



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

LUCIANO BARBOSA BORGES

**ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E MEDIDA
CAUTELAR – FUNGIBILIDADE DE MÃO DUPLA**

JUIZ DE FORA

2009



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

LUCIANO BARBOSA BORGES

**ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E MEDIDA
CAUTELAR – FUNGIBILIDADE DE MÃO DUPLA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos/Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Wagner Antônio Daibert Veiga

JUIZ DE FORA

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

LUCIANO BARBOSA BORGES

Aluno

ANTECIPAÇÃO DO TUTELA E MEDIDA CAUTELAR -
FUNCIABILIDADE DE MÃO DUPLA

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Wagner Antônio Inêrcio Vilela

Rodrigo Longolano

Paulo Cassiano Machado

Aprovada em 30/06/2009.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. O FATOR TEMPO E AS TÉCNICAS PROCESSUAIS DE SUPERAÇÃO	7
2.1. As tutelas de urgência na Constituição da República	9
3. TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA	10
3.1. Tutela cautelar	10
3.2. Tutela antecipada	11
3.3. Distinções entre as tutelas de urgência – discussão árida	11
4. FUNGIBILIDADE ENTRE AS MEDIDAS DE URGÊNCIA	14
4.1. A nova tonalidade da tutela cautelar	16
4.2. A aplicação do §7º do art. 273 – faculdade do juiz?	17
4.3. Limites da fungibilidade (regressiva e progressiva)	18
4.3.1. Fungibilidade regressiva: mão única	18
4.3.2. Fungibilidade progressiva: mão dupla	20
4.4. Condições para aplicação da fungibilidade	23
4.5. Situações em que desaconselhável a fungibilidade	26
4.6. Questões procedimentais decorrentes da aplicação da fungibilidade	27
4.7. Fungibilidade de pedidos ou fungibilidade de procedimentos?	28
5. CONCLUSÃO	31
6. REFERÊNCIAS	33

1. INTRODUÇÃO

As *tutelas de urgência*, no âmbito do processo civil brasileiro moderno, dentre elas, a *tutela antecipada* e a *tutela cautelar*, são instrumentos aptos a combater o fator tempo prejudicial ao procedimento ordinário e deitam raízes nos princípios preceituados no artigo 5º, XXXV e LXXVIII da Constituição Federal Brasileira de 1.988.

Tais preceitos constitucionais preconizam não só o direito de 'acesso à ordem jurídica justa', (inciso XXXV), como também busca, através do inovador inciso LXXVIII, a rápida entrega da prestação jurisdicional, ao assegurar a todo cidadão a razoabilidade da duração do processo e a celeridade processual, tanto propugnadas, mas jamais cumpridas.

As tutelas cautelar e antecipada são institutos distintos, com pontos em comum, tais como a revogabilidade, a fungibilidade, a contra-cautela e a proporcionalidade. Entretanto, não se pode negar que na primeira se busca medida para se assegurar que o processo principal não tenha resultado frustrado, enquanto que na segunda, o que se quer é, justamente, o resultado pleiteado no processo satisfativo, de maneira antecipada.

O advento da Lei 10.444/02, que introduziu o §7º do art. 273 do CPC, trazendo profundas alterações no que âmbito das tutelas de urgência, esvaziou, consideravelmente, as discussões acerca das distinções das duas medidas, ao estabelecer que "Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado" (grifo nosso).

O sincretismo processual trazido no bojo desse dispositivo retrata, com eficiência, a intenção do legislador de buscar, cada vez mais, que o processo civil se torne um processo civil de resultados, conferindo, desse modo, maior efetividade à prestação jurisdicional.

No entanto, a fungibilidade estabelecida pelo parágrafo em comento não tem o condão de extinguir o processo cautelar previsto no Livro III do CPC, que, por certo, sofrerá um salutar enxugamento.

Pretende-se, com esse trabalho, atacar questões importantes decorrentes das modificações introduzidas pela Lei 10444/02, como, por exemplo, a equivocada idéia de que a aplicação da fungibilidade estabelecida no §7º do art. 273 do CPC é mera faculdade do juiz. Defender-se-á, ainda, que a omissão do legislador ao não prever a fungibilidade de mão dupla, ou seja, deferimento de medida cautelar no bojo dos autos principais e deferimento de medida

antecipatória em autos apartados não foi intencional, eis que, como se verá, filia-se à corrente segundo a qual o legislador teria dito menos do que pretendia.

Por fim, serão enfrentados, um a um, os argumentos em que alguns autores se baseiam para combater a aplicação da fungibilidade, defendendo-se, outrossim, a sua aplicação ampla, de mão dupla, mostrando ser, inclusive, desnecessário a alteração dos ritos procedimentais, já que a fungibilidade prevista no dispositivo em estudo é a fungibilidade de pedidos e não de procedimentos.

2. O FATOR TEMPO E AS TÉCNICAS PROCESSUAIS DE SUPERACÃO

Sabe-se que o direito processual brasileiro, respaldado na efetividade do princípio constitucional do devido processo legal, notadamente em função do contraditório e da ampla defesa, fez clara opção pelo procedimento ordinário, de cognição exauriente, a fim de que, fundado no mais alto grau de convencimento, proferisse o julgador um pronunciamento de mérito o mais próximo do conceito jurídico de justo, evitando que fosse tutelado quem não possuísse direito. Nas palavras de Teori Zavascki, “a tutela jurisdicional prometida na Constituição é tutela de cognição exauriente, que persegue juízo o mais aproximado possível da certeza jurídica; é tutela definitiva, cuja imutabilidade confere adequado nível de estabilidade às relações sociais; é, em suma, tutela que privilegia o valor segurança” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, p. 24).

Nessa linha de raciocínio, podemos concluir que o Estado tomou para si o direito e o dever de dizer o justo e solucionar conflitos entre as partes, ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF/88.). Criou-se, assim, um procedimento dito ordinário que possibilitava às partes todas as defesas possíveis de suas teses antes da decisão de cada caso.

Ocorre que, em diversas situações, a demora na resolução de um processo coloca em risco o direito do consumidor da Justiça, que, não raro, experimenta o dissabor de não obter a tutela pretendida em função do fator tempo. Seguindo ainda a lição do Ministro Teori, “(...) se o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a tutela de mão própria, é seu dever fazer com que os indivíduos a ela submetidos compulsoriamente não venham a sofrer danos em decorrência da demora da atividade jurisdicional” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 3ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2000, p. 27).

Ovídio Batista da Silva, insigne processualista gaúcho, traz a lume a doutrina de que “Se suprimíssemos de um determinado ordenamento jurídico a tutela da aparência, impondo ao julgador o dever de julgar somente após ouvir ambas as partes, permitindo-lhes a produção de todas as provas que cada uma fosse capaz de trazer ao processo, certamente correríamos o risco de obter ao final da demanda, uma sentença primorosa em seu aspecto formal e assentada em juízo de veracidade do mais elevado grau, que, no entanto, poderia ser inútil sob o ponto de vista da efetividade do direito reclamado. O que ganhássemos em

segurança teríamos perdido em efetividade” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**, Volume 3. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 19).

Mister ressaltar que a justificativa da urgência reside no fato de que o Direito deve proteger o bem da vida, e não oferecer reparação posterior em pecúnia. Nesse sentido, encontramos a seguinte lição: “a tutela da obrigação contratual na forma específica é reflexo da tomada de consciência de que é imprescindível, dentro da sociedade contemporânea, dar ao jurisdicionado o bem que ele tem o direito de receber, e não apenas o seu equivalente em pecúnia” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 183).

Assim, frente à necessidade de oferecer efetividade ao processo e evitar que o procedimento ordinário ponha em risco o direito eventual da parte, que, por vezes, não pode aguardar a maturação natural do processo, o legislador do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 valeu-se do processo cautelar, de cognição sumária, não definitiva, fundada em juízo de aparência, que pudesse, frente ao reconhecimento de alguma verossimilhança na alegação da parte, afastar risco iminente de dano irreparável. O caráter preventivo – àquela época tido como regra – foi, inclusive, expressamente admitido na exposição de motivos do nosso digesto processual civil (BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil**. Lei n.º 5.869/73, tópico 11).

Tal instituto, porém, concebido, inicialmente, visando à instrumentalidade processual e disposto a remediar prejuízos por conta do fator temporal, foi, posteriormente, adaptado pelo legislador pátrio, que concebeu técnicas de celeridade para obtenção de soluções definitivas, ante o clamor que se experimentava pela imediatidade na prestação jurisdicional. Foi assim que, em 1994, houve a introdução no ordenamento jurídico pátrio da tutela antecipada, reformada em 2002, por via da Lei n.10.444/02, estabelecendo o sincretismo processual, cujo objetivo era distribuir o ônus do tempo do processo, que, em casos não raros, prejudica o autor que tem razão.

As tutelas de urgência, portanto, de cunho acelerador, se traduzem como meio de combater a *dilatio temporis* ocasionada pelo processo, cuja efetividade ficaria potencialmente ameaçada caso a morosidade colocasse em risco o direito perquirido. São, em última análise, tais tutelas, uma forma hábil a escorar o princípio constitucional de acesso à ordem jurídica justa, mormente se considerar que as tutelas postas à análise nos dias de hoje não podem, muitas vezes, suportar o mesmo tempo despendido para a realização do direito como há sessenta anos se aguardava, quando foi publicada a antológica obra de CALAMANDREI, regulamentando as providências cautelares.

2.1. As tutelas de urgência na Constituição da República

A Carta Magna brasileira traz em sua estrutura, normas de aplicabilidade imediata, *argumentum ex art.* 5º, § 1º, afirmando garantias inerentes a um justo e efetivo instrumento para a obtenção do direito, como a inafastabilidade do controle jurisdicional e a razoável tramitação do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Tais normas prescindem de norma regulamentadora, vez que dotadas de eficácia plena ou absoluta.

As tutelas de urgência, dentre elas, a tutela antecipada e a tutela cautelar, têm como principal pilar o preceituado artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição da República, que estabelecem: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...) LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004)

Tais preceitos constitucionais afirmam, como já dito anteriormente, não só o direito de ‘acesso à ordem jurídica justa’, (inciso XXXV), como também busca, através do inovador inciso LXXVIII, a rápida entrega da prestação jurisdicional, ao assegurar a todo cidadão a razoabilidade da duração do processo e a celeridade processual.

Depreende-se do texto constitucional que, tanto a lesão como a ameaça a direito devem ser apreciadas pelo Poder Judiciário, principalmente, se se tratar de iminente urgência, de onde emana, com força extraordinária, o novel princípio da prestação jurisdicional em tempo razoável, tornando-se imperativo a aceleração do procedimento, sob pena de consagrar a tutela “tardia e ineficiente” (FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da tutela antecipada)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, p. 50.)

Assim, a necessidade de se tutelar direitos com urgência consubstancia-se, antes de tudo, num dever constitucional (consecutório da garantia constitucional do acesso à Justiça e da celeridade processual) e não apenas uma mera faculdade do prestador da atividade jurisdicional, mormente após a Emenda Constitucional n. 45, de 08-12-2004, que trouxe grande avanço à instrumentalidade do processo, alçando o instituto da tutela de urgência a norma constitucional, de garantia de direito fundamental, saindo da esfera da lei infraconstitucional, ou seja, do CPC para tornar-se norma na Lei Maior.

3. TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

As diversas alterações do nosso ordenamento jurídico, implementadas não só pelo legislador ordinário, como foi o caso da última reforma do digesto processual civil, como também pelo legislador originário, alterando as bases constitucionais de atuação do Poder Judiciário, buscam a efetiva prestação jurisdicional e o acesso à justiça. As tutelas cautelar, antecipada e específica são formas de garantir, portanto, tal prestação jurisdicional.

Apesar de entender que não seja tão indispensável a diferenciação dos dois institutos ora estudados, far-se-á, a seguir, uma breve exposição acerca de cada um deles, seus pontos divergentes e em comum, cabendo ressaltar que somente o direito brasileiro almejou separar em campos estanques a antecipação de tutela e as medidas cautelares.

3.1. Tutela Cautelar

Cautelares, conforme ensina Calamandrei, seriam os “procedimentos provisórios”, cujos efeitos seriam limitados no tempo, até que através do “procedimento principal” fosse decidido definitivamente o mérito da controvérsia. (CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Ed. Servanda, 2000, p. 32/33).

A tutela cautelar, também conhecida como tutela assecuratória, visa garantir e dar segurança ao processo existente ou que ainda será proposto. Pode apresentar um procedimento específico, que são as cautelares nominadas ou típicas, ou, ainda, utilizar-se do procedimento comum das cautelares (arts. 802 a 811, CPC), que são as cautelares inominadas ou atípicas. Esta tutela apresenta um princípio exclusivo, que é a provisoriedade, já que está discutindo o direito processual que será utilizado no processo principal. E, a constrição surgirá com a efetivação da tutela cautelar, que, se for preventiva, determina um prazo de 30 dias para ser proposto o processo principal (art. 806, CPC).

Para a concessão da cautelar é necessária a presença do *fumus boni juris*, que é a plausibilidade, a possibilidade de existência do direito ao processo principal, bem como do *periculum in mora*, que é a probabilidade de haver dano para uma das partes, até o julgamento final da futura ou atual ação principal. Pode ser requerida pelas partes ou concedida *ex officio* pelo juiz.

3.2. Tutela antecipada

A antecipação da tutela, por seu turno, é um instituto que possibilita ao autor, desde que preenchidos os requisitos legais, obter antecipadamente os efeitos do provimento jurisdicional que somente seria alcançado com o trânsito em julgado da sentença definitiva de mérito. Pode ser concedida liminarmente, mediante cognição sumária, baseada na prova documental trazida pelo autor na inicial, ou no curso do processo, até a prolação da sentença.

São requisitos obrigatórios a prova inequívoca da verossimilhança, que é juízo de probabilidade de acolhimento das alegações deduzidas pelo autor em sua inicial, e reversibilidade, que é a possibilidade de desfazer os efeitos concretos gerados pela decisão provisória (art. 273, *caput* e § 4º, CPC).

Além dos requisitos obrigatórios, é preciso que o interessado na antecipação da tutela preencha pelo menos um dos requisitos alternativos, quais sejam: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, I e II, CPC).

3.3. Distinções entre as tutelas de urgência – discussão árida

Antes das alterações havidas no código adjetivo civil, visualizava-se certa tendência de se abusar de tecnicismos para separar em compartimentos estanques as hipóteses de tutela cautelar e as de antecipação de tutela.

Pontes de Miranda, objetivando simplificar as diferenças entre ambas as tutelas, criou certas expressões, colorindo a tutela cautelar como *segurança para a execução* e a antecipada como *execução para segurança*.

Sabe-se que os dois institutos possuem princípios em comum, quais sejam: a revogabilidade, a fungibilidade, a contra-cautela e a proporcionalidade. No entanto, as medidas de urgência devem ser identificadas em razão de serem cautelares ou satisfativas, e não cautelares ou definitivas, como querem alguns.

Para o Prof. Carpena, a diferença entre tutela cautelar e antecipação de tutela é, em síntese, “o fato de na primeira se buscarem medidas para se assegurar que o processo principal (que busca o bem da vida) não tenha um resultado frustrado, inútil ou inócuo; enquanto que, na segunda, o que se quer é, justamente, o bem da vida pleiteado no processo satisfativo, só que, antecipadamente, baseado em determinada situação fática que assim

autoriza” (CARPENA, Márcio Louzada. **Do Processo Cautelar Moderno**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, pp. 93-94).

Em sendo assim nota-se que a antecipação de tutela exige requisitos mais severos para sua concessão, pois transfere de imediato a satisfação pretendida em tutela final, enquanto que a tutela cautelar apenas garante a possibilidade de realização daquele direito postulado. Equivale dizer que a cognição do juiz para conceder a tutela antecipada há de ser mais profunda do que a cognição necessária para deferir a tutela cautelar, em razão dos respectivos efeitos de tais medidas.

Ante o acima exposto, exsurge a capacidade de atribuir identidade própria às medidas antecipatórias e cautelares. Ao passo que a medida antecipatória garante a satisfação do requerente enquanto não seja substituída por medida definitiva (sentença de mérito), a medida cautelar assegura a futura satisfação dos direitos que porventura venham a ser considerados dignos de tutela, sem, contudo, ainda satisfazê-los (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 3. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 38-39).

Cumpra indagar, contudo, se a prestação jurisdicional não estaria sendo comprometida com a insistência nesta diferenciação, questionando-se, ainda, sobre a real valia dessa distinção. Posto que vertentes de idêntico ramo (tutelas de urgência) e contando com abundantes pontos de contato (submissão a crivo sumário, provisoriedade e objetivo de garantir efetividade ao processo perante o fator tempo), tamanha a similaridade entre as tutelas cautelar e antecipada que se legitimaria reputar meramente terminológica a distinção, sugerindo-se até mesmo a substituição da expressão tutela cautelar por tutela de urgência. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Perfil dogmático da tutela de urgência, inédito, apud José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 310).

Afirmou o Prof. Munhoz da Cunha o seguinte: “Essas divergências, atuais, na fase da consolidação das reformas, que decorrem de incertezas conceituais e sistêmicas e constituem uma tentativa louvável de se esclarecer ou elucidar a questão, indiretamente também contribuem para acentuar as perplexidades e gerar confusão. E a situação se agrava em face da tendência no sentido de tornar incomunicáveis as tutelas cautelar e antecipatória em qualquer situação, seja por uma suposta incompatibilidade técnica, seja por uma incompatibilidade funcional supostamente constante. A suposição de que são invariavelmente inconciliáveis os conteúdos ou as técnicas entre tutela cautelar e tutela antecipatória sumária não convence” (CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 11. São Paulo: RT, 2001, p. 48).

Não é despidiendo ressaltar que, independentemente do instituto, a satisfação fática seria a mesma, quer tivesse natureza cautelar, quer correspondesse a uma “satisfação antecipada” do pedido, pois ambas teriam caráter provisório e nenhuma delas “solucionaria” a lide. Os danos porventura suportados pela parte que sofre essas medidas – provisórias ou temporárias, tanto faz – seriam danos “fáticos”, não mais “jurídicos”, de modo que a distinção entre suas respectivas naturezas (cautelar ou antecipatória) não seria relevante para “ciência” processual. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**, Vol. 3. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 29-31).

Importante frisar, outrossim, que não fica excluída a possibilidade de se deparar com hipóteses situadas numa “zona cinzenta”, ou faixa de fronteira, onde se torna difícil saber com precisão em que território se está pisando (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 8ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 104).

Desse modo, pode-se inferir que apesar de existirem, tecnicamente, diferenças entre as tutelas cautelar e antecipada, pouca relevância há em identificar tais institutos; importa é a demonstração da urgência (*fumus boni juris e periculum in mora*), de forma a garantir que a prestação jurisdicional seja efetiva. Busca-se, em última análise, um processo civil de resultados.

4. A FUNGIBILIDADE ENTRE AS MEDIDAS DE URGÊNCIA

As alterações introduzidas em 2002, com a inserção do §7º do art. 273 do CPC, potencializaram ainda mais a zona nebulosa existente entre *cautelaridade* e *satisfatividade*, pois, ao se disciplinar o princípio da fungibilidade, rompeu-se com o modelo clássico de rígida divisão de processos (conhecimento, execução e cautelar), sendo autorizado que em uma mesma relação jurídica possa a parte valer-se de todos eles. Nas palavras de Joel Figueira Júnior, “Em síntese, o §7º do art. 273 do CPC permite ao Juiz conhecer, acautelar e executar (= efetivar providência de natureza satisfativa), no mesmo processo” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à Novíssima Reforma do CPC**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002).

De acordo com o professor Carreira Alvim, “O sincretismo processual traduz uma tendência do direito processual, de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional, *simpliciter et de plano* (de forma simples e de imediato), no bojo de um mesmo processo, com o que, além de evitar a proliferação de processos, simplifica (e humaniza) a prestação jurisdicional” (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Alterações do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004, pp. 40-41).

Veja-se, em destaque, a redação do dispositivo do art. 273, § 7º:

“Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado” (grifo nosso).

A partir de então, medidas cautelares podem ser requeridas dentro do processo de conhecimento, sem a necessidade de a parte ter de ajuizar novo processo para mera assecuração.

O Prof. Cândido Rangel Dinamarco, com a acuidade que lhe é peculiar, afirma que, “quando bem compreendido, em face do sistema das medidas urgentes, esse novo dispositivo tem um significado e uma dimensão que podem ir muito além dos objetivos do próprio legislador, em proveito da maior efetividade da tutela jurisdicional e de sua tempestividade. Ele pode valer muito mais pelos caminhos que é capaz de abrir, do que por aquilo que resulta da mera leitura de suas palavras. A fungibilidade entre as duas tutelas deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à

unificação da teoria das medidas urgentes – ou seja, para a descoberta de que muito há, na disciplina explícita das medidas cautelares, que comporta plena aplicação às antecipações de tutela”.

Impende suscitar que o princípio da fungibilidade já se encontrava presente no sistema recursal de forma implícita, onde há admissibilidade em determinadas hipóteses; do recebimento de um recurso por outro, por exemplo, evitando, assim, o desnecessário formalismo no conhecimento dos recursos e as injustas conseqüências que podem advir do rigor processual.

O princípio em questão também se faz presente no processo cautelar, sendo de grande valia para o magistrado no exercício do seu mister, uma vez que lhe confere poderes, no exercício da prestação da tutela jurisdicional cautelar, conhecer o meio processual erroneamente ou impropriamente utilizado pelo requerente de determinada medida jurisdicional, acautelando, assim, a pretensão requerida, mesmo que o instrumento processual utilizado não seja pertinente.

Saliente-se que, apesar de a reforma processual advinda da Lei n. 10.444/02 ter provocado uma certa mitigação entre satisfatividade e cautelaridade, os requisitos essenciais que viabilizam a medida cautelar continuam os mesmos, apenas o legislador decidiu conferir maior efetividade ao processo, uma vez que, presentes os seus pressupostos e não aqueles pertinentes à tutela antecipada, sabiamente mais rigorosos, poder-se-ia deferir a medida mesmo em processo de conhecimento.

Assim, a modificação mencionada alhures veio para mudar a alma do processo civil, consagrando um verdadeiro sincretismo das tutelas jurisdicionais, admitindo que se possa falar em utilização de diferentes tutelas num mesmo processo, ou seja, o deferimento de tutela cautelar no bojo de um processo de cognição.

Vale a pena destacar o brilhante posicionamento do ilustre Fredie Didier Jr, segundo o qual podemos afirmar que “É possível agora sem mais qualquer objeção doutrinária, a concessão de provimentos cautelares no bojo de demandas de conhecimento. Não há mais necessidade de instauração de um processo com objetivo exclusivo de obtenção de um provimento acautelatório: a medida cautelar pode ser concedida no processo de conhecimento, incidentalmente como menciona o texto legal” (JORGE, Flavio Cheim; JUNIOR, Fredie Didier & RODRIGUES, Marcelo Abelha, *A nova reforma processual*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 85).

4.1. A nova tonalidade da Tutela Cautelar

As profundas modificações implementadas no que tange à tutela cautelar levaram alguns doutrinadores a cogitarem em possível revogação do Livro III do CPC.

Seguramente, a reforma enfraqueceu sobremaneira o processo cautelar, que, na sua forma de processo autônomo, já não guarda tanta utilidade como outrora. Nas palavras de José Maria Tescheiner: “Os processos cautelares incidentes tenderão a desaparecer. Teremos processos preparatórios, com pedido de regulação provisória da lide (mediante medida de natureza cautelar ou antecipatória); e processos com pedido de regulação definitiva, com eventual decisão interlocutória, voltada à litisregulação” (TESHEINER, José Maria. **Fungibilidade das medidas cautelares e antecipatórias**. Disponível em <www.tex.pro.br> Acesso em: 28/05/2009).

No entanto, ainda que impossível negar que, conferida ao julgador a possibilidade de utilizar-se do princípio da fungibilidade das medidas, escoar-se-ia um pouco do conteúdo material das medidas cautelares, extinto não está o processo cautelar, pois, por ora, em algumas situações, mostra-se conveniente mantê-lo pela harmonia do sistema, tais como produção antecipada de provas ou exibição de documentos.

O douto Nereu José Giacomolli, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, trata da matéria em comento com muita percuciência, veja-se argumentação embutida na decisão monocrática proferida pelo douto julgado em sede de agravo de instrumento:

“Embora a existência de corrente jurisprudencial entendendo que a partir da incorporação do instituto da antecipação de tutela por nossa legislação processual, não mais se justificaria o ajuizamento de cautelar, quando o provimento da liminar pode ser obtido na própria ação de conhecimento, mediante antecipação da tutela, tenho que compete à parte autora decidir qual a melhor forma de obter o provimento judicial que objetiva conseguir.” (www.tj.rs.gov.br. Agravo de Instrumento nº70007523038. Relator - Nereu José Giacomolli - nona câmara cível)”

Importante concluir, pois, que a nova ordem das tutelas de urgência provocou tão somente um enxugamento salutar no processo cautelar, redirecionando-o às finalidades que justificaram sua criação. De qualquer forma, aproveitou-se a oportunidade para simplificar conceitualmente as tutelas emergenciais de modo a otimizar sua aplicação em prol da

economia e celeridade processual, sendo certo que o dispositivo legal em estudo não tem o fito de abrandar a aplicabilidade da medida cautelar e, sim, de emprestar maior efetividade ao processo civil.

4.2. A aplicação do §7º do art. 273 – faculdade do juiz?

Alguns doutrinadores, entre eles o Prof João Roberto Parizatto defendem que o juiz não agirá *ex officio*, dependendo de providência a ser requerida pelo autor, que deverá ostentar natureza cautelar. Presentes os pressupostos para o deferimento, o juiz **poderá** (e não, **deverá**) conceder a medida pleiteada de forma incidental do feito já ajuizado, pressupondo-se assim a existência de processo em andamento. (PARIZATTO, João Roberto. **Novas Alterações do CPC 2002**. São Paulo: Edipa, 2002, pp. 6-7).

Em que pese a opinião do ilustre jurista, ousa-se posicionar de forma diferente, no sentido de que, presentes os requisitos essenciais, o juiz **deverá** aplicar o princípio da fungibilidade de pedidos, levando-se em consideração os preceitos constitucionais do acesso à ordem jurídica justa e razoável duração do processo, bem como a efetividade da jurisdição.

Para balizar a compreensão do referido instituto, mister consultar às razões expostas no Projeto de Lei nº 3.476, de 2000, segundo as quais “a redação proposta para o §7º atende ao princípio da economia processual, com a adoção da ‘fungibilidade’ do procedimento, evitando à parte a necessidade de requerer, em novo processo, medida cautelar adequada ao caso” (texto do i. Relator do projeto de autoria do Poder Executivo, na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, remetendo aos argumentos alinhavados para justificativa das alterações).

Àquela época, o anteparo constitucional do legislador era, basicamente, os princípios do livre acesso à Justiça e da economia processual.

Hoje, com o advento da EC 45/04, que elevou a celeridade processual ao patamar de garantia constitucional, encontra-se amplamente respaldada a aplicação da fungibilidade dos institutos de urgência como um poder-dever do Magistrado.

Assim, ressalte-se que interpretação literal ao §7º do art. 273 da norma processual pátria não autoriza ao julgador, presentes os pressupostos legais, indeferir medida cautelar tonificada pelo requerente como antecipação de tutela, ainda que caracterizada a situação fática emergencial, sob o fundamento de se mostrar equivocado o manejo procedimental.

E isso porque o referido art. 273, §7º, deve ser interpretado extensivamente, com base na Teoria da Substanciação, consagrada por nosso ordenamento jurídico, segundo a qual,

o que define a natureza jurídica da pedido é a essência da pretensão deduzida em juízo e não o eventual *nomem juris* que o requerente tenha, porventura, atribuído em sua peça.

Cumpra ao magistrado, portanto, com lastro na instrumentalidade, na efetividade do processo e na fungibilidade que tem sua razão de ser apenas na realização efetiva dos direitos, conhecer do pedido segundo a sua natureza jurídica em função da essência do que é postulado e não pelo rótulo que vem externando, uma vez que, como é cediço, no ordenamento jurídico brasileiro não há a chamada tipicidade de ações.

4.3- Limites da Fungibilidade (Regressiva e Progressiva)

Estabelecida a regra da fungibilidade das medidas de urgência, mister perquirir se há e quais seriam os limites de sua aplicação.

Em primeiro lugar, vale ressaltar que, como já salientado, não representa, o §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, exceção à congruência exigida entre o conteúdo da pretensão e a resposta jurisdicional. O pedido permanece subordinado aos requisitos legais e será apreciado dentro de seu cercado; entretanto, está apto, expressamente, o juiz – na verdade, sempre esteve (*da mihi factum dabo tibi jus*) – a conhecer do pedido de urgência independentemente da categoria na qual abrigado pelo autor, agora menos preocupado com a questão de não serem fungíveis os procedimentos.

Assim, formulado pedido adotando requerimento de tutela antecipada com conotação verdadeiramente cautelar, incumbirá ao juiz, como sustentado no item anterior, deferir, se o caso, “a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”, como testifica o artigo de lei.

É inevitável, porém, o questionamento acerca da aceitação de um duplo sentido vetorial a partir do dispositivo, autorizando a concessão de tutela antecipada quando formulado pedido urgente sob a roupagem de tutela cautelar. Positivamente, cumpre assinalar que o texto legal tão-somente menciona possibilidade já integrante do sistema, porquanto livre o juiz a promover independente qualificação jurídica aos fatos narrados.

4.3.1- Fungibilidade Regressiva: mão única.

Pela leitura do §7º do art. 273 do CPC, aspecto que salta aos olhos é que a menção se faz a um pedido de antecipação de tutela em lugar da cautelar cabível. Não mencionou o

legislador pedido de cautelar em lugar de antecipação de tutela. Tampouco sugeriu a exegese de “mão dupla” na fungibilidade cautela-antecipação, ainda que implicitamente.

Pontua determinada corrente de doutrinadores que tal omissão é intencional, uma vez que quando o legislador quis uma fungibilidade ampla o declarou de forma clara, como ocorreu, *ad exemplum*, com o artigo 920 do CPC, que trata das ações possessórias, ressaltando, ainda, que, fosse o caso de se estabelecer uma fungibilidade de “mão dupla” entre cautelar e antecipação, fácil teria sido introduzir esta menção no dispositivo. Logo, concluem os defensores da fungibilidade regressiva que a omissão foi intencional, e implica em estabelecer que o contrário do disposto, vale dizer, pedido de cautela em lugar de antecipação, não terá por corolário o deferimento de uma tutela por outra.

Tal fato se deve a que a antecipação de tutela diz respeito a eficácias que se coadunam com o pedido. Por outras palavras, não se pode pedir antecipação de tutela daquilo que não esteja compreendido no pedido. Via de consequência, não está autorizado o juiz a conceder medida antecipatória de tutela quando pleiteada medida de natureza cautelar.

Esta solução encontra eco jurisprudencial, como se observa da seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. CAUTELAR SATISFATIVA E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INFUNGIBILIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO. O art. 273 do CPC, com a redação dada pela Lei 8.952/94, afasta a possibilidade do anterior sistema de medida cautelar, notadamente as de cunho satisfativo. Aforada tal medida, quando o sistema processual prevê a adequada solução, não se admite a fungibilidade, devendo ser extinta a ação cautelar, na forma do art. 267, § 3º, do CPC. A presente decisão, estando de acordo com a jurisprudência dominante da Corte e das instâncias superiores, admite ser proferida monocraticamente. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento nº 70007017833, 18ª Câmara Cível do TJRS, Lajeado, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho. j. 29.08.2003).

Igual conclusão se verifica no julgamento da apelação nº 70002669836, 9ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Mara Larsen Chechi, onde se afirma que:

A partir da incorporação do instituto da antecipação de tutela por nossa legislação processual (Lei 8.952/94), não mais se justifica a fungibilidade das tutelas de urgência, não apenas por razões de ordem formal, mas pelas consequências processuais e operacionais que acarreta, inclusive no que se refere ao risco de ineficácia da medida (arts. 806 e 808, I, do CPC), ao ajuizamento de duas ações em lugar de uma, com correspondentes despesas processuais e movimentação da máquina judiciária,

desnecessárias e onerosas, contrariando os princípios da economia, da celeridade, e da ampla defesa (por aplicação de processo com prazos mais reduzidos) e desconsiderando os nobres objetivos da reforma.

Tal exegese tem como fundamento a regra de que as exceções comportam unicamente interpretação restritiva. Estabelecida a regra de que não pode haver conversão de tutelas, e estabelecida uma exceção de forma clara, esta exceção comporta interpretação restritiva, ou seja, somente é possível deferir-se medida cautelar se foi requerida, por equívoco, antecipação de tutela, e não o inverso.

Considerando esta condição, seria admissível o aproveitamento de pedido equivocado apenas quando formulado a título antecipação de tutela, tratando-se, em realidade, de pedido de medida cautelar. Não seria possível, nestes termos, a fungibilidade em sentido inverso. Ou seja, qualquer pedido de medida satisfativa inominada veiculado de acordo com o procedimento do Processo Cautelar deveria ser rejeitado por impossibilidade de aproveitamento, decorrente da inexistência de previsão legal expressa.

Importante salientar que a hermenêutica de há muito repele o método gramatical como fonte capaz de, por si só, assegurar a correta exegese do texto de lei. Lembra, a respeito, Carlos Maximiliano que “somente os ignaros poderiam, ainda, orientar-se pelo suspeito brocardo – *verbis legis tenaciter inhaerendum* – ‘apeguemo-nos firmemente às palavras da lei’. Ninguém ousa invocá-lo, nem mesmo quem o pratica” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 100).

Assim, concluem os operadores do direito, especialmente os adeptos dessa tese, que somente é permitida a fungibilidade regressiva, uma vez que os requisitos da tutela antecipada são muito mais rigorosos do que aqueles concessivos de medida cautelar.

As objeções a esta exegese restritiva são inúmeras e intransponíveis.

4.3.2- Fungibilidade Progressiva: mão dupla.

Outra parte da doutrina segue a tese da tutela progressiva, ou seja, do “duplo sentido vetorial” capitaneada pelo Prof. Cândido Rangel Dinamarco, que defende a aplicação da fungibilidade em mão dupla ocasionando a possibilidade de substituição de um instituto pelo outro e vice-versa (também com a presença dos pressupostos de uma ou de outra para a sua viabilização), o que leva ao raciocínio de que a fungibilidade não pode ser aplicada “em uma só mão de direção”. Para o insigne processualista: “Em direito, se os bens são fungíveis isso

significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003).

Aprofundando a análise da modificação no artigo 273 do Código de Processo Civil, pode-se inferir que, se ao autor que requer providência de natureza acautelatória com indumentária de antecipação de tutela é dado ao juiz responder positivamente – quando presentes os requisitos legais –, agora autorizado expressamente pela regra da fungibilidade, da mesma maneira o legitima diante de cumulação deliberada de pedido cautelar e principal. Diga-se mais, “não há necessidade, como à primeira vista se poderia pensar a partir de uma leitura mais apressada, que a parte ‘qualifique’ o seu pedido de ‘pedido de tutela antecipada’, tendo, na verdade, formulado pedido de índole substancialmente cautelar. É que, ao que parece, se se pudesse pensar nalgum tipo de gradação entre pedidos de antecipação de tutela e pedidos cautelares, aqueles seriam mais e estes, menos” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª. fase da reforma do código de processo civil*. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 59).

Ora, a idéia trazida pelo § 7º do artigo 273 do CPC é a de que, se é possível ‘passar-se’ da tutela antecipada para a cautelar, possível também será o contrário, i.e., o juiz vir a conceder a tutela antecipada, mesmo se requerida como medida cautelar. Entende-se, *data maxima venia*, que, se o legislador construiu uma “ponte” no sistema, é lógico que ela poderá ser atravessada tanto para um lado como para o outro, e não apenas de um lado pra o outro. Nas palavras de Arruda Alvim, “o legislador teria dito menos do que desejava dizer (*dixit minus quam voluit*)”.(Arruda Alvim, *Direito Processual Civil*, vol. 3, Coleção Estudos e Pareceres, SP, RT, 2002, p. 378.).

Endossando esse modo de ver a questão sob análise, enfatiza Cândido Dinamarco que o novo dispositivo em comento, além de reconhecer a realidade da experiência do foro, constitui poderosa alavanca destinada a remover preconceitos, sendo certo que tal dispositivo deve ser interpretado “pelo que disse e pelo que não disse”, uma vez que, também na hipótese inversa, na qual pleiteada medida cautelar, desde que presentes os respectivos requisitos, deverá ser deferida a tutela antecipatória cabível.

Assim também parece pensar o Prof. Humberto Theodoro Júnior, para quem: “requerida medida cautelar sob o rótulo de medida antecipatória, e satisfeitos os requisitos de prova preconstituída e demais exigências do artigo 273 e §§, o juiz deferirá, de imediato, como incidente do processo principal, da mesma maneira com que atua frente ao pedido de tutela antecipada”, e conclui que “de maneira alguma, porém, poderá o juiz indeferir medida

cautelar sob o simples pretexto de que a parte a pleiteou erroneamente como se fosse antecipação de tutela; seu dever sempre será o de processar os pedidos de tutela de urgência e de afastar as situações perigosas incompatíveis com a garantia de acesso à justiça e de efetividade da prestação jurisdicional, seja qual for o rótulo e o caminho processual eleito pela parte” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 39ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. p. 337).

Nos meios jurisprudenciais também se encontram julgados sufragando uma fungibilidade ampla, citando-se *ad exemplum*, julgamento do TRF da 3ª Região, assim ementado:

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - MEDIDA CAUTELAR - DEPÓSITOS DAS PRESTAÇÕES DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO - SUSPENSÃO DE LEILÃO - INCLUSÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES - CARÊNCIA DA AÇÃO AFASTADA - LEI Nº 10.444/02 - ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - AGRAVO RETIDO E RECURSO DO AUTOR PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA. 1. A questão discutida no agravo retido interposto pelo autor confunde-se com a matéria discutida em apelação, razão pela qual adoto a mesma razão de decidir para o seu julgamento. 2. Como vem decidindo esta colenda 5ª Turma, mesmo em sede de cautelar, é possível deferir o provimento satisfativo invocado pelo autor para realização de depósitos, com o fito de impedir a execução extrajudicial do contrato de financiamento, não se podendo falar em ausência de interesse processual, na medida em que, pelo princípio da fungibilidade que vige em nossa sistemática processual civil, a Lei nº 10.444/02 acrescentou o § 7º, ao artigo 273, do Código de Processo Civil, autorizando o Juiz a deferir a tutela urgente pretendida, sem levar em conta a via processual em que foi requerida. 3. A impropriedade na utilização procedimental de medida cautelar, ao invés de antecipação da tutela jurisdicional, não impede o Juiz de apreciar o pedido quando presentes os pressupostos processuais. 4. Agravo retido e recurso do autor providos. 5. Sentença reformada. (Apelação Cível nº 598879/MS (200003990329249), 5ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Juiz Ramza Tartuce. j. 10.05.2004, unânime, DJU 17.06.2004).

A tutela cautelar, para ser deferida, deverá lançar olhos sobre a lide principal. Conseqüentemente, nada mais lógico que a pretensão cautelar esteja albergada pelo processo principal. Seria sem sentido autorizarmos que uma medida de satisfação pudesse vir a ser deferida em processo de conhecimento e para mera cautela se exigisse novo processo. Nas palavras de Carreira Alvim é a aplicação da regra contida no famoso brocado latino: *Non*

debet cui plus licet, quod minus est non licere (Àquele a quem se permite o mais, não se deve negar o menos).

Na lição do professor Carpena tem-se que “por via contrária lógica e pelo mesmo princípio teleológico, que se mostra possível o deferimento de medida antecipatória, requerida equivocadamente como cautelar”(CARPENA, Márcio Louzada. **Do Processo Cautelar Moderno**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, pp. 108-109). Em outras palavras, se a parte requerer uma medida cautelar, nominalmente, mas que, em tudo e por tudo, seja uma tutela antecipada, inclina-se pela possibilidade do juiz vir a conceder essa tutela antecipada, como tal, dado que, em tal hipótese, o erro terá sido, única e exclusivamente, de nomenclatura.

Corroborar tal entendimento Humberto Theodoro Junior *in As Liminares e a tutela de urgência* (Brasília: Revista Jurídica Consulex, Ano VI, nº 139, 2002, p. 55), *verbis*: “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 apenas os do art. 798 do CPC... Estando, todavia, presentes os requisitos do art. 273, seria um contra-senso denegar a medida de urgência apenas porque requerida de forma separada da ação principal”.

É dizer, portanto, que a aplicação da fungibilidade progressiva deve ser muito bem vinda no nosso ordenamento jurídico, pois, além da ausência de prejuízo, será conferido prestígio ainda maior aos ditames da economia e celeridade processual objetivada pela novel reforma do Judiciário (EC 45/04), bem assim rumando para o ideal de simplificação e unificação do instrumento processo, e a efetividade da jurisdição.

4.4. Condições para aplicação da fungibilidade

Não obstante se defenda a ampla aplicação do princípio da fungibilidade, em busca da prevenção do mal maior que poderá ser provocado pelo indeferimento da medida de urgência postulada, não se pode olvidar que o aproveitamento do pedido e a concessão da medida pressupõem a existência dos requisitos próprios da medida requerida: se a medida é cautelar, apesar de requerida a título de antecipação de tutela, a concessão pressupõe a

existência dos requisitos da tutela cautelar; se a medida é satisfativa, apesar de requerida através do procedimento cautelar, a concessão pressupõe a existência dos requisitos da tutela de urgência satisfativa.

Ressalte-se, contudo, que, além da existência dos requisitos próprios de cada medida, parte da doutrina acastela-se no entendimento de que a efetivação da fungibilidade não pode ser utilizada de maneira indiscriminada e irrestrita, elencando uma série de condições autorizativas da aplicação da fungibilidade, sob pena de se premiar a má-fé.

A primeira e talvez mais rigorosa condição de fungibilidade procedimental entre as medidas de urgência cautelares e satisfativas pode ser expressa nos seguintes termos: *só é possível aproveitar medida erroneamente postulada através do procedimento comum, como antecipação de tutela, se não houver procedimento autônomo típico através do qual deva ser postulada*. Ou seja, só haveria fungibilidade entre medidas inominadas para as quais não haja previsão de procedimento típico.

Segue daí que, de acordo com essa tese, independentemente da natureza da medida, havendo previsão de procedimento próprio para a sua postulação, deve este procedimento ser observado. Não haveria fungibilidade procedimental, portanto, entre medidas típicas, sendo, *a contrario sensu*, condição de aproveitamento da medida pleiteada como antecipação de tutela que não haja previsão de procedimento autônomo típico através do qual deva ser requerida a tutela de urgência (nesse sentido, ASSIS, Araken de. **Cumulação de Ações**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 52).

Ousa-se discordar dessa exigência, uma vez que, trata-se, o novel dispositivo, de autêntica fungibilidade de pedidos e não de fungibilidade de procedimentos, como está na justificativa do projeto. O procedimento pode ser até o mesmo, ou seja, a disciplina formal dos atos processuais a realizar. Não se trata de proceder de um modo, havendo o autor pedido que se procedesse por outro. O que se quer dizer é que nominalmente postulada uma das medidas de urgência, ao juiz é lícito conceder uma tutela à outra.

Outra condição de fungibilidade exigida por respeitável parcela da doutrina processual é a existência de dúvida fundada e razoável quanto à natureza da medida.

Decerto, em razão das divergências já mencionadas nesse trabalho, não são poucas as hipóteses em que haverá evidente dificuldade em distinguir, em circunstâncias concretas, as diversas espécies de tutelas de urgência.

Neste sentido esclareceu com maestria Luiz Guilherme Marinoni: “partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder a tutela urgente no

processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (cautelar ou antecipatória)” (MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 154).

Fica claro que o fator erro no pedido é essencial para a concessão da fungibilidade, pois o erro no presente caso reflete a situação limítrofe, em que não se tem muita certeza sobre qual instituto deve a parte utilizar. Assim, o pedido feito pela parte deve ser entendido como um “pedido errado” oriundo da boa-fé decorrente de sua dúvida. Portanto, para que ocorra a fungibilidade o pedido deve ser feito sempre “a título de...”, e não de maneira direta e explícita já que o Livro III do CPC não foi revogado e a dessemelhança dos dois institutos, como vimos, ainda é exaltada.

Significa dizer que, caso a identificação da tutela fosse de clarividência solar, não poderia ser autorizada a fungibilidade. Segundo Joel Dias Figueira Júnior, “O chamado erro grosseiro ou evidente não comporta a incidência deste princípio, por revestir-se de caráter excepcional, apropriado a corrigir distorções de ordem jurídica, justificáveis pelas circunstâncias, ou, em razão de modificações supervenientes no plano factual” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à Novíssima Reforma do CPC**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, p.120).

Considera-se que o indeferimento de medida urgente por erro da natureza da medida, no mínimo se apresenta como formalismo exagerado, que, por certo, deve ser excluído do sistema devendo se priorizar a efetividade do processo, vez que o direito do jurisdicionado encontra-se diante de risco iminente de dano irreparável.

Não se está aqui pregando a quebra do princípio do devido processo legal, fundamental para a segurança do sistema, e sim, uma harmonização do sistema na busca de efetividade, lembrando que o risco de dano irreparável, fundamento constitucional da tutela urgente, deverá se sobrepor a qualquer questão meramente processual.

Assim, imperioso deixar claro, que o autor não deverá sofrer os rigores de uma inapropriada utilização da técnica processual, ou seja, irrelevante será se o mesmo tiver proposto cautelar incidental ou tenha pedido antecipação da tutela. Se fizer jus ao adiantamento de seu direito, o magistrado deverá aplicar o *princípio da fungibilidade*, afastando-se da faculdade indicada pela norma processual.

Tal posicionamento se sustenta no fato de que, não pode haver a negativa de apreciação de tutela urgente sob o argumento de erro grosseiro, cuja definição é subjetiva, pois estar-se-ia ferindo dispositivos constitucionais (art. 5º, XXXV e LXXVIII), devendo

haver a apreciação da medida, mesmo porque a cognição é sumária e superficial também para que o Julgador possa afirmar se houve ou não má-fé ou erro inescusável.

4.5. Situações em que é desaconselhável a fungibilidade

É importante repetir que a fungibilidade veio atender aos casos em que a natureza da medida é duvidosa, o que sugere a boa-fé da parte ao se equivocar no pedido.

Assim, a dúvida, no que toca ao instrumento processual cabível para requerer o provimento tutelar, tem que ser plausível, sob pena de privilegiar a má-fé, tendo em vista que o ajuizamento de uma ação cautelar implicará o ônus das custas judiciais, bem como o pagamento dos honorários advocatícios à parte sucumbente, não se encontrando os aludidos dispêndios no pedido de antecipação de tutela.

Isto porque, consoante se infere do art. 20 do Digesto Processual Civil, os honorários advocatícios advirão de sentença condenatória e não de decisão interlocutória condenatória, motivo pelo qual não haverá pagamento da verba honorária na decisão que concede ou denega o pedido de antecipação de tutela e também não haverá o pagamento de custas judiciais, uma vez que por ocasião do ajuizamento da ação principal é que há o adimplemento da referida obrigação legal,

Entrementes, não obstante a inovação normativa conferida ao art. 273, §7º, do Código Instrumental é necessário asseverar que o julgador deverá proceder com extrema cautela ao aplicar o comando normativo emanado do citado dispositivo legal, tendo em vista que a *mens legis* é no sentido de premiar e impulsionar a instrumentalidade do processo e não no sentido de favorecer manobras processuais ardilosas de determinados causídicos, como, por exemplo, burlar o pagamento de custas judiciais e dos honorários advocatícios, bem como impedir a aplicabilidade do correto rito processual.

Por derradeiro, interessante que se destaque uma outra hipótese em que a aplicação da fungibilidade deva ser desencorajada. Ressuma da situação em que a parte requerer medida cautelar, propriamente dita, e, portanto, de envergadura menor do que aquilo que poderia ter sido pedido no bojo de uma tutela antecipada.

Nesse caso, o juiz não poderá hipertrofiar o pedido da parte, acentuar os pressupostos do pedido, acabando por conceder aquilo que a parte não desejou, ou, em relação ao que não expressou a sua vontade. O juiz estaria, aqui, "impedido de conceder uma proteção maior do que a que foi solicitada" (ALVIM, Arruda. **Direito Processual Civil**. Vol. 3. São Paulo: RT, 2002, p. 378.)

4.6. Questões procedimentais decorrentes da aplicação da fungibilidade

Há doutrinadores que argumentam com a dificuldade procedimental decorrente da fungibilidade, uma vez que, segundo eles, o tumulto processual que se instalaria após o deferimento da medida é quase inevitável.

Não é o que se pensa. Quando o §7º do artigo 273 refere “*deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado*”, não indica a formação de um “incidente” autônomo – raciocínio que contrariaria o próprio espírito da reforma –, já que optou pela terminologia “caráter incidental”. Importante recordar que é antiga a admissibilidade da concessão de medidas acautelatórias no bojo do processo de conhecimento à luz do poder geral de cautela, inclusive *ex officio*.

Por outro lado, o professor Carpena levanta quatro situações, segundo ele, de efeito pragmático, para que não se adote o sincretismo como forma de interpretar tal dispositivo, quais sejam: 1. As pretensões cautelares podem ser múltiplas e variadas em uma mesma lide, não dificilmente se perde o foco da questão de fundo; 2. O processamento em conjunto de pretensões diversas ocasiona a perda da efetividade do processo; 3. Desrespeitada a autonomia das tutelas, a sentença cautelar aguardará a sentença de mérito, enquanto que se o processo cautelar for processado autonomamente, este tão logo tenha tido suas provas produzidas, será sentenciado, o que trará prejuízo à efetividade da justiça; 4. Admitindo que o juiz julgue a pretensão cautelar no bojo do processo principal que ainda não está pronto a receber sentença, tal fato não afasta o prejuízo do jurisdicionado, pois fere a ampla defesa. Isso porque tratar-se-á de decisão interlocutória atacável por agravo de instrumento, enquanto que a sentença seria atacável por apelação. O prejuízo inicia-se pelo prazo reduzido de 15 para 10 dias, além da impossibilidade em regra de sustentação oral no Agravo (CARPENA, Márcio Louzada. **Do Processo Cautelar Moderno**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 117).

Em relação ao ponto um, entende-se que qualquer processo que envolva múltiplas pretensões combinadas tende a ter o seu desenvolvimento notadamente tumultuado, não se apresentando como grande vantagem o processamento em autos diversos. Assim, conforme já sustentado no presente trabalho, não há necessidade de a tutela cautelar ser requerida em autos apartados. Utilizando-se do sincretismo, o processo tornar-se-á mais efetivo, podendo, a partir de então, por exemplo, a parte que pretenda propor ação de cobrança contra devedor que está a se desfazer de bens, propor concomitantemente a ação de conhecimento e a cautelar de

arresto, evitando dois processos. Aliás, Marinoni há muito sustenta tal possibilidade nos seguintes termos: “somente seria necessária quando aquele que buscasse a tutela precisasse melhor elucidar os fatos, necessitando produzir prova mais elaborada. Em outros termos: existindo fato que possa ser demonstrado por meio de documento, a tutela cautelar pode ser requerida no próprio processo de conhecimento” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 265).

No que se refere ao ponto dois, parece que não haveria problema de se processar tal cumulação de pretensões, pois as partes e o juiz podem aproveitar ato único para manifestações diversas, situação essa corrente como em casos de reconvenção por exemplo. Ocorrerá razoável simplificação de procedimento, tendo em vista que os pedidos se concentrarão em uma mesma relação processual, deixando a parte de observar autos distintos com procedimentos diferentes, além de se obter uma sensível economia em atos, pois, não haverá a necessidade, por exemplo, de diversas citações.

Gize-se ainda que a tutela cautelar funda-se basicamente no risco de dano irreparável, ou seja, trata-se de juízo de aparência, que por óbvio tem uma complexidade reduzida.

Referente ao ponto três, mesmo concordando que a sentença cautelar deve demorar mais a ser proferida, pois aguardará o trâmite do processo principal, não se acredita em perda da efetividade da justiça. Isso porque a tutela cautelar pode ser antecipada (antecipação de tutela), modificada ou revogada a qualquer tempo (art. 273, § 4º), de forma que independe de sentença para se fazer efetiva.

Por último, discorda-se do argumento trazido junto ao ponto quatro, porque, embora o prazo recursal seja reduzido, a efetividade do agravo é muito maior, pois pode haver reversão da decisão de forma muito mais célere, principalmente com a antecipação da tutela recursal, uma vez que se trata de recurso endereçado diretamente no Tribunal, enquanto que o recurso de apelação deve ser processado em 1º grau. Em relação à impossibilidade de sustentação oral, constata-se que em alguns casos possa haver prejuízo na defesa da tese, porém, caso haja prejuízo, esse o será para ambas as partes. Ainda assim, frente à efetividade já salientada, acredita-se que tal situação possa ser superada.

4.7. Fungibilidade de pedidos ou fungibilidade de procedimentos?

O entendimento do professor Márcio Carpena é de que, uma vez deferida a tutela cautelar nos autos do processo principal, deve haver o desentranhamento do despacho e a

parte autora deve ser intimada para que emende a inicial nos moldes do art. 801, para que então o processo cautelar tenha seu normal procedimento, evitando-se o tumulto processual. Argumenta o processualista, que a junção de dois processos com procedimentos absolutamente distintos, faria com que o processo demorasse mais, além de perder o seu foco (CARPENA, Márcio Louzada. **Do Processo Cautelar Moderno**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 117).

Patrocinando a fungibilidade procedimental, encontra-se, ainda, o jurista Fredie Didier Jr que defende a possibilidade de aplicação, no caso concreto, do disposto no art. 295, V, do Código Adjetivo Civil, ou seja, verificando a possibilidade de concessão da tutela antecipada em troca da cautelar, converte-se o procedimento para o rito comum, intimando-se o autor para que emende a peça vestibular. Vejamos o entendimento desse jurista:

“Se a parte requerer medida antecipatória/satisfativa via processo cautelar, e o magistrado entender que os requisitos da tutela antecipada estão preenchidos, deve ele conceder a medida, desde que determine a conversão do procedimento para o rito comum (ordinário ou sumário, conforme seja), intimando o autor para que proceda, se assim o desejar ou for necessário, às devidas adaptações em sua petição inicial, antes da citação do réu. Essa medida pode ser tomada de ofício, com base no art. 295, V, do CPC. Em hipótese alguma deve determinar a extinção do feito, sob a absurda rubrica da 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 essa conversão procedimental. (...)” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito**. Revista de Processo. V. 110, 2002, p. 245).

Assim, de acordo com tal corrente, que tem seu desígnio no art. 295, V, do CPC, admitida a fungibilidade ampla, a consequência será a simples conversão procedimental, devendo o pedido cautelar equivocadamente ajuizado ser recebido e processado como ação ordinária. Se assim ocorrer, estando a concessão da liminar sujeita aos requisitos do artigo 273 do CPC, não haverá prejuízo para o demandado, e não haverá necessidade de ajuizamento de outra demanda.

Portanto, para transmutar uma providência cautelar em providência antecipatória é necessário que haja uma fungibilidade de procedimentos e não meramente de pedidos, ou seja, deve o juiz extinguir o procedimento cautelar recepcionando a inicial como medida requerida no bojo do processo principal, em caso de ação cautelar incidental, ou transmutar o procedimento cautelar em ordinário, intimando a parte, em caso de ação cautelar preparatória.

Assim, tal solução, segundo maior doutrina, acarretaria não a fungibilidade de pedidos, mas sim, a fungibilidade de ritos, isto é, a substituição de um procedimento pelo outro, com a conseqüente extinção do primeiro.

Defende-se neste trabalho, contudo, ser viável a fungibilidade de mão dupla sem a necessidade de conversão procedimental, com base em uma outra visão da natureza jurídica da antecipação de tutela. Tal discussão, acredita-se, tem destacada relevância prática, haja vista que, após a reforma de 2002, fala-se muito em unificação das tutelas de urgência no direito processual civil brasileiro. No ensinamento de Dinamarco, “a fungibilidade entre as duas tutelas deve ser um canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas urgentes.”

Assim sendo, caso a parte formule a título de tutela antecipada, medida que em verdade é cautelar, e o julgador constatar que estão presentes os pressupostos ensejadores das medidas cautelares, deve aplicar a fungibilidade e transmutar o pedido da parte ao conceder a medida cautelar com eficácia apenas conservativa no bojo do processo principal, medida esta que só poderia ser concedida em procedimento separado do processo ordinário principal antes de 2002. Na outra hipótese, se a parte ingressa com uma ação cautelar atípica incidental (na mesma situação de dúvida já falada) apresentando, contudo, os pressupostos da tutela antecipada, pode o julgador, após a análise cuidadosa de tais requisitos, conceder uma medida cautelar com eficácia antecipatória, transformando a ação cautelar autônoma em medida antecipatória, sem a necessidade de conversão procedimental.

Assim, embasado na tese da fungibilidade da mão dupla, ousa-se afirmar que o legislador autorizou nos casos de dúvida, através do §7º do art. 273, a obtenção de uma medida antecipatória dentro do procedimento cautelar e fora do procedimento comum, assim como permitiu expressamente a obtenção de uma tutela cautelar conservativa no procedimento comum, de acordo com a presença de seus respectivos pressupostos, que a nosso ver, só se diferenciam em relação ao *fumus boni iures*, mais contundente na tutela antecipada (prova inequívoca da verossimilhança).

5. CONCLUSÃO

As tutelas de urgência (cautelar e satisfativa) são provenientes das garantias constitucionais insertas no art.5º, XXXV e LXXVIII, onde constam preceituados o amplo e efetivo acesso à ordem jurídica justa, bem como a novel garantia de razoável duração do processo.

Percebe-se que somente no Brasil existe a preocupação em se separar as tutelas de urgência em compartimentos estanques, tarefa, muitas vezes, complexa, já que nem sempre é fácil distinguir se o que se pretende é tutela antecipada ou medida cautelar, categorias pertencentes a um só gênero, o das medidas urgentes.

No entanto, a diferenciação entre antecipação de tutela e tutela cautelar mostrou-se processualmente superada, tendo em vista a fungibilidade introduzida pela Lei 10.444/02, que acrescentou o § 7º do art. 273 do Código de Ritos.

A partir da entrada em vigor da referida lei, ressumou clara a possibilidade de ser deferida tutela cautelar nos autos de processo de conhecimento, sem a necessidade de propor ação autônoma, podendo sim ser utilizado tal procedimento (fungibilidade regressiva). Da mesma forma, conclui-se que não deve haver impedimento para que seja postulada antecipação de tutela em sede de ação preparatória, que por ora deverá aproveitar o procedimento cautelar (fungibilidade progressiva).

Isso não quer representar o fim do processo cautelar previsto no Livro III do CPC. Sua utilização, agora mitigada, reconhece-se, ainda é eficiente em alguns casos de cautelares preparatórias.

A flexibilização dos dois institutos com o objetivo de reprimir o *periculum in mora* deve ser, pois, a primeira diretriz do julgador para atender a efetividade da tutela jurisdicional e não o rigor procedimental, não estando impedido o juiz de optar pelo adequação de ritos, a fim de trazer celeridade ao processo.

Tal adequação, contudo, não são imprescindíveis para a marcha natural do processo, uma vez que a fungibilidade de mão dupla, ampla, ou recíproca não fere a estabilidade da demanda. O pedido, ressalte-se, permanecerá inalterado, havendo, tão somente, a possibilidade de asseguarção, que ao invés de fazê-lo em autos apartados, será feita no processo principal.

Desaconselha-se, contudo, a aplicação da fungibilidade nos casos em que restar flagrante a intenção do autor em se esquivar das despesas processuais, tais como honorários advocatícios e custas, presentes somente na medida cautelar, mencionando-se, ainda, as situações em que, aplicando a fungibilidade dos pedidos, estaria o julgador concedendo aquilo que a parte não desejou.

Assim, diante da possibilidade de se vislumbrar os requisitos referentes a cada medida urgente, a tutela não poderá jamais deixar de ser deferida por questão meramente procedimental, eis que, a necessidade de se tutelar com urgência direitos consubstancia-se, antes de mais nada, num dever constitucional (consectário da garantia constitucional do acesso à Justiça) e não apenas uma mera faculdade.

A expressão “*poderá*” contida no dispositivo em comento traduz, em verdade, um poder-dever do órgão judicial, devendo, pois, o julgador, afastar o preciosismo e, em homenagem ao amplo e efetivo acesso à ordem jurídica justa, deferir liminarmente a pretensão cautelar e vice-versa, sob pena de negar, em última análise, a prestação jurisdicional, constitucionalmente garantida.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Direito Processual Civil**, vol. 3. São Paulo: RT, 2002.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Alterações do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de Ações**. 3ª ed. Atualizada. São Paulo: RT, 1998.

BUZUID, Alfredo. **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil** (Lei n. 5.869/73, tópico 11).

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

CARPENA, Márcio Louzada. **Do Processo Cautelar Moderno**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

CARPENA, Márcio Louzada. **Do Processo Cautelar Moderno**. vol. 3. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000.

CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 11. São Paulo: RT. 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito**. Revista do Processo, v. 110, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (Fundamentos da Tutela Antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

JORGE, Flávio Cheim; JÚNIOR, Fredie Didier & RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2ª ed. Revisada. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica**. 2ª ed. Revisada. São Paulo: RT, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Perfil dogmático da tutela de urgência, inédito, apud José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 1998.

PARIZATTO, João Roberto. **Novas Alterações do CPC 2002**. São Paulo: Edipa, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 3. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000.

TESHEINER, José Maria. **Fungibilidade das medidas cautelares e antecipatórias**. Disponível em <www.tex.pro.br>. Acesso em 28.05.2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Liminares e a tutela de urgência**. Revista Jurídica Consulex, ano VI, n. 139, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 59.

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