

# SISTEMATIZAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Sinara Monety Bravo de OLIVEIRA <sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho se justifica pela necessidade de estudar as premissas históricas das Tutelas de Urgência desde a Roma Antiga até os principais processualistas que levaram à construção do entendimento que possuímos nos dias atuais. Neste mesmo raciocínio, definiu-se o conceito das Tutelas de Urgência à luz das garantias constitucionais, bem como se dissertou sobre as noções de medidas cautelares. Assim, o objetivo principal se deu na delimitação dos institutos da tutela provisória de urgência antecipada e tutela provisória de urgência cautelar, analisando questões polemicas que norteiam as mesmas. Por fim, analisa-se o princípio da fungibilidade conjuntamente com os requisitos específicos para se conceder as tutelas de urgência.

**Palavras-chave:** Evolução Histórica das Tutelas de Urgência. Medidas Cautelares. Garantias Constitucionais. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar.

## 1. INTRODUÇÃO

Para justificar o tema do presente estudo, buscou-se identificar as origens históricas das Tutelas de Urgência, tendo em vista que desde o direito romano antigo já se falava do referido instituto. Constata-se que a doutrina atual sustenta-se sobre os entendimentos dos processualistas italianos Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti, os quais são detalhados no decorrer desta pesquisa.

Por conseguinte, é feita uma sucinta análise das Medidas Cautelares à luz das garantias constitucionais.

Adotou-se o método dedutivo vez que este proporcionou a realização de uma análise geral dos principais institutos das Tutelas de Urgência, culminando com as polemicas que cercam o tema e a intenção do legislador. Quanto ao método de procedimento, fora utilizado o monográfico que possibilitou os estudos da parte histórica das Tutelas de Urgência, bem como delinear sua conceituação.

---

<sup>1</sup> Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Sinarabravo@hotmail.com.

A partir destas premissas, desenvolve-se o presente trabalho apresentando as Tutelas de Urgência, a conceituação jurídica de cada espécie (tutela de provisória de urgência cautelar e tutela provisória de urgência antecipada), os requisitos para sua concessão e suas principais distinções.

O estudo supramencionado se fez importante para analisar que as tutelas de urgência eram utilizadas de forma preventiva e satisfativa, ou seja, culminou nas medidas cautelares o que gerou uma problematização quanto ao provimento jurisdicional.

Por fim, mas não menos importante, arrazoa-se sobre o princípio da fungibilidade em razão da divisão polêmica da doutrina: trata-se de uma via de mão dupla ou uma única mão? E, ainda, discursa sobre os requisitos específicos para a concessão das tutelas de urgência, o que visivelmente o Novo Código de Processo Civil objetiva simplificar.

## **2. TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCESSO CIVIL**

As intituladas tutelas emergenciais ou de urgência estabelecem instrumentos normativos que possuem como escopo promover a prestação da tutela jurisdicional em um lapso temporal inferior ao pretendido nos processos de conhecimento e execução.

Pela sistemática do nosso processo civil, as tutelas de urgência são adotadas como meios excepcionais para que se resguarde o objeto processual litigado à luz da segurança jurídica, bem como, visam antecipar os efeitos da sentença – desde que observados os requisitos previstos em Lei –, trazendo assim, maior celeridade processual.

Distintivamente do pretendido nos processos de conhecimento e execução, o que normalmente se busca é uma tutela jurisdicional exauriente, existem situações que para se cumprir a efetividade do processo, em sede de urgência, as partes não dispõem de tempo proficiente para a produção e exames de provas.

Portanto, a partir desta premissa, é possível constatar que se exerce atipicamente o devido processo legal, pois perante a concessão das tutelas de

urgência, são suprimidos temporariamente os institutos do contraditório e ampla defesa.

## 2.1 Breve Evolução Histórica

No direito romano antigo já se ouvia falar nas tutelas de urgência, contudo, o direito italiano foi pioneiro na elaboração da autonomia do processo cautelar, havendo, portanto, a criação de alguns conceitos e formas de aplicação do mesmo – que advindo este acontecimento, as medidas de urgência, passaram a serem tratadas como um terceiro gênero, ao lado do processo de conhecimento e execução.

É importante ressaltar que embora a doutrina atual tenha se baseado sobre os preceitos dos processualistas italianos Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti, como já retratado, as medidas de urgência são utilizadas desde a Roma Antiga e Idade Medieval, e prosperam na história até os dias atuais.

Na Roma Antiga, as medidas de urgência eram emitidas através da ordem do “*praetor*” romano, sendo este um magistrado membro do “*cursus honorum*” (carreira política) encarregado de aplicar a justiça. Normalmente a ordem emitida continha caráter mandamental, impondo ao indivíduo manter determinado comportamento, ou até mesmo ordem de atos com conteúdo executório, como acontecia na “*missio in possessionem*”, onde o referido magistrado autorizava o sequestro do bem litigado a um terceiro paralelo às partes.<sup>2</sup>

Em contrapartida, também existia o “*iudex*”, juiz privado do procedimento formulário e os magistrados do processo extraordinário – uma vez que o Império Romano encontrava-se em declínio, estes magistrados estavam limitados a elaborar sentenças meramente declaratórias.<sup>3</sup>

Portanto, o direito romano no que se tratava de processo civil, regulamentava direitos absolutos através da tutela emitida pelo “*praetor*”, por outro lado, os direitos de obrigações eram amparados por um juízo privado, ressaltando-

---

<sup>2</sup> FIUZA, César Augusto de Castro. Direito processual na história. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002, p. 21-23.

<sup>3</sup> FIUZA, César Augusto de Castro. Direito processual na história. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002, p. 23.

se que não admitia a execução específica, porém havia a previsão de um contraditório pleno e absoluto.

Isto posto, é possível constatar que a tutela não cautelar satisfativa assemelha-se à tutela interdital do processo civil romano, tendo em vista que o “*praetor*” antecipava a execução no processo cognitivo, através de uma ordem liminar, por uma análise superficial das afirmações do autor, de acordo com o édito. Insta salientar que todo esse procedimento acontecia independentemente de processo autônomo.

É possível perceber que o processo mais célere e voltado para a solução de situações emergenciais originou-se a partir do antigo direito romano, e durante o século XVIII na Europa já eram emitidas ordens liminares. Estas medidas compreendiam noções do “*periculum in mora*” e do “*fumus boni iuris*”, podendo ser expedida sem cláusula de justificativa<sup>4</sup>.

Posteriormente, nas Leis das XII Tábuas, encontraram-se tipos de tutelas autônomas que afigura a cautelar, sendo o “*addictus*” e o “*nexus*”.

O “*addictus*” encontrado na Tábua III permitia que o devedor fosse mantido em cárcere pelo credor por sessenta dias, como meio de garantir o crédito. Se este não realizava o pagamento, havia uma conversão de medida cautelar para executiva, podendo comercializar o devedor como escravo, ou até mesmo mata-lo.

Já o “*nexus*” tratava da hipótese em que o devedor espontaneamente demonstrava interesse em se sujeitar as vontades do credor como meio de pagamento da dívida pelos seus serviços, e após concluir, era liberado<sup>5</sup>.

Este período referente ao processo cautelar ficou conhecido como “*legis actiones*”, ora, as partes se asseguravam mediante as ações contidas nas Leis das XII tábuas para invocar suas ações, e não direitos.

A partir destas premissas, constata-se claramente que a tutela cautelar teve origem no dever de garantia do próprio direito material, momento em que os acordos de vontades entre as partes possuíam o intento de assegurar o adimplemento das obrigações, ou seja, caráter meramente patrimonial.

Dentre as divergências em relação ao processo cautelar, três juristas italianos se destacaram por terem elaborado as matrizes das cautelares como forma

---

<sup>4</sup> FIUZA, César Augusto de Castro. Direito processual na história. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 96-97.

<sup>5</sup> FIUZA, César Augusto de Castro. Direito processual na história. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 41-42.

autônoma da prestação jurisdicional, distinguindo-se do processo de conhecimento e execução.

Para Giuseppe Chiovenda, o processo deve dar a cada um tudo aquilo que tem direito, assim, as medidas cautelares serviam como meios assecuratórios da decisão final, ou até mesmo de uma futura execução<sup>6</sup>.

Porém, a visão de Chiovenda era vista como incompleta, pois havia outras medidas processuais que eram capazes de evitar o dano, sem que fossem medida cautelar, tendo a arrecadação dos bens do ausente como exemplo.

Já os estudos de Piero Calamandrei houve um avanço para a sistematização dos provimentos cautelares, pois constatou a instrumentalidade como uma de suas principais características. Calamandrei entendia que os provimentos cautelares asseguravam preventivamente uma providência ulterior definitiva, sendo assim, não possuíam um fim em si mesmo.

Confirmando seu caráter instrumental, Piero Calamandrei (citado por Castro Villar, 1971, p. 53) asseverou que

Se todas as providências jurisdicionais são um instrumento de direito substancial, que se atua através delas, nas providências cautelares se encontra uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado; são, com efeito, de uma maneira inevitável, um meio predisposto para o melhor êxito da providência definitiva, que, a sua vez, é um meio para atuação do direito, isto é, são, em realidade, a finalidade última da função jurisdicional, instrumento do instrumento<sup>7</sup>.

Segundo o entendimento de Humberto Theodoro (1988, p. 52), Calamandrei falhou em não ter colocado as cautelares como uma nova espécie de prestação da jurisdição, juntamente com os processos de conhecimento e execução.

O terceiro jurista italiano que mereceu destaque no tocante à formulação da sistemática do procedimento cautelar foi Francesco Carnelutti, que indiscutivelmente dissertou de forma mais avançada sobre o tema.

A princípio entendeu que a ação cautelar produzia a sistematização de fato durante a lide<sup>8</sup>, posteriormente incluindo-a como composição provisória da lide. Depois, substituiu seu entendimento pelo qual dissertava que a cautelar serviria

---

<sup>6</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Campinas: Bookseller, 2009, p. 97.

<sup>7</sup> VILLAR, Willard de Castro. Medidas Cautelares. São Paulo: 1971, p. 53.

<sup>8</sup> CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil. São Paulo: Editora Classic Book, 2000, p. 60.

como forma de tutelar o processo, como meio de garantir a utilidade pratica do processo definitivo.

Finalmente, aperfeiçoou sua ideia concluindo que a finalidade do processo cautelar seria proporcionar “equilíbrio inicial das partes”, isto é, este tipo de tutela jurisdiccional justifica-se como forma de “*garantir (constitui uma cautela para) o bom final de outro processo (definitivo)*” (CARNELUTTI, Francesco p.134) <sup>9</sup>.

Importa ressaltar que este processualista condicionou o processo cautelar como uma das modalidades a realizar a prevenção, adentrando no processo contencioso como um terceiro gênero, adjunto com o processo de cognição e de execução<sup>10</sup>.

O posicionamento doutrinário de Carnelutti possibilitou a libertação da tutela cautelar da equivocada conceituação de que esta seria uma antecipação provisória da tutela definitiva. Ademais, seu entendimento fez com que o processo cautelar entrasse como um meio hábil de efetivação da jurisdição.

Assim, a objetiva afirmação de Carnelutti fora decisiva ao entender que as medidas cautelares não existem para assegurar um suposto direito do litigante, mas sim para que o processo se torne útil e eficaz.

### **2.3 Conceito de Tutela de Urgência**

As tutelas de urgência devem ser analisadas inicialmente, à luz da Constituição Federal, compreendendo o que dispõe no rol de garantias constitucionais.

O primeiro fundamento disposto no art. 5º, inciso XXXV, disserta sobre o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição ou do Acesso a Justiça. Assim, de maneira a assegurar o próprio direito levado ao judiciário, bem como forma de garantia processual, as medidas de urgência asseguram que nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderão livrar-se da apreciação do poder judiciário. Vê-se, que desta forma, o individuo possui uma maior segurança jurídica a fim de acessar aquilo que lhe é de direito.

---

<sup>9</sup> CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil. São Paulo: Editora Classic Book, 2000. p. 134

<sup>10</sup> CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil. São Paulo: Editora Classic Book, 2000, p. 114.

Sobre o segundo fundamento, sendo o Princípio do Devido Processo Legal, assentado no art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, garante ao jurisdicionado que o processo seguirá todas as etapas e obedecerá todas as garantias mínimas previstas em Lei, ou seja, possui um contorno objetivo.

O terceiro fundamento é o Princípio Da Duração Razoável do Processo, art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal. Cumpre dizer que há um tempo natural da essência do processo judicial, como por exemplo, os prazos para recorrer, contestar, entre outros. De outro lado, há o tempo patológico, sendo este o tempo que o processo se encontra estático devido ao excessivo número de incidentes e até mesmo a carência de estrutura do Poder Judiciário.

Assevera-se que a tutela cautelar existe para contornar os efeitos que o próprio tempo natural do processo pode gerar e não por causa do tempo patológico, tendo em vista que determinadas situações são tão urgentes que devem ser analisadas no limiar do processo.

Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci disserta (1999, p. 236)

Em suma, o resultado de um processo não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como, também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar.

<sup>11</sup>

Assim, é possível concluir que as tutelas de urgência são compreendidas por institutos com procedimentos diferentes entre si, favorecidos de total aptidão para que o bem litigado se mantenha incorruptível até a sentença definitiva de mérito.

### **3. NOÇÕES SOBRE MEDIDA CAUTELAR**

---

<sup>11</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Medida cautelar é o procedimento processual capaz de assegurar a efetividade e eficácia de um direito postulando perante o poder judiciário, de forma a inabilitar possíveis riscos da demora processual.

Segundo uma classificação tradicional, as medidas cautelares possuem como características a: autonomia, acessoriedade, instrumentalidade, preventividade, provisoriedade, sumariedade, cognição não exauriente e revogabilidade.

A característica da autonomia se define pelo fato das medidas cautelares possuírem uma finalidade própria, possuindo seus próprios fundamentos a serem seguidos, independente do processo principal – podendo, inclusive, gerar resultados distintos.

Quanto à acessoriedade, uma vez que o processo cautelar existe em razão do processo principal, é notório que seja dependente do mesmo. Na prática, a cautelar é distribuída e apensada ao processo principal, sendo julgada pelo próprio juiz da ação principal.

A Instrumentalidade deve ser analisada juntamente com a característica disposta à cima: acessoriedade. O processo serve de instrumento para a tutela do direito material, e o processo cautelar é o veículo para que se obtenha o provimento útil do processo principal. O processo cautelar não tem o condão de dizer o direito material, mas sim, assegurar a efetividade do processo principal.

Sobre a preventividade, é certo que a finalidade do processo cautelar é garantir o provimento útil da tutela jurisdicional, ou assegurar o perigo da ineficácia da mesma. Assim, a preventividade é no sentido de afastar ou coibir risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

A provisoriedade é no sentido de que a medida cautelar imposta surtirá efeitos enquanto perdurar a situação de urgência, ora, havendo alteração da situação fática, pode haver a desnecessidade da aplicação da medida.

Sumariedade da cognição significa dizer que não há uma análise ampla e profunda, observa-se somente a verossimilhança e plausibilidade da matéria alegada.

A característica da cognição não exauriente destina-se ao fato de que a urgência presente na medida cautelar não se compatibiliza com a cognição exauriente, posto que nesta seja necessário que se esgotem todos os meios de provas.



Por fim, a característica da revogabilidade pode-se considerar um efeito da característica da provisoriedade, ora, uma vez que as circunstâncias que ensejaram a concessão da medida cautelar não se encontrem presentes, é possível, a qualquer tempo, a revogação da mesma.

Estas medidas podem ser de caráter preparatório (antes da propositura do processo principal) ou então incidente (aquelas postuladas no curso do processo principal), com a objetividade e finalidade de coibir risco iminente de dano irreparável ao tempo da sentença de mérito.

É o que defende Luiz Guilherme Marinoni (2008, pg.107): *“A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo”*.

Quando a medida cautelar é proposta preventivamente, institui-se um prazo para que o autor da demanda promova a ação principal, sob o risco de tornar sem efeito a decisão do juiz. Insta salientar que é de natureza da medida cautelar a provisoriedade, ou seja, está intimamente vinculada à decisão do processo principal.

As Medidas Cautelares podem ser classificadas como típicas – previstas em lei – ou atípicas – não se encontra prevista em lei, mas por alguma razão justifica uma medida provisória imediata.

### **3.1 Tutela provisória de urgência antecipada e tutela provisória de urgência cautelar**

Na tutela de urgência antecipada há a satisfatividade, uma vez que antecipa a própria fruição do direito material. O exemplo mais claro é aquele que o jurisdicionado entra com uma ação postulando um determinado medicamento e desde os primórdios do processo o juiz já concede o requerido.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni (2008, pg. 42):

A tutela antecipatória produz o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença. A tutela antecipatória permite

que sejam realizadas antecipadamente as consequências concretas da sentença de mérito<sup>12</sup>.

Do ponto de vista didático, toda vez que houver correspondência entre o que se deseja do provimento jurisdicional na sentença de mérito com o que se pretende imediatamente, será tutela de urgência antecipada.

Os requisitos para sua concessão segundo o Código de Processo Civil de 1973 são: Requerimento (pois a tutela antecipada é exceção, a regra é que a tutela seja dada na sentença de mérito), probabilidade do direito afirmado (necessário uma prova inequívoca que possua um grau de convencimento mínimo ao juiz), risco de dano irreparável (a parte deve provar que a demora para se conceder a tutela irá lhe causar um dano irreparável ou de difícil reparação) e reversibilidade do provimento (o juiz não pode conceder a tutela antecipada se houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da sua decisão).

Por outro lado, a tutela de urgência cautelar não é satisfativa, no sentido em que não antecipa a fruição do direito, mas apenas acautela este. Pode-se observar este instituto nas ações que possuem crédito ainda não vencido, ora, quando se constata que o réu possui a intenção, ou até mesmo pratique atos como meio de esvair seus bens que poderiam ser penhorados, pode-se requerer o bloqueio destes, pois ao tempo da sentença é capaz de não haver bens para que satisfaça o direito pretendido pelo autor.

A tutela que se quer não é que o juiz já condene o réu a pagar a dívida, mas o que se pretende a título emergencial é o bloqueio de bens.

Os requisitos para a concessão da tutela cautelar são: o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito, ou seja, há indícios suficientes de que o direito que é requerido cautelarmente pela parte realmente terá o provimento jurisdicional de forma permanente ao tempo da sentença de mérito) e o *periculum in mora* (perigo da demora, ora, se o juiz não conceder a tutela de urgência cautelar, o direito pleiteado poderá sofrer deterioração ou perda, causando danos irreversíveis ou de difícil reparação).

Desta forma, todas as vezes que não houver correspondência entre o que se quer na sentença e o que se pretende imediatamente com o pedido de tutela, será tutela provisória de urgência cautelar.

---

<sup>12</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42.

A tutela cautelar visa proteger um processo futuro e não o direito material, enquanto que na tutela antecipada já antecipa o próprio direito material.

Nota-se diversas vezes a errônea utilização da palavra “liminar”. Liminar é o que acontece no limiar do procedimento, ou seja, no início, podendo haver uma liminar de natureza cautelar ou antecipada/satisfativa.

No início da vigência do Código de Processo Civil de 1973 tínhamos a possibilidade de o juiz conceder uma liminar satisfativa/antecipada apenas no livro de procedimentos especiais, ou seja, apenas no Livro III que trata sobre cautelares: arresto, sequestro e outras 12 situações.

O legislador, sabendo não ser possível prever todas as situações, trouxe o artigo 798 – chamado de “poder geral de cautela” – como forma de dizer que em qualquer situação de urgência onde se ache necessário acautelar, o juiz poderá aplicar a medida. Esta medida possivelmente aplicada pelo magistrado com base no referido artigo 798 ficou conhecida como cautelares inominadas, ou seja, uma situação aberta que não há previsão em lei.

Contudo, se um determinado indivíduo necessitasse de um medicamento que só era possível sua aquisição – seja por hipossuficiência da parte ou burocracia para a aquisição – apenas havia possibilidade para se postular perante o livro IV. Porém, este medicamento deveria ser de uso imediato, podendo causar prejuízos à parte caso não seja concedido no início do processo. Acontece que os advogados não conseguiam fundamentar, vez que apenas poderia ser concedida uma liminar satisfativa no Livro III que tratava sobre as medidas cautelares – o ornamento jurídico era insuficiente.

O entendimento que se deu na época é que baseado no art. 798 o juiz poderia entrar com qualquer tipo de ação desde que houvesse o cumprimento dos requisitos, assim, conforme o exemplo à cima começou-se a rotular como ação cautelar de medicamentos. Desta forma, havia resolvido o problema da parte, pois pouco importava o nome, o que se pretendia de pronto era o medicamento.

Mas, o problema do ponto de vista processual foi que a regra mais básica da cautelar é que a partir do momento que o juiz concede a medida há o prazo de trinta dias para ajuizar a ação principal sob pena de se tornar ineficaz<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 69-71.

Transpondo tal raciocínio para o medicamento, o problema estava em: o juiz concedia a tutela cautelar e o medicamento. Depois de 30 dias, qual ação deveria propor? Não havia, pois não era uma cautelar.

O legislador diante todos os problemas que se apresentava, alterou o artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 – generalização da tutela provisória antecipada/satisfativa o com o fim de democratizar e conceder maior acesso à justiça<sup>14</sup>

Com a referida alteração, o que se entendia por tutela cautelar, alguns juízes passaram a aplicar como tutela antecipada e, diante disto sobreveio a seguinte polemica: o individuo ao ajuizar uma ação cautelar e o juiz, por outro lado, dissesse que era caso de tutela antecipada, qual deveria ser a atitude da parte? Inversamente, perante outro juízo, se a parte pleiteava uma tutela antecipada e o juiz entendia que era caso de concessão de tutela cautelar: veja, situações claramente distintas.

Esta problemática durou até inclusão do parágrafo 7º do art. 273 – porém, ainda assim sua redação não encerrou todas as discussões, tendo em vista que sua interpretação permitia que a fungibilidade fosse de mão única. <sup>15</sup>

E a partir de então começa a surgir a ideia de unificação os dois regimes: cautelar e antecipada.

### **3.2 Princípio da Fungibilidade e os requisitos para a concessão das tutelas de urgência.**

Um degrau antes da unificação dos requisitos é o chamado de fungibilidade: se o sujeito entrar com pedido de tutela antecipada, mas concretamente o que se deseja é uma tutela cautelar, aplica-se a cautelar. Isso encontra respaldo no §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973. Mas e nos casos em que se postula uma tutela antecipada, mas o que se pretende é uma tutela cautelar? A fungibilidade é de mão dupla ou uma única mão?

---

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 105.

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.130.

Há duas correntes doutrinárias sobre o questionamento à cima:

A primeira defende a tese de que a fungibilidade é de mão única, tendo como fundamento de que a lei autorizou somente neste sentido e de fato é o que aparentemente se percebe ao ler a lei.

O segundo fundamento era que sempre se soube que os requisitos da tutela antecipada eram mais rigorosos do que os requisitos para a concessão da tutela cautelar. Para ter tutela antecipada é necessária a verossimilhança da alegação e risco de dano irreparável. Enquanto a cautelar só necessitava do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*”. E é claro que a lei só poderia autorizar em um sentido, ou seja, se o autor pede o mais, o juiz pode dar o menos.

Já a segunda corrente que defendia que a fungibilidade era de mão dupla, tinha como o primeiro fundamento de que pouco importa a autorização da lei, uma vez que a fungibilidade está autorizada pela Constituição Federal. A partir do princípio do devido processo legal, o processo precisa de instrumentalidade, e não se preocupar com questões formais; nos casos de dúvidas o juiz deve prestar a fungibilidade. Não se tinha previsão na lei que o tribunal utilizasse a fungibilidade em caso de recurso inadequado, mas a jurisprudência e doutrina sempre admitiram com base na Constituição Federal.

O segundo fundamento é: como transpor essa barreira de pedir o mais e o juiz dar o menos? Está errado falar que os requisitos para tutela antecipada são mais rigorosos que para conseguir tutela cautelar. Seja falar que existe verossimilhança ou “*fumus boni iuris*”, a lei quer dizer que o direito precisa ser provado.

Ainda que se parta do pressuposto que são institutos diferentes, ou seja, que os requisitos da antecipada são mais rigorosos, mesmo assim podemos aplicar a fungibilidade de mão dupla, uma vez que o juiz analisa se estão presentes os requisitos da tutela que ele vai conceder e não da tutela que foi requerida.

Superados estes entendimentos, o Novo Código de Processo Civil que entrou em vigor em 18 de março de 2016, inaugura em nosso Sistema Processual diversas técnicas de concentração do poder nas mãos do Juiz, o que lhe permite atuar com mais eficácia, possibilitando o aprimoramento do princípio constitucional da duração razoável do processo, impondo a reflexão a respeito da cultura da Conciliação.

Como não poderia deixar de ser, houve mudanças em relação a atual Tutela Antecipada e Tutela Cautelar permitindo, em algumas situações, que um único processo seja utilizado para uma primeira medida cautelar e após, a sua conversão em Ação Principal. Portanto, fora unificado o regime, adotando os mesmos requisitos para a concessão de tutela provisória de urgência e tutela cautelar de urgência.

#### **4. CONCLUSÃO**

As tutelas de urgência, em especial as medidas cautelares, conforme suas evoluções durante os anos reformaram o direito romano no que tange à prevenção do perigo ou risco de dano do direito, bem como, forma de assegurar a prestação da tutela do Estado.

Entretanto, estas medidas cautelares possuem como características a autonomia, acessoriedade, instrumentalidade, preventividade, provisoriedade, sumariedade e temporariedade, sendo embasadas à luz das garantias constitucionais; estas podem ser postuladas de forma instrumental ou de forma incidental e ainda podem ser classificadas como típicas ou atípicas.

No tocante as espécies de medidas cautelares, perante a constatação de seus conceitos e aferir suas características, conclui-se que tutela cautelar não visa proteger o direito material, mas sim um processo futuro, enquanto que a tutela antecipada já antecipa o próprio direito material.

Enfim, quanto ao princípio da fungibilidade e o questionamento dividido na doutrina sobre ser ou não via de mão dupla, trouxe diversas problemáticas que tentaram ser solucionada pelo legislador, vez que esta possibilidade de adequação da norma jurídica processual que seja capaz de transformar um processo célere e eficaz, apenas seja possível com o Novo Código de Processo Civil vigente, tendo em vista que este propõe a unificação dos institutos da tutela antecipada e tutela cautelar.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo civil- Processo Cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2009.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FIUZA, César Augusto de Castro. **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GIUSTI, Miriam Petri Lima. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Rideel, 2003.

JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Bahia: Podivm, 2008.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro - Exposição Sistemática do Procedimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar.** 10ª. ed. São Paulo: LEUD, 1988.

THEODORO JR. Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência.** 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VILLAR, Willard de Castro. **Medidas cautelares.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.