mecanismos de acesso à jurisdição de urgência. A propósito, confira-se o fenômeno ocorrido na ação rescisória (CPC, art. 485).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - a despeito de ainda dissidente quanto à espécie propriamente dita (se cautelar ou antecipatória) -,³²⁻³³ assentou o entendimento de que é cabível tutela de urgência em ação rescisória objetivando suspender temporariamente, enquanto não examinado o mérito, a execução do julgado rescindendo.³⁴ Na doutrina, esse pormenor continua objeto de acirradas discussões, dividindo-se os autores quanto à natureza jurídica da tutela.³⁵⁻³⁶

³² STJ: “O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou anteriormente no sentido de ser possível, excepcionalmente, a concessão de medidas cautelares para a suspensão de execução de decisões transitadas em julgado, que sejam objeto de ação rescisória, desde que presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*” (3ª Seção, AGRMC 3205/PB, Min. Gilson Dipp, j. de 23.10.2002, DJ de 18.11.2002).

³³ STJ: “É admissível, em tese, a antecipação da tutela na ação rescisória” (4ª T., REsp 127.342/PB, Min. Barros Monteiro, j. de 19.4.2001, DJ de 22.10.2001). “Antecipação da tutela. A partir da Lei nº 8.952, de 1994, a atribuição de efeito suspensivo à ação rescisória deve ser requerida, nos respectivos autos, como antecipação da tutela, e não mais por meio de ação cautelar. 2. Cabimento. A regra do artigo 489 do Código de Processo Civil cede sempre, sem a atribuição de efeito suspensivo à ação rescisória, se possa prever que o acórdão, mesmo se o pedido for julgado procedente, não terá utilidade. Recurso especial não conhecido” (2ª T., REsp 81.529/PI, Min. Ari Pargendler, j. de 16.10.1997, DJ de 10.11.1997).

³⁴ O STF tem se inclinado pela *medida cautelar*: Pleno, PET 1.347-4/SP, Min. Nelson Jobim, ac. por maioria em 17.9.1997, DJ de 27.8.1997; 1ª T., PET 1.414-3/MG, Min. Moreira Alves, j. de 12.12.1997, RTJ, 167/51.

³⁵ Pela natureza de tutela antecipada: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 98; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. I, p. 617; LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 110; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Reflexos das ações procedimentalmente autônomas (em que se discute, direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução. In: SHIMURA, Sérgio; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001, p. 737; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *A antecipação da tutela na ação rescisória*. Belo Horizonte: DelRey, 2002, p. 108; DINAMARCO, Márcia.

Em muitos casos não é fácil apontar com total segurança o conteúdo do pronunciamento judicial. A dificuldade técnica é comprovada pela perplexidade deixada nos especialistas e nos tribunais, onde não há um consenso sobre a qualificação jurídica da demanda.

Nesse momento é que se defende a aplicação da *fungibilidade quanto aos entendimentos* que giram em torno do cabimento do mecanismo judicial.

O que se move por trás dessa constatação é o fato de não haver uniformidade no foro em geral quanto à natureza e ao regime jurídico correspondente ao pedido formulado para sustar os efeitos da decisão de mérito transitada em julgado. A questão suscita uma discussão tão instigante que a doutrina vem compreendendo o problema dentro daquele *grau de tolerância* que se tem diante de uma *dúvida objetiva* gerada pela controvérsia jurisprudencial.³⁷

O que importa é atingir na medida do possível a finalidade preventiva contra o perigo da demora. T tamanha deve ser a preocupação com a questão de fundo relativa à preservação da tutela jurisdicional adequada que a tendência vem sendo a aplicação da fungibilidade (hermenêutica) sobre a dúvida objetiva quanto à espécie de provimento a ser manejado. Daí por que se deve admitir a suspensão do julgado rescindendo por *qualquer dos dois meios* predispostos no sistema, desde que presentes os respectivos pressupostos.

Atualmente, a discussão está resolvida em termos legislativos, após a nova redação dada ao art. 489 do CPC pela Lei 11.280/2006.

Meio processual adequado para suspender a execução do julgado rescindendo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997, p. 332.

³⁶ Pela natureza cautelar: MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002, p. 433. A Medida Provisória n. 2.180-35/01 determinava ser aplicável à ação rescisória o poder geral de cautela do art. 798 do CPC (art. 15).

³⁷ ARRUDA ALVIM, J. M. Ação rescisória. *Direito processual civil – Coleção Estudos e Pareceres II*. São Paulo: RT, 2001, v. 1, pp. 582-584; RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro. Suspensão de execução em face da ação rescisória: ligeiras reflexões sobre a baixa eficácia da tutela satisfativa no sistema processual brasileiro. *RF*, 348/170; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003, pp. 109-110; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 287-288.

Por outro lado, ainda hoje perdura a discussão prática sobre os meios adequados à obtenção do efeito suspensivo em grau de recurso.

A tutela cautelar tem sido um canal de postulação para sustar a eficácia do pronunciamento. Com freqüência, a figura da medida cautelar é coadjuvante à interposição do recurso quando não há tempo de se esperar que a apelação chegue ao conhecimento do relator no tribunal.³⁸

A situação mais comum é a dos recursos de jurisdição extraordinária. Como o acórdão sujeito a recurso especial pode ser executado (CPC, art. 497), o caminho trilhado pela parte prejudicada é o de interpor o recurso perante o tribunal de origem e, a partir daí, dirigir a medida cautelar na corte local para exame do incidente de suspensão à luz do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (CPC, art. 798). Com juízo positivo de admissibilidade do recurso, pode-se mover a medida cautelar diretamente no Superior Tribunal de Justiça.³⁹

De uma forma ou de outra, a prática judiciária sempre haverá de criar formas supletivas de preenchimento da lacuna deixada pela legislação processual quanto aos meios de impugnação.

A conclusão que se pretende extrair desse quadro está no sentido de que, em essência, não há grande diferença de ordem ontológica entre os pressupostos do provimento cautelar e os do incidente de suspensão do art. 558 do CPC, quando ambos objetivam tão-somente *suspender os efeitos maléficos da decisão aparentemente equivocada*.

No plano prático, a diferença terminológica dos pressupostos é de certa forma irrelevante para efeito de se saber o que é fumaça do bom direito, probabilidade,

³⁸ SALLES, Carlos Alberto de. Mandado de segurança contra atos judiciais: as Súmulas 267 e 268 do STF revisitadas. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002, p. 134; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O mandado de segurança contra ato judicial. *RePro*, 107/238.

³⁹ STF, Súmula 634: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”. Súmula 635: “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”.

verossimilhança ou relevância dos fundamentos. A preocupação do juiz deve estar focada nos fortes indicativos de que a decisão se encontra equivocada perante a ordem jurídica, além de submeter o litigante a um estado iminente ou atual de dano (irreparável ou de difícil reparação) se a execução não for suspensa a contento.

O comentário que se acabou de fazer linhas atrás teve o propósito de pôr o leitor na seguinte reflexão: é justo e adequado às novas ondas do acesso à Justiça negar o cabimento de um mandado de segurança, ou de uma ação cautelar, só porque a parte não preferiu fazer uso do pedido simples de efeito suspensivo, e vice-versa?

Em termos de compromisso constitucional, não seria mais importante examinar diretamente os requisitos do provimento de urgência, haja vista a necessidade de se tutelar o bem jurídico em jogo?

Ao que parece, passou da hora de os operadores do Direito acabarmos com certas hipocrisias de achar que a solução do problema está em fechar os olhos para o objeto litigioso do processo, tangenciando-o para sair pela porta cômoda das formalidades e nomenclaturas.

Na condição de tutela de urgência, exatamente porque não tem limites de espaço ou de tempo, mercê de sua genética constitucional, o pedido haverá de ser pelo menos analisado em seus fundamentos, ainda que não venha a obter sucesso por eventual ausência de uma das condições de atendimento liminar.

Com isso, pode-se afirmar que a *dúvida objetiva* formada pela freqüente aceitação na doutrina e na jurisprudência tanto do pedido simples como do mandado de segurança, ou da ação cautelar - *todos com a intenção comum de emprestar efeito suspensivo à decisão recorrida* - põe à escolha da parte a medida que ela entender mais oportuna e conveniente para mover na espécie.

Demonstrando o interessado que tem verdadeira chance de converter o julgamento que o prejudica, porquanto visível a probabilidade de vitória pela relevância dos fundamentos, considera-se constituído o seu *direito à concessão do efeito suspensivo*, a fim de sustar a eficácia da decisão atacada, seja através de mero

pedido deduzido nos autos, seja por intermédio de mandado de segurança ou de medida cautelar.

Em suma, tudo se resume a uma questão de *probabilidade* de êxito e *receito objetivo de dano* irreparável ou de difícil reparação (juízo de aparência).⁴⁰

A fungibilidade hermenêutica é aplicável para salvaguardar o exame objetivo da pretensão do recorrente sob a perspectiva dos requisitos do provimento de urgência. Não significa dar ganho de causa ao litigante irresignado, mas tão-só assegurar a *análise da pretensão como matéria de fundo*.

Outro ambiente que requer aplicação da fungibilidade é quanto aos meios processuais previstos para destrancar recurso especial e extraordinário retido (CPC, art. 542, § 3º). O STJ deu orientação no sentido de que o destrancamento do recurso especial pode ser requerido por qualquer meio processual, seja por agravo de instrumento, medida cautelar, mandado de segurança ou por mera petição nos autos.⁴¹ Em nível de recurso extraordinário, o STF reconheceu tanto a reclamação constitucional quanto a medida cautelar como veículo hábil para preitear o mesmo efeito.⁴²

Os meios concorrentes e predispostos pelo sistema para alcançar a mesma finalidade, sobretudo quando objeto de divergência nos tribunais, são fungíveis em consideração ao escopo maior de proporcionar acesso direto ao exame de mérito do pedido.⁴³

⁴⁰ MARINS, Victor A. A. Bonfim. Antecipação da tutela e tutela cautelar. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997, p. 565. Para o mestre CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “A diferença de graus de probabilidade suficiente para a concessão de medidas cautelares ou antecipatórias não infirma o que é essencial, ou seja, a suficiência da probabilidade e dispensa da certeza em relação a todas elas” (O regime jurídico das medidas urgentes. *RF*, 356/35).

⁴¹ STJ, 2ª T., MC 6.788/MT, rel. p/ acórdão Min.^a Eliana Calmon, j. 19.12.2003, DJ 15.03.2004.

⁴² STF, 1ª T., Rcl. Ag.Reg. 3.268/SP, Min. Cezar Peluso, j. 09.05.2006, DJ 09.06.2006.

⁴³ LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 179.

Outro caso é o da ação de sustação de protesto de título, um dos mais emblemáticos em termos de dissídio hermenêutico.⁴⁴ Sempre foi comum o uso da *ação cautelar inominada* para suspender os efeitos maléficos da medida constritiva (CPC, art. 798), enquanto se discutia na ação principal a existência da dívida, a nulidade do título ou a ilegalidade do protesto.

Com a reforma processual de 1994, surgiu a discussão da tutela antecipada. Instalou-se a controvérsia que procurava saber qual a natureza jurídica do provimento que susta ou cancela os efeitos do protesto.

Parcela majoritária da doutrina passou a entender que o pedido de sustação de protesto, pelo grau de satisfatividade que confere a uma das partes, tem natureza de *tutela antecipada*. Sendo assim, deve submeter-se à disciplina do art. 273 do Código de Processo Civil.⁴⁵ Aproxima-se mais da tutela antecipada na proporção com que a decisão adianta em caráter provisório efeitos práticos que muito provavelmente serão extraídos da futura declaração de nulidade do título ou de inexistência da dívida. Mesmo que parcial, o pronunciamento satisfaz uma das partes ao livrá-la da situação constrangedora. Ele produz uma satisfação de alívio momentâneo enquanto não chega a sentença de mérito.⁴⁶

⁴⁴ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: ARRUDA ALVIM, J. M & ARRUDA ALVIM, Eduardo (Coord.). *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 314; PEREIRA, Luiz Fernando C. Fungibilidade das Tutelas de Urgência – Aplicações do § 7º, do art. 273, do CPC. *Rev. Dialética de Dir. Proc.*, n. 12, p. 116.

⁴⁵ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 47-48; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 80-81; MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 64; DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. *RF*, 356/36; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (Tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 291; RAMOS, Glauco Gumerato & CURIONI, Rossana Teresa. Perfil das tutelas de urgência no Processo Civil brasileiro. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, n. 40, 2003, p. 27.

⁴⁶ Na observação de TEORI ALBINO ZAVASCKI: “Da mesma forma, em demandas objetivando anulação de título de crédito, costuma-se postular, como medida cautelar, ordem para que o demandado se abstenha de levar o título a protesto. Aqui se está diante de providência de natureza antecipatória, e não cautelar. Não é cautelar porque não se destina nem a garantir a certificação do direito, nem a sua execução. É antecipatória porque o não-protesto do título (a) é comportamento que o réu assumiria naturalmente se se dispusesse a atender o direito afirmado pelo autor; (b) é resultante material do direito certificado pela sentença; (c) é efeito de uma situação jurídica que o

Por outro prisma, há opiniões apegadas à natureza meramente cautelar da demanda, considerando o fato de que os efeitos alcançados pela sustação não coincidem com o resultado esperado no processo de cognição exauriente.⁴⁷

Na jurisprudência, a questão também nunca esteve pacífica. É prática comum ainda hoje alguns julgados admitirem a discussão pelos pressupostos tradicionais do processo cautelar, ao passo que outros discutem o protesto da cambial pelo ângulo da tutela antecipada promovida no curso da ação de cognição definitiva.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou a matéria pelos dois caminhos.⁴⁸⁻⁴⁹ Tem-se afirmado em algumas situações que a liminar possui caráter satisfativo, isentando inclusive o requerente do ônus de promover a ação principal em trinta dias.⁵⁰

No geral, constata-se certa dose de flexibilidade quanto à definição da natureza jurídica do provimento que suspende os efeitos do protesto levado a cartório. Os casos são tão comuns na prática do foro que não se deve indeferir um pedido de sustação de protesto fundado nos requisitos da tutela cautelar sob o frágil argumento de que seria antecipatório, e vice-versa.

autor da demanda quer ver como eficaz não apenas pelo tempo de duração do processo, mas consolidada definitivamente” (*Antecipação da Tutela*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 56).

⁴⁷ MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002, p. 290; THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*. 20ª ed., São Paulo: Leud, 2002, p. 115.

⁴⁸ STJ: “Tutela antecipada. SPC. SERASA. Contratos de dívida *sub judice*. Estando *sub judice* a matéria relacionada com os contratos e títulos da dívida, cabe deferir o pedido de sustação dos efeitos dos registros e protestos feitos contra os devedores com base naqueles contratos” (4ª T., REsp 213.580/RJ, j. de 5.8.1999, *RSTJ*, 132/435).

⁴⁹ STJ: “Direitos comercial e processual civil. Sustação de protesto. Cautelar inominada. Possibilidade jurídica. Recurso desacolhido. I – A sustação do protesto é medida excepcional que se justifica quando as circunstâncias de fato recomendam a proteção do direito do devedor diante de possível dano irreparável e da presença do *fumus boni iuris*, cabendo ao juiz o exame criterioso da espécie, apreciando com razoabilidade os valores em confronto, para não prejudicar eventual direito do credor, podendo, inclusive, exigir eficaz contra-cautela” (4ª T., ROMS 7.711/CE, j. de 19.2.1998, *Lex – STJ*, 108/77). “Processo civil. Cautelar inominada. Sustação de protesto. Concessão de liminar. Licitude. Recurso não conhecido. I - Lícito é ao juiz, divisando presentes cumulativamente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, conceder medida liminar de sustação de protesto requerida em sede de cautelar inominada” (4ª T., REsp 23.630/ES, j. de 21.2.1995, DJ de 27.3.1995).

⁵⁰ STJ, 4ª T., REsp 453.083/SE, Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 07.11.2002, DJ de 09.12.2002; 4ª T., REsp 285.279/MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. de 26.8.2003, DJ de 13.10.2003.

O colossal número de decisões monocráticas e acórdãos que admitem ambas as formas de provimento leva à conclusão de que existe na jurisprudência uma *dúvida objetiva* a legitimar qualquer das vias de postulação em casos delicados.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul enquadrrou com propriedade a questão em recurso que examinou a antecipação de tutela para sustar os efeitos do protesto de título como incidente da ação anulatória. A conclusão a que se chegou está na direção de que os meios de proteção jurisdicional de emergência, pela finalidade comum que apresentam, devem somar-se na busca do objetivo comum, ao invés de se excluírem.⁵¹

Ao lado disso, os pedidos de suspensão de assembléia em sociedade anônima têm tomado o mesmo rumo nas ações que objetivam a eficácia desconstitutiva da sentença de mérito.

O Superior Tribunal de Justiça aceitou a concessão de liminar autorizando a instalação de uma junta administrativa para gerir provisoriamente o Conselho Fiscal de uma Maternidade, enquanto se aguardava o julgamento da ação de nulidade de assembléia. Na ocasião, salientou que nem sempre é fácil distinguir com nitidez o que o autor pretende a título de tutela antecipada ou de medida cautelar, conceitos que não podem ser tratados como sendo absolutamente distintos. Pertencem ao *mesmo gênero* – o das medidas urgentes.⁵²

⁵¹ TJRS: “Ação cautelar e antecipação de tutela. Fungibilidade. Sustação de protesto e anulação de título cambial. A admissão de cautelares, quando aplicável a antecipação – e vice-versa – está assim assentada na natureza e na finalidade similares dos institutos, bem como, muitas vezes, na dificuldade prática em distingui-los. A reforma processual, ao prever a aplicação generalizada do último, apenas teve por escopo conferir maior elastério às partes, na proteção de direitos, diante do fator temporal. Veio para alargar o leque de medidas de urgência postas à disposição dos jurisdicionados – e nunca para restringi-las, como ocorreria se adotado entendimento rígido a respeito. Situação em que é de admitir-se ampla fungibilidade, relativamente a essas medidas de urgência, devendo ser observados apenas os requisitos legais exigíveis para cada caso. Medida cautelar que, ademais, poderia vir cumulada com o pleito principal. Agravo provido” (10ª CC., AI 70003293487, Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j. de 20.12.2001).

⁵² STJ, 3ª T., REsp 202.740/PB, Min. Castro Filho, j. de 25.5.2004, DJ de 7.6.2004.

A situação objetivamente *duvidosa* torna irrelevante a indagação a respeito do que seja verossimilhança, probabilidade, plausibilidade, mera aparência ou fumaça, para efeito de se equacionar a espécie de tutela requerida.

É irrelevante porque, no plano prático, tudo se passa pela preocupação em saber *se há perigo iminente ou atual de dano (irreparável ou de difícil reparação) para aquele que se apresenta titular de um direito provável*.⁵³

À semelhança do fenômeno verificado no sistema recursal, que tem autorização implícita do ordenamento, a fungibilidade pode manifestar-se no microssistema dos provimentos de urgência calcada na *dúvida objetiva* sobre o cabimento da espécie de tutela.

A divergência jurisprudencial legitima a utilização de qualquer das formas previstas no sistema, bastando que o órgão julgador - limitado aos contornos do pedido - aprecie o fato pela perspectiva do direito provável em estado de periclitamento iminente ou atual.⁵⁴

A intenção é expandir o princípio tradicionalmente reservado à disciplina dos recursos para os meios de impugnação em geral, de forma que a justiça se torne mais previsível em termos de acesso aos seus instrumentos de controle.⁵⁵

Em casos de urgência, o que menos importa é a forma e o entendimento pessoal do julgador. A necessidade de acesso ao debate de mérito em detrimento das

⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 132.

⁵⁴ TALAMINI, Eduardo. Medidas Urgentes (Cautelares e Antecipadas): a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de Rota para um Regime Jurídico Único. *Rev. Dialética de Dir. Proc.*, n. 2, p. 24.

⁵⁵ A idéia foi lançada com pioneirismo no magistério de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: “Logo, nos dias atuais essa regra não pode ficar restrita aos recursos, porque manipula-se o sistema de impugnação às decisões judiciais para obter efeitos, para cassar efeitos, com mandado de segurança, com medidas cautelares, com meros pedidos, e com recursos. (...) No meu entender, aí está outro exemplo interessante para se dizer que, de fato, hoje em dia, as dimensões que se emprestam ao princípio da fungibilidade devem ser muito maiores” (O mandado de segurança contra ato judicial. *RePro*, 107/239).

divergências de opinião é um sinal dos novos tempos que repugnam a insegurança da justiça lotérica.⁵⁶ Aqui, a fungibilidade se faz em nível *hermenêutico*.

Ademais, interessa efetivamente na demanda a exposição dos fatos e a precisa formulação do pedido, pouco importando o nome atribuído à ação.⁵⁷ Esse marco metodológico habilita examinar mais a fundo uma outra categoria de fungibilidade que se apresenta no campo dos *pressupostos* da medida, figura bem familiar do velho brocardo *iura novit curia*.

5. FUNGIBILIDADE DE PRESSUPOSTOS

Sabe-se que houve alteração legislativa sobre o assunto com a chegada da Lei 10.444/2002. O Congresso Nacional fez importantes modificações no instituto da tutela antecipada de que tratam os art. 273 e 461 do Código de Processo Civil.

Além de outros implantes recomendados pela doutrina (*v.g.*, a antecipação fundada no pedido incontroverso), foi acrescentado o § 7º no art. 273 do Código, que diz o seguinte: “*Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de*

⁵⁶ De acordo com EDUARDO TALAMINI: “Em situações como essas, em que há disputa séria e objetivamente exteriorizada acerca da natureza da medida de urgência, parece ser o caso de o juiz, ainda que pessoalmente convencido de que a via adequada era a outra que não a adotada pelo requerente, relevar esse aspecto formal e passar à análise dos demais requisitos para a concessão da providência” (*Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 369).

⁵⁷ STJ: “Ademais, vindo a parte ao juiz expor fatos e alegar direitos, pedindo que sejam cancelados desde logo os registros negativos feitos por falta de pagamento de dívida que considera inexistir, cabe examinar a pretensão, sendo irrelevante o nome atribuído à providência processual esperada. É certo que poderia surgir a questão processual do pedido de cautela feito na mesma petição da ação principal, mas isso é outra formalidade também superável” (4ª T., REsp 213.580/RJ, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. de 5.8.1999, RSTJ, 132/439). Na ocasião, o Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO lançou o seguinte voto: “Também acompanho o Ministro-Relator, ao entendimento de que, na espécie, prepondera o aspecto da antecipação da tutela sobre a tutela cautelar, na medida em que o pedido liminar, na realidade, busca a antecipação de parte daquilo que a autora estaria a reivindicar judicialmente. Mesmo que assim não fosse, todavia, entendo que seria de deferir a medida, considerando que, não obstante as duas figuras sejam bem distintas, a evolução científica tem caminhado no sentido de admitir a fungibilidade em se tratando de tutela de urgência, quando presentes os requisitos, sem embargo da rigidez do sistema adotado no Código de 1973 quanto às cautelares” (RSTJ, 132/443).

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

A idéia então lançada, de conformidade com as razões do anteprojeto que a propôs, foi a de inserir no sistema uma espécie de fungibilidade procedimental entre as medidas de natureza cautelar e antecipatória, com a intenção de evitar congestionamentos inúteis na marcha do processo ou o indeferimento leviano de petições apenas por amor à forma do procedimento.

5.1 Uma análise da Lei 10.444/2002

A primeira impressão que se tem do novo comando é que o legislador veio chamar a atenção da comunidade jurídica para o fato de ser *irrelevante a nomenclatura* utilizada na petição. A preocupação do órgão julgador deve repousar no conteúdo do pedido para, a partir daí, identificar o enquadramento jurídico a ser ministrado na espécie.

Por isso que o juiz concederá a medida cautelar se o pedido possuir natureza cautelar e estiverem presentes os pressupostos, independentemente do *nome* que lhe haja sido empregado. A mensagem do § 7º do art. 273 do estatuto processual traz à discussão o problema aparente das nomenclaturas.

A fungibilidade pode ser aplicada para adequar o pedido ao regime jurídico correspondente à sua natureza. Ou seja, o juiz deve desconsiderar o revestimento formal e buscar no conteúdo da demanda o enquadramento jurídico apropriado, tanto na hipótese em que se chama de medida cautelar quanto naquela que se rotula de tutela antecipada.

A esse fenômeno a doutrina autorizada vem chamando de *duplo sentido vetorial entre as medidas urgentes*.⁵⁸

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 92-94.

Cuide-se de medida cautelar ou de antecipação de tutela, o que importa é a *natureza do provimento*. O pedido será examinado pelo juiz sob a disciplina que entender mais adequada à espécie fática retratada na petição.

Isso é sinal de que o propósito almejado pela reforma foi o de prestigiar o *tratamento substancial das postulações*, fazendo com que o *erro de forma* não prejudique o aproveitamento dos atos processuais, conforme determina o princípio da instrumentalidade (CPC, art. 244 e 250).⁵⁹⁻⁶⁰⁻⁶¹

Pelo que se pode extrair daquele preceito, o dispositivo se refere ao *erro de qualificação formal*. Se assim o é, a mensagem do texto não inova o panorama processual brasileiro. Apenas explicitou algo que já existia. Com base nisso, tem-se afirmado ser desnecessária a exposição feita no art. 273 do Código, considerando princípios há muito consagrados em nosso ordenamento.⁶²

A correção que venha a ser feita sobre o erro de qualificação nominal cometido pelo advogado do requerente não provoca, em termos materiais, a substituição de um pedido por outro, sob pretexto de ser tecnicamente mais adequado. O

⁵⁹ Para o Prof. ARRUDA ALVIM: “Em certa escala o *erro de forma* não tem significação *mais expressiva* em prejuízo do direito, tendo em vista o disposto do que já constava e subsiste no art. 250 do CPC. É claro, todavia, que esse § 7º do art. 273 coloca como inequívoco o dever do juiz de *aproveitar* o requerimento de tutela antecipada e dar-lhe um *tratamento substancial* de medida cautelar” (Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. *RePro*, 108/109).

⁶⁰ STJ: “Processual civil. Princípio da instrumentalidade das formas. Acórdão que corrige equívoco cometido em decisão agravada que concede tutela antecipada, transformando-a em medida liminar. Possibilidade. Art. 244 do CPC. Presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* justificadores da concessão da medida liminar. Recurso especial improvido. 1. Não viola os arts. 128 e 273 do CPC o Acórdão que obediente ao comando do art. 244, do Diploma supracitado, aplica o princípio da instrumentalidade, se o despacho concessivo da tutela antecipada apresentou condições de aproveitamento, posto que, como bem salientado no Acórdão recorrido, ocorreu engano apenas quanto à expressão utilizada, devendo remanescer o provimento liminar pois presentes os requisitos necessários à sua concessão: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* ensejadores à sua concessão. 2. Recurso Especial conhecido e improvido” (1ª T., REsp 172.182/SP, Min. José Delgado, j. de 17.8.1998, DJ 21.9.1998).

⁶¹ TJMG: “Os princípios da instrumentalidade e da fungibilidade permitem seja a tutela pretendida antecipada, ainda que intentada medida cautelar inominada, se presentes os requisitos para tanto, a teor do que dispõe o artigo 273, § 7º, do Código de Processo Civil” (8ª C.C., Ap. 1.0000.00.352116-8/000, Des. Pedro Henriques, j. de 5.2.2004).

⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma*, cit., p. 93; BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 127.

requerimento formulado pela parte continua sendo essencialmente o mesmo, significando isso que *a substituição não está no plano dos pedidos, mas sim na técnica dos pressupostos*.

Imagine o leitor uma ação de obrigação de entregar coisa certa a que se acompanha pedido de “tutela antecipada”. O autor requer seja imediatamente depositado em juízo o bem móvel litigioso, alvo de fundado receio de rixas ou danificações.

O juiz, diante desse pedido e abstraída a denominação utilizada, haverá de enquadrá-lo na disciplina do seqüestro e, se preenchidos os pressupostos do art. 822 e seguintes do CPC, não terá outro caminho senão deferir a *mesma providência então postulada*.⁶³

O pedido de seqüestro do bem litigioso, a despeito de mal rotulado, continuou a ser tipicamente cautelar, o qual, cuidadosamente analisado, findou deferido de acordo com a inicial.

Aquilo que já possuía natureza cautelar – apesar de intitulado *com outro nome* – foi apreciado com base nos pressupostos pertinentes e como medida cautelar restou finalmente concedido.⁶⁴ Não houve qualquer alteração do pedido, seja no sentido imediato, que é a tutela mandamental, seja como pedido mediato, que é a segurança provisória do bem da vida.

⁶³ TJMG: “Tendo a autora requerido medida de natureza cautelar a título de antecipação de tutela, com respaldo no § 7º, do artigo 273, do Código de Processo Civil - parágrafo acrescentado pela Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002 - pode o magistrado conceder a medida cautelar, apesar de ter sido requerida providência antecipatória de tutela, quando presentes os requisitos para tanto. A ação cautelar tem como característica principal ser instrumental e acessória do processo principal. - A ação cautelar não é, pois, um fim em si mesmo - e tem como requisitos para a sua concessão a possibilidade da existência do direito pleiteado pelo requerente (*fumus boni iuris*) e o perigo de ineficácia da ação principal (*periculum in mora*)” (5ª C.C., AI 000.300.380-3/00, Des.^a Maria Elza, j. de 5.12.2002).

⁶⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *CPC comentado*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 652; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. A Antecipação de Tutela de Acordo com a Lei 10.444/2002. *Rev. Dialética de Dir. Proc.*, n. 2, p. 53.

A direção inversa é perfeitamente possível quando se está no território do revestimento formal. Daí o *duplo sentido vetorial* a que se reporta o Prof. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO.⁶⁵

A parte utilizou o processo cautelar para pedir uma liminar de sustação de protesto. Tendo o juiz o entendimento pessoal de que a medida contém caráter satisfativo, deverá analisá-la de conformidade com os pressupostos do art. 273 ou 461 do Código para, se presentes, antecipar parcialmente os efeitos da provável sentença de nulidade do título de crédito questionado.⁶⁶ Se considerar que a providência é meramente cautelar, o raciocínio é o mesmo por vias transversas.⁶⁷

O Superior Tribunal de Justiça vem aplicando a substituição de pressupostos no âmbito da ação cautelar inominada de efeito satisfativo.⁶⁸⁻⁶⁹ Em determinado

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma*, cit., p. 92.

⁶⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 124; SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Novos contornos do instituto da tutela antecipada e os novos paradigmas do sistema processual civil (Lei 10.444/2002). *RePro*, 112/109. No exemplo da sustação de protesto, cumpre lembrar que, ao lado dessa fungibilidade de pressupostos, existe uma outra categoria de fungibilidade, de caráter hermenêutico, que autoriza, *porque calcada na dúvida objetiva*, a análise da sustação de protesto tanto pelo ângulo da tutela cautelar como pelo da tutela antecipatória.

⁶⁷ TJPR: “Sendo assim, em que pese a decisão impugnada tenha sido denominada de antecipação de tutela e tecnicamente tenha natureza cautelar, diante da ampla possibilidade de fungibilidade das medidas, a sua denominação não afeta o seu conteúdo. Ainda que o Agravante alegue a ausência dos requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela, foi correta a prestação jurisdicional acautelatória de impedir que o Agravante providenciasse a inscrição do nome da Agravada nos cadastros restritivos de créditos, ou se já inscritos promovesse a devida exclusão, sob pena de pagamento de multa diária no caso de descumprimento, vez que, à evidência, foram cumpridos os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*” (18ª C.C., AI 148.654-4/Curitiba, Des. Clayton Camargo, j. de 23.12.2003).

⁶⁸ STJ, 2ª T., REsp 889.886/RJ, Min. Humberto Martins, j. 07.08.2007, DJ 17.08.2007; 3ª T., REsp 653.381/RJ, Min.ª Nancy Andriahi, j. 21.02.2006, DJ 20.03.2006.

⁶⁹ TRF/5ª Região: “Com a inclusão do parágrafo 7º no art. 273 do Código Processual Civil, restou positivado na legislação pátria um posicionamento de há muito já defendido pela melhor doutrina, relativo à fungibilidade dos provimentos de urgência. Embora este dispositivo só faça referência à concessão de provimento cautelar quando o autor houver postulado um pedido de tutela antecipada, é consabido que não há fungibilidade de mão única, e nada obsta a que o julgador conheça do pedido cautelar como tutela antecipada se lhe parecer que esta é a medida cabível na espécie” (1ª T., AI 58.392/PE, Des. Francisco Wildo, j. 17.02.2005, DJ de 14.3.2005). “Processual civil e Administrativo. Cautelar incidental. Natureza satisfativa. Fungibilidade das medidas urgentes. Possibilidade. Sindicância. Ato administrativo que não observou a decisão judicial proferida. Arquivamento. I - É possível aplicar-se o princípio da fungibilidade quando o pedido cautelar tem natureza satisfativa, conhecendo-se como se de tutela antecipada fosse” (3ª T., Ap. 260.452/PE, Juiz Manoel Maia, j.

precedente, ajuizou-se uma ação cautelar de sustação de protesto, mas findou extinta sem julgamento de mérito por inadequação da via eleita.

A Corte Superior reformou o decreto de extinção por entender que mais relevante que o dissídio acadêmico é a necessidade de se resguardar o direito material que a parte tem de não ser constrangida moralmente com o seu nome na lista de devedores.⁷⁰ Determinou-se a exclusão do nome do suposto devedor da lista de inadimplentes administrada pelos órgãos de proteção ao crédito, ao invés de indeferir a petição inicial por inadequação da via eleita.

Observe-se que se alguma coisa fez o julgador não foi mais do que simplesmente *desconsiderar a denominação atribuída àquele requerimento*, permanecendo, todavia, vinculado à causa de pedir e ao pedido deduzidos.

Nesse caso, registre-se que a operação técnica foi realizada em ação cautelar antecedente, o que só confirma a tese de que é sistematicamente possível o manejo da tutela antecipada em *procedimento preparatório* de outra ação principal. Essa é uma outra manifestação do princípio – fungibilidade sistemática – que será demonstrada em tópico mais à frente.

5.2 A introdução da Lei 11.280/2006 para a ação rescisória

Na seqüência das reformas do CPC, a Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, alterou a redação do art. 489 do CPC. Agora, o novo preceito contém o seguinte enunciado: *“O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença*

19.8.2004, DJ de 15.4.2005); “Constitucional e Processual Civil. Ação cautelar incidental em ação rescisória. Contribuição Previdenciária. Detentores de mandato eletivo. Câmara Municipal. Legitimidade *ad causam*. Lei nº 9.506/97. Inconstitucionalidade. (...) 2 - Tendo o Supremo Tribunal Federal declarado inconstitucional a alínea "h", do inciso I, do art. 12, da Lei nº 8.212/91, acrescida pelo § 1º, do art. 13, da Lei nº 9.506/97 (RE nº 351717/PR, rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 08/10/03, unânime), é inexigível o recolhimento de Contribuição Previdenciária por parte dos agentes políticos. 3 - Real intenção de obter medida ativa e não suspensiva dos efeitos da coisa julgada. Aplicação do princípio da fungibilidade das tutelas de urgência. (CPC, art. 273, § 7º). 4 - Existência dos pressupostos autorizadores da medida requerida, no sentido de suspender a cobrança da exação. 5 - Ação cautelar precedente” (Pleno, MC 1.946/CE, Des. Marcelo Navarro, j. 09/11/2005, DJ 15/12/2005).

⁷⁰ STJ, 3ª T., REsp 627.759/MG, Min.^a Nancy Andrighi, j. de 25.04.2006, DJ 08.05.2006.

ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela”.

A Lei 11.280/2006 deu corpo e alma a um fenômeno que a jurisprudência, com o auxílio da doutrina, já havia consolidado na prática. Reconhecida a possibilidade de tutela cautelar ou antecipada na ação rescisória, o princípio da *fungibilidade de pressupostos* continua aplicável como técnica de adequação do pedido ao modelo jurídico correspondente à sua natureza.⁷¹

No caso, independentemente do nome atribuído ao pleito, a subsunção pode ser feita dentro da disciplina que o órgão julgador entender mais apropriada. Normalmente, quando se cuida de suspensão do julgado rescindendo, convém submeter o pedido aos pressupostos da tutela antecipada genérica (CPC, art. 273, inc. I).

Esse é um dado objetivo de que não ocorre uma substituição de pedidos, mas sim uma *fungibilidade que se encontra no campo dos pressupostos da tutela urgente*.

5.3 O brocardo *iura novit curia* explícito no sistema

Alguns autores vêm apontando no § 7º do art. 273 do CPC a exigência de *dúvida objetiva* para aplicar a fungibilidade, quando não houver erro grosseiro da

⁷¹ O STJ, poucos meses antes de entrar em vigor a Lei 10.444/02, mas já fazendo alusão ao anteprojeto que tramitava no Congresso Nacional, assumiu posição a respeito do cabimento da medida urgente em ação rescisória que objetiva suspender provisoriamente os efeitos do julgado rescindendo. Entendendo tratar-se de *providência cautelar*, considerou a Corte de somenos importância o debate técnico em face da economia processual que se homenageia com o emprego da fungibilidade, de sorte que o requerimento intitulado de tutela antecipada fíndou apreciado pela ótica da medida cautelar (3ª T., REsp 351.766/SP, Min.^a Nancy Andrighi, j. de 6.5.2002, DJ de 26.8.2002). A mais alta Corte em matéria infraconstitucional está caminhando na direção da melhor exegese sistemática (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescidente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 288).

parte. Para essa corrente, somente será viável o aplicativo em hipóteses excepcionais de incerteza quanto à natureza da tutela pleiteada.⁷²

Todavia, não parece ser a mensagem da Lei 10.444/2002. Aquele comando estabelece a necessidade de se abstrair a denominação empregada pelo advogado da parte, atentando para o conteúdo do pedido e seus respectivos pressupostos. Tal exigência sempre esteve presente em nosso sistema, independente da dúvida objetiva que paira sobre a natureza jurídica da demanda ou do erro grosseiro cometido.

É verdade que a dúvida objetiva decorrente da controvérsia jurisprudencial constitui uma outra modalidade de categoria fungível, tradicionalmente aplicável aos recursos e agora extensível aos provimentos urgentes. Daquela espécie cuida o item 4 do presente trabalho, a propósito do que se chamou de *fungibilidade hermenêutica*. A fungibilidade que se opera no plano das interpretações vem de ser extraída do sistema jurídico como um todo, e não propriamente do § 7º do art. 273 do Código.

Naquela hipótese, havendo dúvida objetiva, não há erro de qualificação formal na medida em que *qualquer das duas formas de postulação está correta à luz da jurisprudência e da doutrina*. A fungibilidade hermenêutica, que se apóia na dúvida objetiva, é aplicável quanto às várias interpretações existentes nos tribunais. O juiz não precisa substituir os pressupostos invocados. Examina *a pretensão tal como apresentada pelo autor*, considerando não ter havido erro grosseiro.

Já a modalidade trazida com a Lei 10.444/2002 revela uma fungibilidade que sempre haverá enquanto o juiz discordar da nomenclatura utilizada pela parte, tenha ou não havido erro grosseiro. Discordando, ele analisa o pedido pelos requisitos da medida que considerar a mais correta, fazendo aí uma espécie de substituição de pressupostos.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 154; NETO, Luiz Orione. *Processo cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67.

Aliás, essa técnica de adequação deve ser aplicada *principalmente quando houver erro grosseiro*. Se o autor, a título de “tutela antecipada”, pleiteia uma providência que tudo indica ser um arresto cautelar, o órgão judicial haverá de enfrentar a espécie pela disciplina do arresto, na forma dos artigos 813 e 814 do CPC.

A técnica possui nítida familiaridade com o brocardo *iura novit curia (da mihi facta, dabo tibi jus)*, segundo o qual o magistrado se presume conhecedor do Direito para aplicar o enquadramento jurídico apropriado ao pedido e aos fatos levados à sua apreciação.⁷³

Não há motivo que justifique a limitação do § 7º do art. 273 aos casos de dúvida objetiva ou ausência de erro grosseiro. O problema do *revestimento formal* é tão irrelevante que não altera o conteúdo da demanda, motivo pelo qual a substituição de pressupostos deve ser aplicada principalmente diante do *equivoco cometido sobre a nomenclatura* técnica do pedido, ainda mais considerando que o jurisdicionado não tem consciência desse pormenor de importância secundária.

Exigir a dúvida objetiva para se aplicar a fungibilidade de pressupostos prevista no § 7º do art. 273 do CPC contraria o próprio dispositivo legal, afronta a lógica do sistema, desprestigia toda a campanha pela instrumentalidade do processo

⁷³ Com todo o respeito, discorda-se do acórdão do STJ que, considerando a diversidade de pressupostos, afirmou: “O Tribunal não pode transmudar o pedido de tutela antecipada em pedido de liminar em ação cautelar” (1ª T., REsp 163.854/RS, j. de 11.3.1999, DJ de 31.5.1999). Absolutamente correta, quer nos parecer, a tese do aresto então recorrido, do TRF da 4ª Região: “Processo Civil. Agravo de Instrumento. Depósito, até julgamento da ação, dos valores descontados dos servidores a título de Contribuição para a Seguridade Social. Pedido de natureza cautelar formulado como antecipação da tutela. Irrelevância. 1. Se da narração dos fatos descritos na exordial restar evidenciada a finalidade da ação, e se o pleito, de outro lado, encontra ressonância no ordenamento jurídico, não pode o magistrado se furtar à entrega da prestação jurisdicional em razão de errônea interpretação da lei pela parte ou mesmo de erro no enquadramento legal do pedido. 2. Não impede o deferimento do pedido de depósito – que constitui pedido cautelar, porquanto não satisfaz o direito reclamado na ação, apenas o acautela até o trânsito em julgado da sentença -, o fato de ter sido formulado como antecipação da tutela. 3. O depósito de valores à ordem do juízo constitui o modo mais seguro de garantir às partes a manutenção do *status quo ante* até o julgamento da ação, sendo mínima a restrição que acarreta aos direitos dos litigantes, devendo ser deferido se presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*”.

e pelo acesso à Justiça, enfim, inutiliza a obra do legislador que vem sendo aplaudida pelos setores mais eminentes da doutrina.⁷⁴

O órgão judicial está vinculado aos fatos jurídicos afirmados - causas de pedir próxima e remota - e aos limites do pedido deduzido pelo autor (CPC, art. 128 e 460), elementos esses que, conjuntamente com as partes, identificam a composição da ação (CPC, art. 301, § 2º).⁷⁵

O fundamento jurídico da demanda, que é seu substrato verdadeiro, não se confunde com o fundamento legal.⁷⁶ No máximo, o fundamento legal erroneamente apontado poderá influenciar o raciocínio do julgador ou legitimar a abertura do contraditório. Longe está de impedir a subsunção mais adequada (CPC, art. 126).⁷⁷⁻

78

⁷⁴ TALAMINI, Eduardo. Medidas Urgentes (Cautelares e Antecipadas): a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de Rota para um Regime Jurídico Único. *Rev. Dialética de Dir. Proc.*, n. 2, p. 25; DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. *RePro*, 122/204.

⁷⁵ STJ: “Processo Civil. Adstrição do juiz ao pedido da parte. Julgamento *extra petita* (inocorrência). Não alterada a natureza do pedido imediato (ação condenatória, sentença condenatória), não é *extra petita* o julgamento que se valeu de regra jurídica diversa da invocada, pelo autor, na inicial. Caso em que a aplicação da lei envolveu questão de direito, somente. *Iura novit curia*. Acórdão local que não desatendeu o disposto nos arts. 128 e 460. Recurso especial não conhecido” (3ª T., REsp 5.239/SP, Min. Nilson Naves, j. de 5.3.1991, *RSTJ*, 21/432). Nesse sentido, antigo aresto do STF: “Deve a parte, ao ingressar em juízo, estadear os fundamentos jurídicos de sua pretensão. Mas tais fundamentos constituem rotineiro que o juiz pode não seguir, desde que não se afaste das balizas do pedido. E a cita errônea de dispositivo de lei pode ser corrigida pelo juiz, sem que ele, a essa conta, infrinja o *sententia debet esse conformis libello*” (STF, RE 13.620/DF, Min. Orozimbo Nonato, j. de 14.4.1950, *RF*, 132/424).

⁷⁶ É clássica a lição de PONTES DE MIRANDA: “Os fatos e os fundamentos, diz o art. 282, III. É preciso que o juiz conheça o que se pede e porque se pede; e o réu, citado, possa defender-se, isto é, saiba o que se pediu, contra ele, ao juiz. Não se exige a referência a determinado texto de lei. *Iura novit curia*. (...) O autor aponta o suporte fático; ao juiz cabe ver qual a regra jurídica em que se aloja e da qual se irradia o direito, a pretensão, a ação ou a exceção, que se invoca. Por outro lado, há de a exposição bastar à defesa do réu: ninguém se pode defender se não conhece o que se pede ao juiz. A clareza e precisão, que se exigem, são a clareza e precisão que sejam necessárias à inteligência do pedido, de modo que possa o réu preparar a defesa” (*Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 282-443*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. IV, p. 18-19).

⁷⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2001, pp. 160-161; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, pp. 82-83; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. *CPC comentado*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 671.

⁷⁸ Não só em relação às ações atípicas se verifica o que se vem de afirmar. Veja-se o caso da ação rescisória, onde também se dispensa a mera indicação do inciso do art. 485 do CPC que se considera

A exposição ordenada dos fatos aos quais se atribui uma determinada consequência jurídica (causa de pedir) e a formulação correta do pedido perante o órgão julgante é o suficiente, em nível essencial de conteúdo, para validar o processamento da ação como veículo de abertura do processo que provoca a emissão de uma tutela jurisdicional de mérito.

O enquadramento legal (*Da mihi facta, dabo tibi jus, iura novit curia*) é consequência do tipo de demanda proposta, encarada não em virtude do nome que ostente ou do rótulo nela estampado, mas dos elementos objetivos e subjetivos que intrinsecamente a compõem.⁷⁹ São as partes, os fundamentos de fato e de direito (causas de pedir) e o pedido.⁸⁰

O próprio bem da vida em discussão, que é o objeto mediato e o que de mais importante existe na demanda, tem estreita ligação com os fatos trazidos aos autos, de maneira que o objeto litigioso se identifica em função da causa de pedir a ele

ofendido. Aplica-se à ação rescisória o princípio do *iura novit curia*: STJ, 4ª T., REsp 7.958-0/SP, Min. Sálvio de Figueiredo, j. de 01.12.1992, RSTJ, 48/136; 4ª T., REsp 23.182-0/GO, Min. Sálvio de Figueiredo, j. de 25.10.1994, *Lex – JSTJ*, 72/119. Na doutrina: BARBOSA MOREIRA, J. C. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. *Temas de direito processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 210.

⁷⁹ É por essas razões – consoante FRITZ BAUR – que o brocardo está submetido a limites no processo civil. “Estes limites resultam do objetivo do processo civil. Este está destinado a viabilizar a realização e o respeito dos direitos privados. Regra geral estes direitos estão submetidos à disposição das partes. As partes fundam esses direitos, podem-nos transferir, renunciá-los etc. As relações entre as partes e o Tribunal encontram-se ligadas: o Tribunal não é chamado a decidir senão quando as partes lhe tenham solicitado, e somente no limite determinado pelas partes. É dentro das balizas de tais limites que o Tribunal deve esclarecer os fatos e aplicar o direito. A tarefa do Tribunal, em matéria de processo civil, não é aquela de fixar, ele mesmo, o objeto da decisão, a extensão da instrução e a aplicação do direito” (Da importância da dicção *iura novit curia*. *RePro*, 3/176-7).

⁸⁰ Na literatura brasileira, é moeda corrente nos manuais mais prestigiados (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, v. 2º, § 363, p. 79), valendo a pena conferir com mais vagar ARAKEN DE ASSIS (*Cumulação de ações*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 139). Na literatura articulada: DELGADO, José Augusto. A sentença judicial e a Constituição Federal de 1988. *RF*, 310/38. A regra inscrita no brocardo é de todo universal, a exemplo de como é vista por eminente escritor genebrês: “*Les parties ne sont d’ailleurs nullement obligées de produire les textes applicables à leur cas et peuvent ne pas manifester leur opinion – si elles en ont une – à cet égard. Elles ont par contre le droit de le faire et d’ajouter à leur exposé des faits une motivation en droit: le juge devra cependant même dans cette hypothèse rechercher d’office la règle de droit applicable à l’espèce, et non pas s’en remettre aux allégations des parties*” (HABSCHEID, Walther J. *Droit judiciaire privé suisse*. deuxième éd., Genève: Librairie de l’université, 1981, § 42, p. 258 e § 57, p. 366).

subjacente.⁸¹ A ação se individualiza com os dados da relação substancial,⁸² nada importando o nome posto à sua frente.⁸³

A fungibilidade de pressupostos, sendo uma das facetas por que se manifesta o fenômeno, deriva do princípio *iura novit curia* que sempre existiu no sistema, mas que foi consagrado em comando específico pela Lei 10.444/2002.

5.4 Uma leitura crítica da reforma processual

O propósito almejado pelo legislador da Lei 10.444/2002 só fez inserir num âmbito mais específico um princípio que há muito tempo – há quem diga fazer quase mil anos - vem funcionando com o nome latino de *iura novit curia*.⁸⁴

Significa que o órgão jurisdicional deve conhecer bem o Direito para aplicar o regime jurídico adequado à natureza da medida judicial a ser tomada.⁸⁵ Basicamente é isso que se diz no art. 126 do Código de Processo Civil e, nesse particular, na redação do atual § 7º do art. 273 do mesmo estatuto.

⁸¹ STJ: “A *causa petendi* e o pedido demarcam a natureza da tutela jurisdicional pretendida (*sententia debet essa conformis libello*)” (4ª T., REsp 196.448-RJ, j. de 6.4.1999, DJ de 29.11.1999).

⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002, p. 30.

⁸³ “Ação rescisória – Incompetência do juízo. Embora a parte tenha rotulado a ação de exibição de documentos de medida cautelar, isso não implicará nulidade da sentença que acolheu a demanda como autônoma, pois o erro de nome da ação é irrelevante” (TJPR, 2º G.C., AR 10/78, Des. Abraão Miguel, j. de 12.8.1982. In: ARRUDA ALVIM, J. M. *Jurisprudência do CPC*. São Paulo: RT, 1978, v. 13, p. 7).

⁸⁴ CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA entende que “O simples nome não apresenta qualquer relevância jurídica, constatação realizada há quase mil anos na célebre decretal do Papa Alexandre III, de 1160, Livro II, título I, *de judiciis*, Cap. VI, ao dispensar a parte de exprimir no libelo o nome da ação, bastando a proposição clara do fato motivador do direito de agir (...). Se a parte forneceu o fato jurídico consubstanciador da *causa petendi* e formulou pedido de segurança, o enquadramento jurídico constitui tarefa exclusiva do órgão judicial: *iura novit curia*” (Perfil dogmático da tutela de urgência. *RF*, 342/27).

⁸⁵ A esse respeito, já se disse em nível máximo de jurisdição: “A adstrição do Juiz ao pedido, nos termos do art. 128 do CPC, não o vincula aos incisos legais invocados, pois a ele compete aplicar o Direito, *jura novit curia*” (STF, 1ª T., RE 105.637/PE, Min. Rafael Mayer, j. de 30.8.1985, *RTJ*, 115/932).

A única explicação para essa operação legislativa é que os problemas da vida prática foram tão desastrosos a ponto de ser necessário estampar no Código – por mais óbvio que pareça – um comando que autoriza o juiz a conceder a medida cautelar quando estiverem presentes os pressupostos, embora requerida sob denominação diversa.

A leitura que se pode fazer tem o sentido de um mandamento. E tal se deve – nesse ponto ninguém ousará discordar – ao estado de lamentável balbúrdia gerada pelos aplicadores do Direito, em certo aspecto até influenciados pela instabilidade doutrinária, que alcançou níveis tão absurdos que fez o legislador injetar na lei um princípio há muito conhecido de nossa tradição e devidamente positivado no sistema processual.

Basta dizer que o nome dado à ação (ou aos pedidos) é o fator determinante para o cabimento da medida e sua eventual concessão. Casos de nossa experiência demonstram quão preocupantes são posturas de completa falta de responsabilidade diante de situações sérias de urgência. A substância do litígio é simplesmente relegada a plano secundável em função do revestimento formal com que se apresenta em juízo.

Tem-se conhecimento, por exemplo, de uma petição inicial, com pedido de tutela antecipada *inaudita altera parte*, que foi indeferida sob o argumento de que, em se tratando de providência liminar sem ouvida do réu, somente pelo procedimento cautelar seria possível, por conta do art. 804 do Código. A par de se ter vedado o acesso da parte à jurisdição de urgência, ficou patente a crença de que o procedimento está acima de tudo.

Esse exemplo demonstra que o juiz não atentou para o caráter da demanda, considerando que, por qualquer das vias, o pedido continuaria o mesmo. Em verdade, não se teve mínima consciência da natureza daquela medida e, o que é pior, da urgência com que deveria ser examinada em seus pressupostos, quando sequer o foi.

O instituto da antecipação de tutela há muito foi incorporado em nosso sistema jurídico, como já acontecia nos interditos possessórios, as liminares em mandado de segurança, em ação civil pública e assim por diante. A vinda do dispositivo genérico do art. 273, antes de excluir outras vias de proteção jurisdicional imediata, conjugou esforços para completar o sistema, agora com melhor técnica e alcance.

A experiência de pouco mais de uma década outra coisa não fez senão incutir na comunidade jurídica e no espírito do legislador a necessidade premente de que a aceitação da fungibilidade é uma saída razoável para contornar os inúmeros problemas emergentes da vida moderna.⁸⁶

O que importa relatar é que mais uma vez ficou explícita a orientação no sentido de que, não alterada a substância do pedido, não há obstáculo irremovível à admissão de um requerimento por outro, determinando-se que o processamento siga a disciplina adequada ao verdadeiro conteúdo da postulação.

5.5 A proscrição do processo cautelar incidental

A inovação trazida com a reforma de 2002 foi a permissão dada pela lei para se postular uma medida cautelar incidentalmente no processo principal, sem que para tanto se formalizem autos em apenso, gerando relação processual paralela. Para o legislador da reforma, o que sempre foi disciplinado como *processo incidente*

⁸⁶ É justo observar que não foi por falta de recomendação da melhor doutrina, a exemplo da advertência feita por BARBOSA MOREIRA, ao analisar as primeiras reformas da década de 90. Naquela passagem, pontuou o mestre carioca que existia na prática um fenômeno de *relativa indistinção* entre a antecipação de tutela e a tutela cautelar, a partir do momento em que providências essencialmente cautelares são às vezes requeridas como providências antecipatórias. Não estranhou ele a confusão devido à própria dificuldade que existe do ponto de vista dogmático e científico, quando se pretende traçar uma linha divisória perfeitamente nítida entre os dois terrenos. Bem se vê que a avaliação feita pelo emérito processualista constitui a pedra fundamental para se estabelecer um *tratamento sistematicamente uniforme dos provimentos de urgência* (BARBOSA MOREIRA, J. C. As reformas do código de processo civil: condições de uma avaliação objetiva. *RF*, 335/102).

agora poderá - o que parece de inteiro bom senso - ser oferecido como mero *incidente do processo*.⁸⁷

A alteração legislativa foi útil para quem ainda duvidava que o sistema fornecesse a guarida necessária desde quando veio ao mundo jurídico a Lei 8.952/94, a qual possibilitou a tutela antecipada genérica como simples incidente do processo de conhecimento ou de execução, em qualquer grau de jurisdição.⁸⁸

De fato, havia perdido utilidade o processo cautelar incidental a partir do momento em que passou a tutela antecipada a ser analisada por simples requerimento nos autos, gerando decisão interlocutória.⁸⁹⁻⁹⁰

Eventual pedido que venha a ser deduzido em autos apartados constitui *simples irregularidade* que não contém efeito negativo para o processo. Ao invés de ser indeferida de plano a inicial, os pressupostos da medida urgente devem ser devidamente analisados como se fosse um incidente qualquer.⁹¹

Caiu por terra a necessidade do velho processo cautelar em apartado, a menos que seja preparatório, quando ainda não aforada a lide principal. Esse foi um ponto louvável na reforma do Código que resultou na proscrição do processo cautelar incidental, para o qual não há mais interesse de agir em face da política legislativa que prima pela simplicidade dos procedimentos.

⁸⁷ SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Novos contornos do instituto da tutela antecipada e os novos paradigmas do sistema processual civil (Lei 10.444/2002). *RePro*, 112/110.

⁸⁸ O legislador deu outro recado, dessa vez com a Lei 10.259/01, que dispõe sobre os Juizados Especiais na Justiça Federal. Assinala que o Juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação (art. 4º).

⁸⁹ Nesse sentido já opinavam antes da reforma de 2002: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. *RF*, 342/27; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY Jr., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001, p. 1101.

⁹⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Medidas de urgência, antecipatórias e cautelares, e sua reformulação legislativa. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). *Direito Processual – Inovações e perspectivas, Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 112.

⁹¹ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. A fungibilidade na tutela de urgência (uma reflexão sobre o art. 273, § 7º, do CPC). *RePro*, 112/79.

6. FUNGIBILIDADE SISTEMÁTICA

Ficou consignado no tópico anterior que o § 7º do art. 273 do Código é prova de que a reforma processual impôs o dever do órgão judicial atentar para a composição da demanda, sendo irrelevante a nomenclatura utilizada. Tal é o sentido da mensagem que institui em termos explícitos o brocardo *iura novit curia* no microssistema das medidas urgentes.

No entanto, a leitura do preceito não deve ficar circunscrita a uma interpretação gramatical. Urge buscar na sua estrutura lógica o máximo rendimento hermenêutico que ela possa produzir. A intenção é extrair o sentido dinâmico do texto para demonstrar que a sua vontade é estabelecer um intercâmbio sistemático entre as tutelas cautelar e antecipatória.

O intercâmbio sistemático se justifica pela grande semelhança existente entre as espécies em jogo, as quais possuem a função comum de evitar um dano na esfera jurídica da parte.⁹² São instrumentos carregados de urgência enquanto calcados no *periculum in mora*, razão maior de sua finalidade preventiva.

A tutela cautelar se limita a prevenir; a tutela antecipada de caráter urgente acautela a situação de perigo, embora também satisfaça de alguma forma a pretensão do autor. Ambas têm *função preventiva*, mas com alcance diverso. A diferença mora nos efeitos que se projetam no plano material e processual.

6.1 O procedimento preparatório de tutela antecipada

Sabe-se que o parágrafo sétimo do art. 273 criado pela Lei 10.444/02 assevera que o juiz concederá a medida cautelar, em caráter incidental, quando o pedido

⁹² TALAMINI, Eduardo. Medidas Urgentes (Cautelares e Antecipadas): a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de Rota para um Regime Jurídico Único. *Rev. Dialética de Dir. Proc.*, n. 2, p. 16.

possuir natureza assecuratória e estiverem preenchidas as condições legais, não obstante o autor tenha chamado de tutela antecipada.

Por outro lado, a recíproca é verdadeira. Basta inverter a ordem do texto para saber que o juiz concederá o provimento antecipatório, em caráter incidental, quando o pedido possuir natureza satisfativa e estiverem preenchidas as exigências legais, não obstante tenha o autor chamado de medida cautelar.

Uma primeira leitura permite concluir que o legislador se referiu à concessão da medida *incidental* porque simplesmente não há interesse em se mover um processo paralelo, com autos apartados, quando se está no curso da ação de cognição exauriente. Por isso, o processo cautelar incidental se encontra atualmente proscrito. É suficiente um simples pedido de medida cautelar para gerar decisão interlocutória.

Diferente será a situação do pedido formulado *antes* de ajuizada a ação principal. Nesse caso, por uma questão de necessidade e urgência, instaura-se um procedimento *preparatório* típico do processo cautelar, na forma do art. 796 do CPC.

Um problema que se pode apresentar é o seguinte: se o requerimento apresentado na forma *antecedente* contiver efeito *antecipatório*? A resposta está naquela leitura invertida da redação e na dinâmica do sistema.

Se a recíproca é verdadeira – como de fato o é, pelo duplo sentido vetorial – o juiz concederá o provimento satisfativo quando o pedido possuir natureza antecipatória e estiverem preenchidas as condições legais, não obstante tenha o autor chamado de medida cautelar.

Ora, o requerimento de medida “cautelar” tanto pode ir a juízo de forma *incidental* como de modo *preparatório*. Não há motivo para restrições. O texto fala da cautelar incidental porque estava o legislador a se reportar àquela modalidade que vem no curso da ação principal, em vista da qual não há mais necessidade de formação de um processo em apenso.

Não há impedimento algum em se examinar eventual pedido de urgência pelo procedimento preparatório, seja de que natureza for o pleito.⁹³

A simbiose formada na disciplina dos provimentos urgentes – consequência da grande semelhança que os une – corrobora o entendimento de que a medida cautelar pode constituir *simples incidente* da marcha processual e a tutela antecipada pode nascer até mesmo de um *procedimento anterior* ao processo de cognição exauriente.

Por essa ótica, a conversão dos pressupostos da tutela antecipada em providência cautelar pode ser feita *tanto no procedimento incidental quanto no antecedente ou preparatório*.

6.2 Necessidade de um tratamento sistematicamente uniforme

A dinâmica dos provimentos de urgência não envolve mera fungibilidade formal. Se substituição de formas houver, convém tomar a expressão no sentido mais amplo, a fim de englobar o procedimento e os institutos de natureza processual, consubstanciando assim um intercâmbio no próprio microsistema das espécies em jogo, quando o provimento de cunho antecipatório será submetido à disciplina do Livro III do Código de Processo Civil, qual seja aquele dedicado ao processo cautelar.

O raciocínio leva a crer que existe um fenômeno de *fungibilidade sistemática*.

O mecanismo da tutela antecipada preparatória, porque há muito consolidado em nossa experiência, merece um tratamento mais condizente com o novo sistema. A idéia consiste em emprestar à velha ação “cautelar” inominada de alcance antecipatório uma nova roupagem, de maneira que o juiz possa analisar o pedido de

⁹³ TJMG: “Cautelar. Medida liminar. Antecipação de tutela. Fungibilidade. Requisitos. A antecipação de tutela pode ser concedida em sede de processo cautelar, desde que satisfeitos os requisitos respectivos” (6ª C.C., AI 1.0024.04.194766-4/001/Belo Horizonte, Des. Ernane Fidélis, j. de 13.4.2004).

tutela satisfativa em procedimento antecedente, sob o ângulo dos pressupostos do art. 273 ou 461 do CPC.

A técnica de integração sistemática entre os provimentos cautelares e antecipatórios oferece nítida vantagem prática ao jurisdicionado, razão maior de sua sintonia com o acesso adequado à Justiça. Por meio dela, a medida pleiteada será examinada antes ou no curso do processo principal, conforme os respectivos pressupostos legais.

Com efeito, não poucas situações da vida colocam em xeque a função social da tutela adequada diante da ortodoxia com que é trabalhado o modelo procedimental que praticamente só existe para o processo cautelar.

Quem milita no contencioso conhece as demandas que carregam manifesta urgência, onde não há tempo de aparelhar uma base probatória mínima e montar a ação de conhecimento. É o que acontece quando se pretende formalizar a inscrição de atleta em torneio esportivo, indeferida pela comissão organizadora dias ou horas antes do evento. O profissional do Direito Público tem conhecimento diário dos casos mais freqüentes que envolvem concurso público e licitações.

Imagine-se a situação da parte que premida pelo tempo não vê outra alternativa senão recorrer ao procedimento preparatório da tutela cautelar (inominada) para obter uma providência que determine a suspensão de algumas cláusulas contratuais aparentemente leoninas ou abusivas.⁹⁴ Na prática, costuma-se ajuizar uma ação cautelar inominada, de última hora, com apoio no poder geral de cautela (CPC, art. 798), apontando a sobrevinda de uma ação principal.

Mesmo que o provimento apresente caráter satisfativo, nada impede venha o pedido a ser analisado pelos requisitos da tutela antecipada do art. 273 do Código, tomando-se de empréstimo a partir daí o *procedimento* do Livro III enquanto se aguarda o ajuizamento da ação principal.

⁹⁴ THEODORO JR., Humberto. Fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). *Direito Processual – Inovações e perspectivas, Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 282; COSTA, Julio Machado Teixeira. O novo § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil. *RePro*, 112/121.

Entretanto, lamentável é saber que o caminho aí traçado ainda constitui uma faca de dois gumes. Corre-se o risco de um juiz amante das formas indeferir a inicial sob o argumento de conter a providência eficaz antecipatória. Segundo ele, só poderia ser formulado como incidente na própria ação principal, conforme a orientação ortodoxa que prevaleceu na doutrina e nos tribunais sobre o art. 273 do Código.⁹⁵ Outros abrirão prazo à parte autora para emendar a petição inicial sob pena de indeferimento.⁹⁶

Diante do quadro desenhado, já se pode perceber em que ponto se encontra insatisfatório o tratamento até então dado às medidas dos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil. O eixo problemático reside na *ausência de um procedimento preparatório* capaz de amparar as pretensões de cognição sumária, de natureza antecipatória, que antecedem a propositura da ação principal por motivos de estrita necessidade.

De fato, mostra-se inegável o caráter satisfativo que carrega a medida pleiteada nos exemplos anteriores, mas nada justifica demasiado apego ao formalismo, ainda mais quando se cuida de decisões precárias em contexto de emergência. Será que o argumento de não haver um procedimento preparatório de tutela antecipada é suficiente para barrar mecanicamente o exame da pretensão?

Óbvio que não. A lacuna da lei deve ser preenchida com uma interpretação lógico-sistemática do Código. A visão harmônica do ordenamento demonstra que existe o procedimento e, ainda que não existisse, esse não é um problema tão

⁹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 104; ARAKEN DE ASSIS, Antecipação de tutela. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997, p. 30. A orientação parece ter sido acolhida em precedente do STJ. Entendeu-se incabível pedido de liberação de determinada quantia através de processo cautelar preparatório de futura ação condenatória de ressarcimento por perdas e danos: “Depois da Lei n.º 8.952, de 1994, a ação cautelar só subsiste para o efeito de assegurar a efetividade do processo; a tutela antecipada deve ser requerida nos próprios autos da ação ordinária, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, em sua nova redação” (2ª T., RMS 8.558/PE, Min. Ari Pargendler, j. de 11.9.1997, RSTJ, 102/145).

⁹⁶ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 83; LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 133.

importante capaz de inviabilizar o exercício de um direito fundamental à tutela adequada (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII).⁹⁷

Parte-se do princípio de que a garantia constitucional da tutela adequada, porque além de tudo deve ser tempestiva, não encontra obstáculo em norma de menor hierarquia. Sob esse ângulo, é cabível o pedido de urgência – seja de que natureza for – a ser examinado em seus fundamentos e em procedimento preparatório ao processo principal, se necessário for.

O pequeno argumento de não ser cautelar o pronunciamento do juiz não é fundamento legítimo para se assistir inerte ao perecimento do bem jurídico. Se o espaço exíguo de tempo ou mesmo qualquer outro motivo de conveniência recomenda ao autor valer-se de um procedimento preparatório à ação principal, está o Estado-juiz obrigado a prestar a tutela que a Constituição diz ser inafastável em caso de ameaça a direito.⁹⁸

O caminho mais seguro só pode ser o Livro III do Código de Processo Civil como a sede adequada para regular a espécie.

Essa possibilidade vem não só do espírito do sistema, mas particularmente da interpretação lógico-estrutural do § 7º do art. 273 do CPC. A aplicação supletiva da disciplina suscita uma série de institutos, como o ônus que será dado ao requerente de indicar a lide principal e seus fundamentos (CPC, art. 801, III), o de promover a

⁹⁷ MELO, Gustavo de Medeiros. A tutela adequada na Reforma Constitucional de 2004. *RePro*, 124/76; O acesso adequado à Justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 684.

⁹⁸ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 39. O depoimento do professor WATANABE é preocupante: “Temos notícia de que alguns juízes estão indeferindo a ação cautelar inominada sob o argumento de que foi ela substituída pela tutela antecipatória. Semelhante entendimento, mormente em casos como de sustação de protesto, em que o cliente procura o advogado poucas horas antes do término do prazo útil para a postulação da tutela judicial, torna absolutamente impraticável o ajuizamento de uma ação de conhecimento de forma adequada, por não dispor o advogado de todos os elementos e meios de prova a ela correspondentes. Não admitir, em situações assim, que seja aforada a ação cautelar inominada, em vez da ação de conhecimento com pedido de tutela antecipatória, será ofender o princípio da proteção *judiciária* que assegura, como acima anotado, acesso à Justiça para a obtenção de tutela que seja efetiva, adequada e tempestiva”.

respectiva ação em trinta dias contados da efetivação da medida, sob pena de cessar a eficácia (CPC, art. 808), etc.

Por esse motivo, não se afigura lícito o expediente da emenda à inicial em 10 dias, com apoio no art. 284 do Código, como se o autor tivesse cometido um erro de forma. A petição inicial só será emendada se contiver ela defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, o que não parece ser o caso.

Atendidas as prescrições dos artigos 282 e 283, satisfeitas as matérias de ordem pública (condições e pressupostos) e requerida uma providência de cunho provisório baseada em cognição sumária, tudo à semelhança do que ocorre nos provimentos cautelares, a postulação está habilitada para uma análise de fundo, formalizando uma ação que instaura um processo antecedente.

É mais do que plausível se entender que, por autorização do próprio sistema, a parte tem o direito (ao mesmo tempo o ônus) de propor a sua ação principal em 30 dias, na forma do art. 806 do CPC, e não a obrigação de movê-la nos 10 dias abertos por emenda à inicial, como se houvesse defeito ou irregularidade.⁹⁹

Também não parece ter o órgão judicial autorização para transformar por automático a ação preparatória na ação principal apontada pelo requerente, pelo menos naqueles casos em que o objeto da tutela requerida não esgota a pretensão de direito material. É inviável a conversão automática porque o conjunto de fato e de provas pode não ser suficiente para embasar uma cognição exauriente e produzir coisa julgada material.

Normalmente, sequer existe o pedido de tutela satisfativa plena, quando só no momento oportuno será apresentado. Se o juiz ultrapassar os limites do pedido,

⁹⁹ Pode ser emendável, por exemplo, a inicial que não fizer a indicação da ação principal com seus fundamentos (CPC, art. 801). Nesse caso sim, admite-se a emenda mesmo após a contestação, desde que não altere o pedido e a causa de pedir, constituindo mera irregularidade (STJ, 3ª T., REsp 142.434/ES, j. de 3.12.1998, *RSTJ*, 137/303).

extrapolando a iniciativa do autor, haverá ofensa evidente ao princípio da correlação inscrito na norma processual (CPC, art. 128 e 460).¹⁰⁰

Não interessa o nome dado ao pedido nem o preceito legal invocado em sua fundamentação. Guiando-se o juiz pelo brocardo *iura novit curia*, é fácil compreender por que ele concederá a medida cautelar se estiverem presentes os seus pressupostos, mesmo que a título de tutela antecipada tenha sido requerida.¹⁰¹ Em sentido contrário, a mesma coisa. Se a título de medida cautelar (autônoma ou incidental) a parte requerer providência de natureza antecipatória, o juiz concederá a medida se presentes os requisitos da tutela antecipada.¹⁰²

A interpretação do comando trazido com a reforma há de ser ampla. Quando se fala em pedido formulado a título de tutela antecipada, tanto faz a tutela urgente prevista nos procedimentos especiais como a tutela genérica do art. 273 do CPC. Tanto faz o pedido de medida cautelar específica como a inominada do poder geral de cautela (CPC, art. 798). Tanto faz tenha sido apresentado o falso pedido de tutela cautelar em procedimento preparatório ou pela forma incidental.

Em termos de utilidade, a aplicação supletiva do procedimento preparatório ou autônomo – além de significar uma prática que sempre existiu sob o manto do poder

¹⁰⁰ STJ: “Processual Civil – Medida cautelar preparatória – Caráter satisfativo – Ausência de pedido do autor – Impossibilidade. O procedimento cautelar é sempre dependente do processo principal. Ajuizada medida cautelar preparatória, e sendo manifesta a intenção de ajuizar ação principal, ela não tem caráter satisfativo e, caso assim decida o juiz, haverá ofensa ao art. 460 do CPC. O juiz não pode conferir caráter satisfativo à medida cautelar sem pedido do autor, posto que deve decidir a lide nos limites em que foi proposta” (1ª T., REsp 199.165/PR, j. de 22.6.1999, RSTJ, 127/97).

¹⁰¹ FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 213.

¹⁰² É a orientação de HUMBERTO THEODORO JR.: “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 art. 273, e não os do art. 798 do CPC” (Fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). *Direito Processual – Inovações e perspectivas, Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 282).

geral de cautela – proporciona muito mais segurança e previsibilidade ao consumidor da Justiça.

É uma técnica que evita o indeferimento da petição inicial por decisões que não têm qualquer compromisso com a matéria de mérito, apegadas a minúcias de cunho metodológico que pouco ou nada importam para a solução da controvérsia, prejudicando o jurisdicionado com um formalismo estéril e sem sentido.¹⁰³

Problema relacionado com o *procedimento* não pode ser empecilho ao exercício legítimo de um direito de acesso tempestivo à Justiça, consagrado como cláusula irremovível do sistema constitucional. A forma do requerimento - se autônomo ou incidental - é questão que está muito abaixo da preocupação que se deve ter com as condicionantes de mérito da providência a ser examinada imediatamente.¹⁰⁴

A constatação é a de que a vestimenta formal, não raras vezes, é o elemento decisivo para definir o meio que será aceito em juízo, o que é profundamente lamentável. Em essência, ou seja, quanto ao pedido e à causa de pedir, a ação é a

¹⁰³ Em sede de medida cautelar, obteve o autor provimento liminar para restaurar o fornecimento de energia elétrica. Sem razão, com o máximo respeito, foi o entendimento que veio a prevalecer em uma das câmaras do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Se o autor pretende a antecipação de providência que é o objeto precípua da pretensão cognitiva, tem à disposição a tutela antecipada prevista no artigo 273 do CPC que não se confunde com a ação cautelar própria para a obtenção liminar de providências e garantias que visam a efetividade da prestação jurisdicional. - Imprópria a ação cautelar informada como de caráter satisfativo para obter declaração definitiva do direito material. O processo cautelar visa, não a satisfação do próprio direito, mas sim promover garantias para impedir prejuízos à efetividade futura da prestação jurisdicional. - Não há fungibilidade entre o processo cautelar e o processo de conhecimento porque não se trata apenas de adequar o rito, mas são processos distintos, com procedimentos e objetivos próprios” (TJRS, 22ª C.C, Ap. 70008497604, j. de 8.6.2004).

¹⁰⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2002, pp. 43-44; THEODORO JR., Humberto. Fungibilidade, cit., p. 282; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar*, cit., p. 291; DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. *RF*, 356/37; ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *RePro*, 100/55; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY Jr., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001, p. 1096; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 39; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 373; FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 213.

mesma nas duas situações. Numa, gravou-se o nome de cautelar inominada; a outra se intitulou de tutela antecipada em procedimento preparatório.

A depender do entendimento pessoal do juiz formalista, só um dos dois modelitos será admitido. A visão de conjunto visa a evitar essa zona cinzenta de incerteza quanto ao entendimento particular do julgador, motivo bastante para legitimar um procedimento uniforme que deverá ser seguido para qualquer das espécies, sem prejuízo do direito material em jogo.

Há casos que ainda suscitam discussão sobre a natureza do provimento, o que envolve a questão dos pressupostos da medida. Entretanto, fixado um procedimento geral, tudo fica mais fácil. O juiz haverá de preocupar-se somente com o conteúdo da demanda, buscando equacioná-la no modelo que entender adequado à espécie fática, segundo o princípio de que a ele compete aplicar o regime jurídico correlato à natureza do pedido deduzido (CPC, art. 273, § 7º).

Trata-se de verificar a essência da demanda. O procedimento das medidas urgentes, diferentemente, não é algo de extrema relevância para o objeto litigioso do processo, muito menos a ponto de pôr em risco o bem da vida em disputa. É sempre bom lembrar que, ao invés de restringir, o aplicador da norma deve *ampliar* as vias de acesso e proteção judiciária em benefício dos consumidores da Justiça.

Busca-se uma forma de otimização das tutelas de urgência com o escopo de evitar construções desprovidas de finalidade social. A instrumentalidade das formas, que é o pano de fundo da metodologia aqui adotada, autoriza sustentar a existência de uma *fungibilidade sistemática entre os provimentos urgentes*.

A técnica de integração dos microssistemas da jurisdição de urgência vem sendo uma tendência cada vez maior na doutrina, já produzindo algum reflexo na jurisprudência, particularmente em relação à necessidade de adequar a tutela antecipada ao regime jurídico já previsto para o processo cautelar, de modo a imprimir mais racionalidade e harmonia no sistema, completando-o em termos operacionais.¹⁰⁵

¹⁰⁵ TJRS: “Não há óbice legal ao conhecimento de medida de natureza antecipatória, pretendendo o urgente atendimento de efeito prático para satisfação de eventual direito a ser reconhecido em ação

O objetivo maior é reconhecer na dogmática processual a existência de uma disciplina geral que consubstancie um *procedimento preparatório (ou autônomo) de tutela antecipada*, o qual permitirá, quando necessário, uma análise da demanda com base nos pressupostos correlatos,¹⁰⁶ seguido da propositura do processo principal, se for o caso, na forma do Livro III do Código.¹⁰⁷

Analisa-se o pedido conforme a natureza da pretensão, aplicando o regime jurídico correspondente à espécie do provimento requerido. Eis a função do brocardo *iura novit curia* que consta expressamente do § 7º do art. 273 do Código.¹⁰⁸

7. TENDÊNCIA DA FUTURA REFORMA PROCESSUAL

A tendência que vem se formando em autorizado setor da doutrina¹⁰⁹ consta de anteprojeto de lei intitulado “*Proposta de estabilização da tutela antecipada*”.¹¹⁰

declaratória de nulidade da resolução contratual, pleiteada em ação cautelar inominada, quando o § 7º, do art. 273, do CPC, acrescentado pela lei nº 10.444/2002, admitiu a fungibilidade das duas pretensões, cautelar e antecipatória, denominada nessa Corte de fungibilidade inversa” (18ª C.C., AI 70008208720, Des. Mario Rocha Lopes Filho, j. de 20.5.2004).

¹⁰⁶ COSTA, Julio Machado Teixeira. O novo § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil. *RePro*, 112/121.

¹⁰⁷ De acordo com CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “a abrangência geral do disposto no Livro III é um imperativo hermenêutico das regras de interpretação histórica, sistemática e teleológica. Só pela lógica do absurdo se poderia afirmar que algumas dessas disposições só se aplicam se a parte optar pela qualificação da medida como cautelar e não antecipatória, ou que se devem dar tratamentos diferentes a dois institutos tão intimamente ligados, como irmãos gêmeos quase siameses” (O regime jurídico das medidas urgentes. *RF*, 356/36).

¹⁰⁸ TJRS: “Agravado de Instrumento. Tutela de urgência. Procedimento cautelar eleito. Hipótese de antecipação de tutela. Fungibilidade. Viabilidade de conversão. Arrendamento rural. Retomada. No direito brasileiro não há tipicidade de ações. O que define a natureza jurídica da ação não é o *nomen juris* atribuído, mas o conteúdo da pretensão deduzida em juízo. A chamada cautelar satisfativa é admitida pela jurisprudência e pela doutrina. Fungibilidade agora reconhecida em lei (CPC, art. 273, § 7º)” (9ª C.C., AI 70005587654, Des.ª Mara Larsen Chechi, j. de 25.06.2003).

¹⁰⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (Tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 290; DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. *RF*, 356/29; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 80-81; do mesmo autor: Medidas de urgência, antecipatórias e cautelares, e sua reformulação legislativa. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). *Direito Processual – Inovações e perspectivas, Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 111; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2002, pp. 43-44; SILVA, Ovídio Baptista

Aqui, uma comissão de notáveis, representando o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP,¹¹¹ propôs a seguinte emenda ao art. 273 do Código:

“Art. 273-A. A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo.

Art. 273-B. Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código”.

Os provimentos urgentes no ordenamento brasileiro estão a merecer um tratamento sistematicamente uniforme. O caminho mais razoável aponta nesse sentido de reconhecer uma disciplina geral para aplicação conjunta das duas espécies, o que contribuirá para atenuar o formalismo e imprimir mais seriedade no tratamento substancial das postulações.

Problema de ordem procedimental não pode sobrepor-se ao direito de acesso adequado à Justiça.¹¹²

8. CONCLUSÕES

da. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. *RT*, 801/42-43; THEODORO JR., Humberto. Fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). *Direito Processual – Inovações e perspectivas, Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 282; ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *RePro*, 100/52-56; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 39; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 373; Medidas Urgentes (Cautelares e Antecipadas): a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de Rota para um Regime Jurídico Único. *Rev. Dialética de Dir. Proc.*, n. 2, p. 15; COSTA, Julio Machado Teixeira. O novo § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil. *RePro*, 112/121.

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *RePro*, 121/34.

¹¹¹ Integram a comissão ADA PELLEGRINI GRINOVER, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, KAZUO WATANABE e LUIZ GUILHERME MARINONI.

¹¹² COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Tercera edición (póstuma), Buenos Aires: Depalma, 1985, § 93, p. 148.

01. O princípio da fungibilidade ingressou no terreno do processo cautelar e vem sendo cada vez mais requisitado a funcionar no âmbito das medidas urgentes em geral.
02. A fungibilidade constitui um princípio informativo das tutelas cautelar e antecipada, cujo propósito maior é facilitar a aplicação prática dos provimentos urgentes que possuem características de uma função comum preventiva.
03. São quatro as modalidades por que se manifesta a fungibilidade nesse setor. A fungibilidade de provimentos, a fungibilidade hermenêutica, a fungibilidade de pressupostos e a fungibilidade sistemática.
04. A primeira, que se projeta no âmbito do provimento, autoriza uma substituição de medidas de equivalente teor, como o intercâmbio de uma providência satisfativa por outra também satisfativa que seja mais adequada à espécie, de similar ou menor gravidade.
05. O sistema admite a mesma operação entre uma medida satisfativa e outra de natureza cautelar, no sentido da mais forte para a mais branda. Uma vez postulado um provimento satisfativo, o juiz pode conceder uma medida cautelar de menor repercussão, desde que suficiente para prevenir o dano.
06. A fungibilidade hermenêutica significa que a dúvida objetiva provocada pelo dissídio jurisprudencial sobre a natureza de determinada tutela de urgência autoriza o cabimento de qualquer das duas espécies.
07. Diante da dúvida objetiva, o mais importante é afastar a discussão metodológica sobre a natureza da medida e proporcionar o exame da pretensão, com análise dos fundamentos de mérito que embasam o pedido.
08. A fungibilidade de pressupostos consiste na aplicação do regime jurídico adequado à natureza da medida pleiteada.
09. A Lei 10.444/2002 instituiu em termos expressos um princípio há muito existente em nosso sistema e conhecido pelo brocardo latino *iura novit curia (da mihi facta, dabo tibi jus)*.

10. O sistema impõe ao órgão judicante o dever de analisar a postulação pelo ângulo substancial, a fim de aplicar o regime jurídico correspondente ao pedido e à causa de pedir.

11. Se a parte requerer uma providência de cunho cautelar, o juiz deve examinar a providência pleiteada à luz dos pressupostos da tutela cautelar, independente do nome dado ao pedido.

12. O mesmo raciocínio se aplica quando a providência tiver caráter satisfativo. O juiz haverá de submeter o pedido aos pressupostos da tutela antecipada, independente do nome atribuído na petição.

13. A fungibilidade sistemática se relaciona com o intercâmbio harmônico entre os subsistemas de medidas urgentes, na medida em que a disciplina do processo cautelar pode ser aplicada subsidiariamente, legitimando um procedimento preparatório de tutela antecipada, seguido da sistemática adotada para veicular o processo principal posterior.

14. Uma leitura às avessas do § 7º do art. 273 do CPC, confirmada pelo espírito do sistema, autoriza a conclusão de que é possível postular, quando necessário, uma tutela antecipada por meio de um procedimento preparatório ou antecedente ao processo principal.

15. Questões menores de natureza procedimental não podem obstruir o acesso adequado à Justiça.

9. BIBLIOGRAFIA

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, v. 2º.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

ARRUDA ALVIM, J. M. *Manual de direito processual civil – Parte geral*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2001, v. 1.

- ____. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ____. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. *RePro*, 108.
- ____. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós: Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e de não fazer. Valores dominantes na evolução dos nossos dias. *RePro*, 97.
- ____. Ação rescisória. *Direito processual civil – Coleção Estudos e Pareceres II*. São Paulo: RT, 2001, v. 1.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997.
- ____. Reflexos das ações procedimentalmente autônomas (em que se discute, direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001.
- ____. O mandado de segurança contra ato judicial. *RePro*, 107.
- ____. Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001.
- ____. & MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2002.
- ____. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *RePro*, 100.
- ____. Antecipação de tutela. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997.

- ATTARDI, Aldo. *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*. Padova: CEDAM, 1991.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *RePro*, 81.
- _____. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. *Temas de direito processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva. *RF*, 335.
- BAUR, Fritz. *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Porto Alegre: *safE*, 1985.
- _____. Da importância da dicção *iuria novit curia*. *RePro*, 3.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (Tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério & BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.
- CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociais e políticos do processo civil. Reformas e tendências evolutivas na Europa Ocidental e Oriental. *Processo, ideologias e sociedade*. Porto Alegre: *safE*, 2008.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- ____. Medidas de urgência, antecipatórias e cautelares, e sua reformulação legislativa. In: CALMON, Eliana & BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). *Direito Processual – Inovações e perspectivas, Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COSTA, Julio Machado Teixeira. O novo § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil. *RePro*, 112.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Tercera edición (póstuma), Buenos Aires: Depalma, 1985.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2001.
- ____. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2002.
- DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. *RePro*, 122.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- ____. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ____. O regime jurídico das medidas urgentes. *RF*, 356.
- DINAMARCO, Márcia. Meio processual adequado para suspender a execução do julgado rescindendo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997.
- FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *RePro*, 121.
- HABSCHEID, Walther J. *Droit judiciaire privé suisse*. deuxième éd., Genève: Librairie de l'université, 1981.

- LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile – principi*. quinta edizione, Milano: Giuffrè, 1992.
- LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde*. São Paulo: RT, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2003.
- MARINS, Victor A. A. Bonfim. Antecipação da tutela e tutela cautelar. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997.
- MELO, Gustavo de Medeiros. *O princípio da fungibilidade nas tutelas de urgência: Tentativa de sistematização para uma tutela jurisdicional adequada*. PUC-SP, Dissertação, 2004.
- _____. A tutela adequada na Reforma Constitucional de 2004. *RePro*, 124.
- _____. O acesso adequado à Justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002.
- MONTESANO, Luigi. “Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XLIV, n. 1.
- NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *A antecipação da tutela na ação rescisória*. Belo Horizonte: DelRey, 2002.

- NERY JR., Nelson. & NERY, Rosa Maria. *CPC comentado*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2003.
- NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. *Questões Controvertidas de Processo Civil e de Direito Material*. São Paulo: RT, 2001.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Alcance e natureza da tutela antecipatória. *Ajuris*, 66.
- _____. Perfil dogmático da tutela de urgência. *RF*, 342.
- ORIONE NETO, Luiz. *Processo cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PEREIRA, Luiz Fernando C. Fungibilidade das Tutelas de Urgência – Aplicações do § 7º, do art. 273, do CPC. *Rev. Dialética de Dir. Proc.*, n. 12.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 282-443*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. IV.
- RAMOS, Glaucio Gumerato & CURIONI, Rossana Teresa. Perfil das tutelas de urgência no Processo Civil brasileiro. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, n. 40, 2003.
- RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro. Suspensão de execução em face da ação rescisória: ligeiras reflexões sobre a baixa eficácia da tutela satisfativa no sistema processual brasileiro. *RF*, 348.
- SALLES, Carlos Alberto de. Mandado de segurança contra atos judiciais: as Súmulas 267 e 268 do STF revisitadas. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda & ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002.
- SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Novos contornos do instituto da tutela antecipada e os novos paradigmas do sistema processual civil (Lei 10.444/2002). *RePro*, 112.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo Cautelar (Tutela de urgência)*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, v. 3.

- _____. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. *RT*, 801.
- SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: RT, 2002.
- _____. Fungibilidade das tutelas de urgência. In: ARRUDA ALVIM, J. M. & ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.). *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003.
- _____. Medidas Urgentes (Cautelares e Antecipadas): a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de Rota para um Regime Jurídico Único. *Rev. Dialética de Dir. Proc.*, n. 2.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. I.
- _____. *Processo Cautelar*. 20ª ed., São Paulo: Leud, 2002.
- _____. Fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória. In: CALMON, Eliana & BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). *Direito Processual – Inovações e perspectivas, Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. A fungibilidade na tutela de urgência (uma reflexão sobre o art. 273, § 7º, do CPC). *RePro*, 112.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. A Antecipação de Tutela de Acordo com a Lei 10.444/2002. *Rev. Dialética de Dir. Proc.*, n. 2.
- WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.
- _____. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

