



A DISTINÇÃO ENTRE MEDIDAS URGENTES E TUTELA DE URGÊNCIA: CONSEQÜÊNCIAS PARA O ESCOPO DE SISTEMATIZAÇÃO

Revista de Processo | vol. 118 | p. 289 | Nov / 2004
Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 5 | p. 201 | Out / 2011
DTR\2011\5453

Eduardo de Avelar Lamy

Área do Direito: Processual
Sumário:

Ainda que de maneira perfunctória, este ensaio diferencia os conceitos de medida e tutela de urgência, a fim de concluir que a fungibilidade constante do § 7.º do art. 273 do CPC (LGL\1973\5) não diz respeito a tutelas jurisdicionais, mas sim aos meios processuais, sempre numa perspectiva instrumental alinhada à ampla adoção do princípio da fungibilidade junto ao direito processual e ao estudo da disciplina na esteira dos direitos fundamentais.

Neste desiderato, convém iniciar pela lembrança de que o desenvolvimento do direito processual civil nos países de tradição romano-germânica se deveu, especialmente, à clássica Escola Italiana de Direito Processual, que muito se difundiu no Brasil, especialmente por intermédio de Enrico Tullio Liebman, que não apenas atraiu inúmeros discípulos, como também viveu em nosso país.

Influenciado por concepções alienígenas, mormente as italianas, o legislador brasileiro, buscando trazer segurança às decisões judiciais, acreditou que um processo verdadeiramente autônomo não deveria lidar ao mesmo tempo e no mesmo procedimento com atos executivos e cognitivos, razão pela qual trouxe a idéia de repartir exaustivamente a estrutura do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1973, conforme as espécies de tutela jurisdicional que julgava existir.

Logo à primeira vista, uma análise superficial do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1973 é suficiente para que se perceba a profundidade da influência teórica havida sobre a concepção de uma disciplina que é aplicada todos os dias no cotidiano forense. Trata-se um texto legal que prima pela ordinarização dos procedimentos, separando a tutela jurisdicional de conhecimento da tutela jurisdicional executiva e que concebe como uma terceira espécie de tutela jurisdicional a denominada tutela cautelar.¹

No entanto, a classificação das espécies de tutela jurisdicional em tutela de conhecimento, execução e cautelar não respeita o mesmo critério, qual seja o da produção direta ou não de efeitos fáticos, oriundos daquela espécie de tutela jurisdicional. Em princípio, a tutela cognitiva não produz efeitos fáticos como faz a tutela executiva; a chamada “tutela cautelar”, sob este mesmo critério, também produz efeitos fáticos, inserindo-se dentro da tutela executiva e não correspondendo a um terceiro gênero de tutela jurisdicional.

O argumento de que a denominada “tutela cautelar” é um terceiro gênero de tutela jurisdicional, porque possui cognição e execução conjuntas, não é válido, pois a tutela executiva também possui cunho cognitivo tendo apenas preponderância em atos de execução, assim como no processo de conhecimento a nova estrutura que se concebe ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5), especialmente após a generalização da antecipação dos efeitos da tutela, permite a prática simultânea de atos cognitivos e executivos.

Dando ao processo de conhecimento a característica da ordinariedade e da cognição exauriente, segundo o princípio de que seria necessário constituir uma certeza jurídica por meio da formação de um título executivo, para só então passar à prática de atos de execução, o verdadeiro papel da “tutela cautelar” era e foi o de equilibrar esse procedimento ordinarizado, agilizando uma prestação jurisdicional que já se projetava lenta.

Assim, classificar as providências cautelares como uma espécie distinta de tutela jurisdicional significa desprezar o critério utilizado para diferenciar as duas primeiras espécies – cognitiva e executiva – de tutela jurisdicional, razão pela qual a estrutura do Código de Processo Civil



(LGL\1973\5) de 1973 nasceu incoerente.

A chamada “tutela cautelar” não corresponde a uma espécie de tutela jurisdicional, mas sim a uma espécie de técnica pela qual se presta uma tutela preponderantemente executiva não definitiva e urgente, por meio de cognição sumária. Partindo-se da noção de que a tutela jurisdicional corresponde ao resultado havido na vida dos litigantes, como bem afirma Dinamarco, a técnica cautelar torna-se um meio e não um fim, pois o fim é a própria tutela jurisdicional urgente.

A nosso ver, não há uma espécie de tutela jurisdicional de natureza assecuratória, assim como não existe uma espécie de tutela jurisdicional de natureza antecipatória. Preponderantemente referíveis ou satisfativos são os meios, e não o fim. Trata-se de uma questão conceitual de relevância. Para afirmar a existência de uma tutela cautelar ou mesmo de uma tutela antecipatória, parte-se do pressuposto incoerente e errôneo do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1973 de que a medida cautelar é uma espécie de tutela jurisdicional, o que ela definitivamente não é.²

Nesse diapasão, as chamadas “tutelas de urgência” correspondem a uma única tutela de urgência; uma tutela não definitiva, que possui o caráter da executividade e da cognição sumária. Aquelas a que se acostumou chamar de tutelas cautelar e antecipatória constituem, na verdade, apenas medidas para a prestação da tutela urgente.

A classificação mais adequada das tutelas jurisdicionais, após a volta do sincretismo, que coloca cognição e execução juntos nos procedimentos – e que nem por isso retira a autonomia científica do direito processual civil, como já se afirmou anteriormente – parece mesmo ser aquela que as divide em tutela definitiva e urgente, ou seja, tutela definitiva e tutela não definitiva (podendo esta última ser prestada mediante meio, medida, com preponderância acautelatória ou satisfativa).

As medidas cautelar e antecipatória são apenas meios para que se atinja o fim de toda jurisdição, que é a prestação de sua tutela. Trata-se do grande motivo pelo qual as técnicas para a prestação da tutela urgente estão se flexibilizando, adequando-se sistematicamente. Não se trata, entretanto, de uma fungibilidade de fins, pois o fim é um só, qual seja a prestação da tutela jurisdicional urgente.

Trata-se da fungibilidade das medidas que correspondem aos meios pelos quais o fim é atingido. Nesse sentido foi que Teresa Arruda Alvim Wambier (2001, p. 1.094) analisou aquilo que chamou de “fungibilidade de meios: uma nova dimensão do princípio da fungibilidade”.

Existe, com efeito, uma diferença bastante significativa entre os conceitos de técnica ou medida processual e de tutela jurisdicional urgente. A técnica processual é o meio, a maneira prevista na lei processual, por meio da qual a tutela jurisdicional é prestada. Técnica, segundo Ferreira (1986, p. 1.656), significa a “parte material ou o conjunto de processos de uma arte; maneira; jeito; prática”.

A tutela jurisdicional, por sua vez, é o resultado que a jurisdição necessita realizar no mundo dos fatos, quando reconhece o direito a ser protegido. A tutela jurisdicional é o objetivo da jurisdição. O termo tutela, conforme Ferreira (1986, p. 1.729), significa “encargo ou autoridade que se confere a alguém; cuidado; defesa; amparo; proteção”.

Trata-se, pois, do papel, do objetivo da jurisdição no Estado Democrático de Direito estabelecido pela atual Constituição Federal (LGL\1988\3), mais especificamente pelo inc. XXXV do art. 5.º: amparar quem tem direito a ser amparado, substituindo-se às partes e compondo os conflitos. Mesmo assim, percebe-se que parcela da doutrina não tem se preocupado em diferenciar, ainda que por uma preocupação meramente terminológica, a tutela jurisdicional da técnica processual, tratando como equivalentes conceitos que, na verdade, são bastante diversos.³⁻⁴

A doutrina muitas vezes trata como sinônimas expressões de significados diferentes como: ação cautelar; medida cautelar; processo cautelar; provimento cautelar e função cautelar. Em verdade, a percepção de que as medidas de urgência possuem pontos em comum também passa pelo reconhecimento de que a própria antecipação da tutela pode possuir cunho cautelar como reconhecem José Roberto dos Santos Bedaque (2003) e Alcides Munhoz da Cunha (2003), entre outros.

Não há que confundir, no entanto, a função cautelar com as medidas cautelares, pois estas constituem somente um dos meios para o atendimento da função cautelar. Acredita-se, portanto, que a técnica processual deve ser concebida como o meio, e a tutela jurisdicional como o fim. As



técnicas generalizadas cautelar e antecipatória são apenas maneiras de se obter provimentos jurisdicionais por meio de cognição sumária, que constituem a tutela jurisdicional não definitiva, denominada tutela de urgência.

Não se podem estudar a fungibilidade e a possível flexibilização entre “tutelas” de urgência, já que a tutela de urgência é uma só. É por isso que a fungibilidade do § 7.º do art. 273 do CPC (LGL\1973\5) significa o câmbio de uma técnica pela outra e não de uma tutela por outra. É exatamente porque assegurar e satisfazer com urgência são apenas técnicas diferentes que a flexibilização e o conseqüente aprimoramento sistemático de tais medidas podem continuar a ocorrer.⁵

Se a fungibilidade entre as medidas de urgência se tratasse de uma substituição de tutelas jurisdicionais, estar-se-ia trocando um fim por outro e desrespeitando, ao final, o pedido mediato realizado pelo autor da demanda, a quem interessa pouco a forma pela qual a tutela jurisdicional requerida será atingida.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, não é mais correto afirmar categoricamente que: em direito, não há dois caminhos para que se atinja o mesmo fim. Por que não aceitar a possibilidade de escolha de procedimentos? Não é mais absurda a idéia de que o autor cuja posse foi esbulhada há menos de ano e dia proponha ação executiva *lato sensu* de reintegração de posse – aí está o fim – pela via do procedimento comum ordinário – que é o meio – utilizando-se da antecipação genérica dos efeitos da tutela para ser, desde já, reintegrado na posse.

A fungibilidade se dá entre os meios e não entre os fins. A fungibilidade constante do § 7.º do art. 273 do CPC (LGL\1973\5) é uma fungibilidade de formas, de meios, de procedimentos, diferenciada, portanto, da fungibilidade recursal fundamentada apenas no princípio da instrumentalidade das formas e não no direito fundamental à efetividade da jurisdição. Ora, não é necessário haver uma dúvida objetivamente verificável em sede doutrinária ou jurisprudencial para que se aplique a fungibilidade entre as medidas urgentes.⁶

As técnicas antecipatória e assecuratória possuem idêntica função constitucional, consoante o art. 5.º, XXXV, da CF (LGL\1988\3) (1988), já que afastam a ocorrência de danos: ambas asseguram e satisfazem, possuindo, em regra, apenas preponderância numa ou noutra característica. A atual ordem constitucional consagrou diversos princípios e direitos fundamentais que tiveram enorme influência sobre o direito processual civil, fomentando inúmeras reinterpretações e modificações, tais como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o direito fundamental à segurança jurídica e o direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional, elementos esses que convivem conjuntamente, integrando-se e, ao mesmo tempo, autodelimitando-se.

Os fundamentos constitucionais e a nova realidade social provocaram mudanças no processo civil. Em regra, preferiu-se modificar a legislação processual para obter maior efetividade e corrigir as incoerências do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1973, considerando-se que os provimentos jurisdicionais demorados não apenas perdem sua eficácia, mas também perdem em segurança.⁷

O advento da antecipação da tutela também contribuiu para o rompimento estrutural da classificação que alinhava a técnica cautelar de urgência às tutelas cognitiva e executiva, entendendo erroneamente que se tratava de um terceiro gênero de tutela jurisdicional.

Quando a técnica antecipatória foi inserida em nosso ordenamento, a doutrina, como foi o caso de Marinoni (1994), fez questão de diferenciar medidas antecipatórias e cautelares, visando impedir a utilização de um meio cautelar para situações que, em princípio, deveriam ser resolvidas mediante uma técnica diferenciada satisfativa.

Esse objetivo de impedir a utilização da técnica cautelar para medidas que deveriam se dar por meio de técnicas satisfativas tinha o escopo de não deixar a prática cotidiana utilizar ou considerar a técnica antecipatória como equivalente à técnica cautelar atípica, o que seria um retrocesso. A doutrina italiana já tinha esse entendimento.⁸

Havia, por conseguinte, grande interesse da doutrina brasileira, como foi o caso de Marinoni (1992), de certa forma influenciada pelos estudiosos italianos, em diferenciar a nova técnica antecipatória da técnica cautelar atípica, visando impedir fossem confundidas. No entanto, a diferenciação também levou a muitas dificuldades operativas, especialmente porque a tutela jurisdicional que ambas



medeiam é uma só, fazendo com que possuam consideráveis similitudes.

No Brasil, o reconhecimento legal expresso das diferenças havidas entre as duas técnicas chegou a gerar danos e insegurança jurídica por alguns anos, dada a rigidez das regras processuais e a insensatez de alguns magistrados que indeferiam medidas urgentes, por entenderem ser incorretamente requeridas, mesmo quando a parte demonstrasse ter direito a ser tutelado.

A inserção da técnica de urgência generalizada de antecipação dos efeitos fáticos da tutela jurisdicional foi, mesmo assim, uma das sementes da reforma de 1994 que deu frutos, trazendo de volta o sincretismo processual e merecendo ser aperfeiçoada por meio das novas modificações, ocorridas em 2002. Um desses aperfeiçoamentos foi exatamente o § 7.º do art. 273 do CPC (LGL\1973\5), que trouxe a fungibilidade entre as técnicas de urgência e que possibilita, entre outros elementos já abordados, vislumbrar-se a flexibilização dessas técnicas.

Na Itália, o entendimento de que o art. 700 do CPC (LGL\1973\5) italiano, mesmo antes da sua reforma, abrangia também a técnica antecipatória já não era de todo forçado, sobretudo ante os âmbitos constitucional e principiológico.⁹

Portanto, a interpretação dos dispositivos legais que se referem às técnicas de urgência deve se dar segundo os mandamentos constitucionais, visando a efetividade da tutela jurisdicional. Ambas as técnicas possibilitam que os efeitos fáticos da tutela definitiva sejam efetivos, sustentando a situação fática até o provimento jurisdicional final de mérito.

A volta do sincretismo e a inserção da técnica de antecipação dos efeitos fáticos da tutela jurisdicional definitiva de mérito modificaram a estrutura e a concepção do Código de Processo Civil (LGL\1973\5), fazendo com que a estrutura estanque dos processos de conhecimento, de execução e cautelar perdesse o seu sentido.

Tratando-se do processo cautelar especialmente, parece claro que a técnica cautelar não deve ser vista como um terceiro gênero de tutela jurisdicional. Além disso, as medidas cautelares, que possuem caráter cognitivo e executivo, podem se dar no próprio processo de conhecimento.¹⁰

Parece, portanto, que o processo cautelar poderá re-denominado. As medidas cautelares e antecipatórias continuarão a existir, mas o atual processo cautelar deverá se transformar no livro referente à tutela de urgência como um todo. Atualmente, a interpretação mais efetiva da fungibilidade de via dupla do § 7.º do art. 273 leva a crer que a formulação de pedidos por técnicas assecuratórias e satisfativas, por meio de pedido imediato sucessivo, já é permitida pelo sistema, dado o respeito ao pedido mediato, já que a tutela jurisdicional pretendida é uma só.

As modificações previstas no anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) deixam clara essa nova concepção ao denominar o Livro III do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de: "Das medidas cautelares, das medidas antecipatórias e da tutela de urgência". Veja-se, portanto, que a tutela de urgência foi citada no singular.

Segundo o anteprojeto, as técnicas satisfativas autônomas constantes do processo cautelar, como é o caso da separação de corpos, art. 888, deverão continuar sendo previstas como medidas que geram provimentos muitas vezes definitivos por meio de técnica antecipatória excepcionalmente irreversível, dada a evidência dos direitos de que tratam e a definitividade dos efeitos de seus provimentos.

De qualquer maneira, parece claro que a fungibilidade provocada pela inserção do § 7.º do art. 273 poderá suscitar novas mudanças, a fim de compatibilizar-se aos instrumentos processuais urgentes, tais como uma maior flexibilização, inclusive quanto aos requisitos legais para a concessão das técnicas acautelatória e antecipatória.

Permitir expressamente a fungibilidade entre as técnicas sem flexibilizar os requisitos existentes para a utilização de cada uma poderá continuar gerando insegurança, pois é necessário adequar a fungibilidade à base procedimental do processo de conhecimento, que deve ser mantida sob pena de se tornar necessário elaborar um novo Código.

A concessão de uma medida de urgência passa sempre pelo crivo da sua necessidade e possibilidade conforme a situação dos autos, no caso concreto com que se depara o magistrado. Por



questão de operatividade do instrumento, portanto, a prática forense já possui o costume de abrandar o rigor dos requisitos legais quando, uma vez requerida a medida, o bom senso concluir estarem demonstradas a urgência e a possibilidade de o requerente ter razão, de tal forma que danos possam ser evitados.

Para adequar o § 7.º do art. 273 do CPC (LGL\1973\5) à base procedimental do processo de conhecimento, ao aplicar a fungibilidade no sentido da técnica cautelar para a técnica antecipatória, o juiz deverá, como afirmam Jorge et al. (2003), converter o procedimento requerido para o rito comum do procedimento ordinário ou sumário, intimando o autor para, se assim desejar e concordar, emendar a petição inicial antes de ordenar a citação do demandado, mantendo-se intacto o princípio da congruência entre pedido e sentença no que diz respeito ao pedido mediato formulado.

Assim agindo, possibilitar-se-á a fungibilidade entre as técnicas cautelar e antecipatória, tanto por meio de requerimento pela via de medida cautelar como também mediante requerimento pela via de medida antecipatória, uma vez que o procedimento é matéria de ordem pública e pode ser convertido pelo juiz de ofício, aplicando-se o princípio da instrumentalidade das formas.¹¹

Se as reformas posteriores do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) seguirem a tendência do sincretismo e se os operadores do direito tiverem bom senso ao proceder, acredita-se realmente ser possível haver um crescimento da flexibilização e simplificação dos institutos do direito processual civil, em detrimento do rigor técnico antes empregado, de tal forma que o processo se aproxime do direito material a ponto de possibilitar que as técnicas acautelatórias e assecuratórias existentes para a prestação da tutela jurisdicional não definitiva de urgência sejam unificadas sistematicamente.

A flexibilização das técnicas de urgência constitui, portanto, a continuação da adaptação do Código às próprias reformas nele ocorridas, em decorrência de uma concepção sincrética do processo civil, para abrandar, ou até mesmo, numa perspectiva jusfundamental, unificar os requisitos legais de concessão de medidas.

É compreensível a oposição de parte da doutrina à tendência de flexibilização das técnicas de urgência. Após anos de esforço e evolução prática e científica para diferenciar e delinear tais técnicas, as conseqüências da fungibilidade do § 7.º do art. 273 do CPC (LGL\1973\5) pode acabar sendo compreendida como o fracasso prático dessa empreitada.

A temática do “acesso à justiça”, que tanto influenciou nossos processualistas, teve o descuido de conceber o processo como um ente distante do direito material. Felizmente, no entanto, a influência do direito material sobre o processo é tão óbvia que a própria classificação das ações se dá de acordo com a natureza do provimento jurisdicional material das sentenças de procedência, como menciona Ovídio Batista (1997).

Cedo ou tarde, o processo, assim como o direito material, sofreu as influências dos valores humanos e coletivos trazidos pela reconstitucionalização mundial havida após a Segunda Grande Guerra. Passado o movimento do “acesso à justiça”, o direito processual começa a abandonar o rótulo de “ciência pura”, fazendo importantes laços com outras disciplinas e melhor adequando-se à realidade socioeconômica a que serve.¹²

Admitir as dificuldades da disciplina científica em operação constitui um grande passo para a continuidade do aprimoramento do processo e das técnicas, mais especificamente para a prestação da tutela de urgência, tanto sob o aspecto da sua aplicação como sob a redefinição de seus conceitos, que tanto atrai os comprometidos e apaixonados juristas.

Felizmente, não é difícil encontrar estudiosos preocupados com a necessidade de adaptação do processo às velozes modificações da sociedade, dispostos a rever conceitos tradicionais e a encontrar a melhor solução possível para o bem da coletividade. Trata-se de uma visão realista e sensata, fundamentada no reconhecimento da importância e da aplicação dos “novos direitos”.

A flexibilização entre as medidas de urgência não objetiva contribuir apenas para a defesa dos interesses das partes envolvidas, mas sim para o bem de toda a coletividade e para a defesa da própria jurisdição, pois a tutela jurisdicional equivale aos resultados práticos e efetivos que produz.¹³

Após a inserção do § 7.º do art. 273 no sistema processual, constatar a possibilidade de maior flexibilização e conseqüente flexibilização das técnicas de urgência significa primar pela tendência de



instrumentalização do processo em detrimento do rigor técnico na diferenciação de medidas, especialmente quando este rigor resulta no indeferimento de pretensão de medida antecipatória requerida como medida cautelar autônoma.¹⁴

A proposta de fungibilidade ampla entre as medidas de urgência merece prosperar, posto que proporcionará toda a tranqüilidade necessária à aplicação da tutela urgente, contribuindo para a satisfação dos direitos materiais; a concepção una da tutela de urgência e a defesa da própria jurisdição.

A concepção estrutural do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1973, profundamente modificada por meio da técnica de antecipação dos efeitos da tutela, não apenas acolheu uma distinção antes feita pela doutrina acerca dos provimentos de urgência satisfativos e cautelares, mas também criou uma diferença de seus requisitos para com a técnica cautelar. Percebe-se que o legislador de 1994 teve preocupação em explicitar que a nova técnica de urgência era diferente da cautelar, tanto por meio dos requisitos para a sua concessão quanto mediante o procedimento em que poderia ser utilizada.¹⁵

O legislador, temeroso em ver seu novo instituto receber o mesmo tratamento da técnica cautelar, decidiu criar requisitos e procedimentos diferenciados para técnicas de urgência semelhantes, que prestam o mesmo fim jurisdicional, como nenhum outro país o fez. Em verdade, afastadas tais diferenças projetadas, restam apenas formas, meios, que satisfazem e asseguram, asseguram e satisfazem, ora preponderando um, ora preponderando outro, para o fim de tutelar a urgência com idêntica função constitucional.

Hoje, para melhorar a prestação da tutela jurisdicional urgente, estando cientes os operadores jurídicos da possibilidade de obter sumariamente os efeitos da tutela final de mérito, bem como da possibilidade de apenas assegurá-la, não seria impossível flexibilizar tais técnicas a ponto de dar-lhes requisitos e procedimentos comuns, consoante a tendência de retorno ao sincretismo, e de aproximação do processo ao direito material, passando pela já anunciada extinção do processo cautelar – que se transformará no livro das medidas cautelares, antecipatórias e da tutela de urgência – e por uma reestruturação explícita do Código de Processo Civil (LGL\1973\5).

O processo não deixa de ser ciência por voltar a adaptar seus procedimentos ao direito material. Pelo contrário, trata-se de uma fase de desenvolvimento da disciplina, caracterizada essencialmente pela instrumentalidade e conseqüente flexibilização de seus institutos, concebidos na perspectiva dos direitos fundamentais.

É nesse cenário que se constata a conveniência da aplicação do princípio da fungibilidade de meios junto às técnicas de urgência como modificação significativa para a efetividade da jurisdição.

Nesse sentido, a flexibilização de procedimentos e requisitos legais é tendência que se alinha à concepção constante das reformas do Código de Processo Civil (LGL\1973\5). Merece ser considerada para aperfeiçoar a prestação da tutela jurisdicional urgente, especialmente porque a tutela jurisdicional não definitiva é uma só, razão pela qual os procedimentos e medidas assecuratórios e antecipatórios são naturalmente substituíveis, podendo ser compreendidos como meios para a consecução de um único fim: a tutela jurisdicional.

ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza: ex art. 700 CPC (LGL\1973\5)*. Padova: Cedam, 1985.

ARMELIN, Donaldo. "Tutela jurisdicional diferenciada". *RePro*, São Paulo: Ed. RT, n. 65, p.69-82, 1995.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. "Fungibilidade de 'meios': uma outra dimensão do princípio da fungibilidade". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

ASSIS, Araken de. "Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas". *RePro*, São Paulo: Ed. RT, n. 100, p. 35-49, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 1995. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.



CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*. O processo civil contemporâneo. Curitiba: Juruá, 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. "A antecipação de tutela no direito processual civil brasileiro". *Carta Jurídica n. 1* - Direito processual civil. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso*. México: Unam, 1974. 2 v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentabilidade do processo*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

_____. *Nasce um novo processo civil, reforma do Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Tutela antecipada*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio*. 2. ed. 4. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC (LGL\1973\5): Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. "Tutela antecipada e acautelatória – Fungibilidade dos pedidos: análise do art. 273, § 7.º, instituído pela Lei 10.444, de 07.05.2002". *Informativo Incijur*, Joinville, n. 34, p. 1-5, [s.d.].

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

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JUNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LAMY, Eduardo de Avelar. "A tutela inibitória e o paradigma entre o direito fundamental à efetividade da tutela e os direitos fundamentais conferidos ao devedor de fazer infungível". *Informativo Incijur – Instituto de Ciências Jurídicas*, Joinville, n. 22, p. 4-5, 2001a.

_____. "Fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar". *Informativo Incijur*, Joinville, n. 35, p. 8-12, 2002.

_____. "Prisão penal como meio de coerção processual civil". *Revista de Direito Processual*, Curitiba: Gênesis, vol. 19, 2001b.

LENZI, Carlos Alberto Silveira. *Comentários às alterações do Código do Processo Civil*. Brasília: Consulex, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994.

_____. *Tutela inibitória*. São Paulo: Ed. RT, 1998. MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral cautelar*. Curitiba: Juruá, 1996.

MELLO E SOUZA, Eduardo de. "A crise da crise da ação cautelar inominada". *Informativo Incijur*, Joinville, n. 7, p. 4-5, [s.d.].

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. "Medidas cautelares inominadas". *RePro*, São Paulo: Ed. RT, n. 57, p. 86-101, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. RT, 1998. vol. 6.

POPP, Carlyle. "Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial: a proteção contratual no direito brasileiro". In: LOTUFO, Renan (Org.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999.



PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PROTO PISANI, Andrea. "L'attuazione dei provvedimenti di condanna". In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar, tutelas de urgência*. São Paulo: Ed. RT, 1998. vol. 3.

_____. *Jurisdição e execução*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

TARUFFO, Michele. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1996.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2000.

1 Para Ovídio Baptista (1998, p. 27), "a simples criação do processo de conhecimento com suas premissas e naturais conseqüências teóricas automaticamente naturalizou o procedimento ordinário, com a conseqüente supressão das liminares, exacerbando, assim, a necessidade de suprir os defeitos da jurisdição por tal modo 'ordinarizada', através da qual então a doutrina passou a denominar natureza cautelar de todas as liminares".

2 Seria possível afirmar a existência de uma tutela cautelar ou antecipatória se o critério utilizado para classificar as tutelas jurisdicionais como um todo fosse a satisfatividade ou referibilidade dessa "tutela". Mesmo assim, tal classificação seria bastante nebulosa, já que a medida que satisfaz muitas vezes acaba também por acautelar, e a medida que acautela acaba também por satisfazer, havendo, na maioria dos casos, apenas preponderância de satisfatividade ou de referibilidade, que poderão variar dentro das mesmas medidas, conforme a situação, como é o caso das decisões tomadas com base no art. 273, I, do CPC (LGL\1973\5), ou mesmo de medidas como a separação de corpos ou a exibição de documentos.

3 Segundo Flávio Cheim Jorge et al.: "A Lei Federal 10.444/2002 acrescentou ao art. 273 do CPC (LGL\1973\5) parágrafo que imprimiu verdadeira revolução na técnica de concessão das chamadas tutelas de urgência, de que servem de exemplo a *tutela cautelar* e a *tutela antecipatória*. Consagrou-se a fungibilidade das medidas urgentes.

As medidas cautelares e antecipatórias são *técnicas processuais* distintas, embora possuam a mesma função. A doutrina já extremara, com razoável precisão, a distinção entre uma e outra" (2003, p. 83, grifo nosso).

4 Os cientistas do processo se esforçam para melhorá-lo, realizando seguidas modificações no estatuto processual, mas o acúmulo de casos a serem julgados é cada vez maior. Torna-se necessário flexibilizar e simplificar o instrumento constituído pelo processo, desde que tais modificações não venham a gerar danos às partes. A flexibilização das técnicas de urgência ora analisada, fundamentada especialmente no § 7.º do art. 273 do CPC (LGL\1973\5), é exatamente um exemplo de modificação que trará maior efetividade, sem gerar danos às partes, pois não há como ocorrer litigância de má-fé por parte do procurador que requer a tutela urgente por meio de uma técnica e a obtém por meio de outra.

5 Segundo o IBGE (2000), o Brasil hoje é um País de aproximadamente cento e setenta milhões de habitantes. A globalização, o fenômeno da terceirização e a evolução tecnológica fizeram com que a complexidade das negociações e do mercado, assim como a velocidade das comunicações, tenha crescido acentuadamente. O globo parece estar cada vez menor. A realidade atual é de uma sociedade de massas, para a qual a rígida estrutura do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de



1973 não era adequada.

As dificuldades socioeconômicas brasileiras refletem diretamente no número e na complexidade das questões levadas ao Poder Judiciário todos os dias. Encontrando-se limitado até mesmo por leis de responsabilidade fiscal, que o impedem de manter o número suficiente de juizes, o Estado muitas vezes acaba passando ao processo a responsabilidade pela ineficiência da prestação jurisdicional.

6 Os cientistas do processo se esforçam para aperfeiçoá-lo, realizando segundas modificações no estatuto processual, mas o acúmulo de casos a serem julgados é cada vez maior. Torna-se necessário flexibilizar e simplificar o instrumento constituído pelo processo, desde que tais modificações não venham a gerar danos às partes. A flexibilização das técnicas de urgência ora analisada, fundamentada especialmente no § 7.º do art. 273 do CPC (LGL\1973\5), é exatamente um exemplo de modificação que trará maior efetividade, sem gerar danos às partes, pois não há como ocorrer litigância de má-fé por parte do procurador que requer a tutela urgente por meio de uma técnica e a obtém por meio de outra.

7 Foi nesse contexto que a técnica generalizada de antecipação dos efeitos fáticos da tutela jurisdicional final de mérito foi introduzida no art. 273 do CPC (LGL\1973\5), juntamente de outras modificações pontuais, em 1994. Era necessário adaptar o processo à realidade e corrigir a incoerência da estrutura do Código, rompendo com a regra segundo a qual não pode haver execução sem um título executivo, em que esta se baseie, e admitindo a impropriedade de uma divisão que separou as tutelas de cognição e execução, que não precisariam ter sido separadas de forma tão rígida, já que os resultados se dão por meio de ambas.

8 Como afirmou Giovanni Arieta (1985, p. 62): "Più in particolare, occorre osservare che il progressivo scolorimento della natura cautelare del mezzo è il preciso risultato di una duplice linea di tendenza che, pur avendo origini diverse, há concorso in egual misura, muovendosi nella medesima direzione, ai fini di una vera e própria trasformazione della stessa funzione cautelare e precisamente:

a) la classificazione delle misure di cautela atípica nell'ambito dei provvedimenti anticipatori há indrodotto um macroscópico equivoco circa il rapporto tra funzione cautelare e funzione anticipatoria;

b) la progressiva e sempre più irreversibile crisi del processo civile ordinário ha ineluttabilmente determinato la ricerca affannosa di tutele alternative idonee a soddisfare le più impellenti esigenze di giustizia. La tutela ex art. 700 si è rivelata la più idonea sia in considerazione degli ampi poteri discrezionali del giudice, ma, soprattutto, in quanto è stato suficiente porre in collegamento la funzione assicurativa del mezzo con la funzione di anticipazione, per far si che i provvedimenti d'urgenza si trasformassero in misure strutturalmente anticipatorie della decisione sul mérito".

9 Segundo Tommaseo (1983, p. 55): "Invero, la constatazione della vasta latitudine di poteri Che lê norme sui provvedimenti d'urgenza sembrano attribuire al giudice e la consapevolezza che la lettera della norma di per sé non esclude un possibile contenuto anticipatorio della tutela urgente, hanno conspirato a incoraggiare la lettura in chiave funcional dell'instituto disciplinato negli art. 700 ss. CPC (LGL\1973\5). Tendenza vie pié favorita, sul piano teorico, dall'esistenza nel processo civile di un principio di efetivtà della tutela giurisdizionale secondo il quale l'interpretazione delle norme debe essere rivolta soprattutto a traer dalle stresse strumenti per quanto possibile idonei a realizzare tale principio".

10 Para Jorge et al. (2003, p. 87): "A possibilidade de requerimento, agora com base legal expressa, de medida cautelar no próprio processo de conhecimento, enfraqueceu o já desprestigiado e combatido processo cautelar. Ora, qual é a utilidade de a parte dar ensejo a um processo cautelar autônomo preparatório, se o pedido cautelar pode ser formulado no processo de conhecimento, que ademais seria necessariamente ajuizado (art. 806 do CPC (LGL\1973\5)) Realmente, nenhuma. Até mesmo a salutar discussão que se travava, antes da reforma, sobre a possibilidade de concessão de providências satisfativas pelo procedimento cautelar também perdeu a utilidade, pois o rigor científico, que exigia a postulação dos diversos tipos de tutela em seu 'tipo de processo' respectivo, foi desestimado por esta benfazeja flexibilização normativa".

11 Para Jorge et al. (2003, p. 92): "Essa medida pode ser tomada de ofício, com base no art. 295, V, do CPC (LGL\1973\5). Em hipótese alguma deve determinar a extinção do feito, sob a absurda



rubrica de ausência de interesse de agir. A conversibilidade do procedimento é uma das maiores manifestações do princípio da instrumentalidade das formas, e não pode ser olvidada. Trata-se, aqui, de adaptação da fungibilidade dos provimentos de urgência, junto com uma adaptação procedimental: acaso requerida uma medida antecipatória pelo procedimento equivocado (cautelar), corrige-o o juiz; em situação contrária, como visto, não é necessária esta correção procedimental”.

12 Segundo Marinoni (1998, p. 13): “A questão do ‘acesso’ permitiu ver a ilusão do desejo de pensar o direito processual à distância do direito substancial e da realidade social. Quebrou-se, por assim dizer, quando se descobriu que o processo não vinha servindo às pessoas, o ‘encanto’, ou a ilusão de que o direito pudesse ser tratado apenas como ‘ciência pura’, que se mantivesse eternamente distante do direito material e das vicissitudes dos homens de carne e osso.

A tomada da consciência de que o processo deve servir plenamente àqueles que, dentro do circuito social, podem envolver-se em conflitos – sejam empresários ou trabalhadores, ricos ou pobres – fez com que o direito processual assumisse uma postura mais humana, ou mais preocupada com os problemas sociais, econômicos e psicológicos, que gravitam ao redor de suas conceituações e construções técnicas”.

13 Trata-se, vale lembrar, do mesmo objetivo do poder geral de cautela (CPC (LGL\1973\5), art. 797) conferido ao juiz em casos excepcionais ou expressamente previstos em lei, para defender a efetividade da prestação jurisdicional, fundamento que alguns juízes já utilizavam para conceder técnica antecipatória requerida como cautelar.

14 Para Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 66): “Parece que esta tendência genérica que diz respeito à fungibilidade de medidas que têm a urgência como pressuposto, sob o risco de ineficácia da prestação jurisdicional, fica confirmada pelo art. 273, § 7.º, que permite expressamente a fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória de tutela”.

15 A generalização da antecipação dos efeitos fáticos da tutela era novidade; mas a maior novidade, naquele ano de 1994, dizia respeito à reforma do Código, que, a partir de então, passou a admitir suas próprias contradições conceituais e estruturais, quais sejam, a ordinarização e a própria existência do processo cautelar.