

TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR: A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

Sâmia Cristiane Moura da Conceição
Bacharela em Direito

1 Introdução

O presente trabalho analisará as tutelas de urgência, dando enfoque para as tutelas antecipadas e tutelas cautelares, no que tange à aplicação do princípio da fungibilidade entre as mesmas.

Para isso, é necessário fazer uma abordagem das transformações ocorridas no Direito Processual Civil desde a fase sincretista, onde o processo dependia do direito material, passando pela fase autonomista, que se destacou pela separação do direito material do direito processual, até a fase atual da instrumentalidade, que busca a efetividade, a celeridade e a economia processual.

Como forma de alcançar maior efetividade na prestação jurisdicional, começou-se a aplicar acentuadamente o artigo 798 do Código de Processo Civil para obter uma tutela sumária satisfativa, devido à falta de previsão de um instituto mais adequado, pois era necessário antecipar uma decisão diante de fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito do litigante. Assim, passou-se a utilizar o art. 798 do CPC para solucionar essas situações, sendo denominados de medidas cautelares satisfativas.

Esse problema foi resolvido com a reforma processual de 1994, por meio da Lei 8.952/94, que instituiu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, alterando a redação do art. 273 do CPC. O novo dispositivo conferiu maior poder ao juiz para, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, com natureza satisfativa.

Porém, a grande mudança ocorreu com a reforma processual de 2002, através da Lei 10.444, que dentre as várias providências, introduziu o §7º, no art. 273 do CPC, instituindo o Princípio da Fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Mediante tais mudanças, começaram a surgir inúmeros questionamentos em torno da aplicação do princípio da fungibilidade das

tutelas de urgência, dividindo os posicionamentos doutrinários, diante da interpretação do novo § 7º, do art. 273 do CPC, uma vez que referido parágrafo prevê apenas a possibilidade da fungibilidade regressiva, ou seja, a troca de uma tutela antecipada por uma cautelar, não prevendo o sentido inverso, que seria a fungibilidade progressiva. Uma parte da doutrina vislumbra o enfraquecimento, ou até mesmo a perda da utilidade do processo cautelar, sob o argumento de que todas as medidas de natureza cautelar podem agora ser requeridas no processo de conhecimento como medida incidental.

2 Considerações históricas das tutelas de urgência

2.1 Evolução da teoria processual: fase sincrética, autonomista e instrumental

Ao estudar sobre a tutela de urgência, faz-se necessário saber sob qual prisma será encarado o processo, tendo em vista que este, como instrumento de aplicação do direito material, precisa se adaptar à realidade do ordenamento jurídico de maneira a alcançar os melhores resultados no plano fático. Ou melhor, tentar aproximar o direito processual das regras de condutas estabelecidas pelo legislador para que ele possa melhor se adequar aos anseios sociais.

Com isso, torna-se oportuno analisar, brevemente, a evolução da teoria processual, onde é constatado que a primeira fase do direito processual foi a procedimental (sincrética). Nessa fase, o processo era visto como mero apêndice do direito civil, sendo considerado como forma e procedimento. Os civilistas davam mais importância ao direito material, ao passo que o processo era tido como simples conjunto de formalidades, isto é, meros procedimentos para a atuação prática do direito material. Não havia a preocupação com os institutos processuais, e muito menos para se afirmar a existência de uma ciência processual.

Superada a fase sincrética, dá-se início a fase da autonomia. Nesta, verifica-se a ruptura do direito processual com o direito material, propiciando-se o estudo aprofundado do direito processual, sendo marcada pelas construções científicas (teorias) do direito processual.

Na obra *Die Lehre von die Processuereden und die Processvoraussetzungen* (Teoria dos pressupostos processuais e das exceções processuais), de 1868, o jurista alemão Oskar von Bülow¹

¹ Apud , TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 26.

publicou suas ideias, que foram essenciais para referida fase. A obra é considerada o marco inicial do estudo da ciência processual.

Na citada obra, o jurista sistematizou a ruptura do direito processual com o direito material e admitiu a existência de uma relação jurídica diferente daquela levada a exame da atividade jurisdicional.

Portanto, nascia o processualismo científico, que defendia, essencialmente, a compreensão do direito processual como parte autônoma da ciência jurídica e que se caracterizou por um período de intenso desenvolvimento e de estudo da ciência processual.

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC, vigente) reflete claramente a influência da concepção científica autônoma da escola processual italiana, a depuração técnica perseguida pela comissão de juristas nomeada pelo então Ministro da Justiça da época, Alfredo Buzaid, que recebeu influência de Eurico Tullio Liebman.

Verifica-se que o tecnicismo da fase autonomista rompeu em demasia o processo do direito material. Logo, os ideais de um processo civil afastado do direito material não atendem mais os anseios da sociedade atual, pois com o surgimento dos novos direitos foi necessário que o processo se adaptasse aos mais novos rumos da realidade social.

Assim, a fase autonomista se encontra ultrapassada, muito embora não se possa negar sua contribuição essencial para o desenvolvimento e ascensão do direito processual como ciência.

Inicia-se, então, a fase atual da instrumentalidade do processo. Pensar no processo sob a perspectiva instrumental é pensar num mecanismo que objetive efetivar o direito material.

O que se observa, hodiernamente, é a reaproximação entre o direito material e processual, ou seja, um retorno ao sincretismo e uma concepção de processo menos distante do direito material, que possa melhor se adaptar às necessidades sociais existentes na aplicação dos novos e diferentes direitos materiais. Nessa fase atual, reconhece-se que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas sim um instrumento voltado a servir à sociedade e ao Estado.

Cândido Rangel Dinamarco foi um dos disseminadores das ideias de assumir a instrumentalidade do processo, contribuindo decisivamente com sua obra “A instrumentalidade do processo”.

Segundo Dinamarco apud Destefenni:

A ação é um direito subjetivo instrumentalmente conexo a uma situação concreta. É preciso não perder de vista o binômio ‘direito-processo’, nem esquecer que todo o

sistema processual vale, afinal, como método destinado à efetivação do contexto apresentado pelo direito objetivo material e pelos valores que lhe estão à base. No Estado-de-direito, a possibilidade de proteção judiciária dos direitos é uma inerência inafastável, despontando o Poder Judiciário como última cidadela das pessoas e das comunidades mais ou menos organizadas, para a defesa contra os males sofridos e injustiças advindas, quiçá, do próprio Estado. A ação é assegurada pela Constituição, mais o devido processo legal e o juiz natural, com vista à ‘efetiva realização judicial do direito’. É preciso atender ‘a necessidade de relacionar a ação com o direito material que através dela se faz valer’, sob pena de perder-se o verdadeiro sentido instrumental dos institutos processuais².

2.2 A tutela jurisdicional dos direitos

Há que se compreender o significado da tutela jurisdicional, que vem sendo entendida pela doutrina como o resultado efetivo que a jurisdição proporciona à realidade vivida pelas partes. Ou melhor, é a efetiva proteção que a função jurisdicional atribui àquele cujo bem da vida se ampara pelo direito material.

Segundo Câmara apud Cruz, “tutela jurisdicional é uma modalidade de tutela jurídica, através da qual o Estado assegura proteção a quem seja titular de um direito subjetivo ou outra posição jurídica de vantagem”.

Prossegue Câmara informando

(...) o Estado só presta verdadeira tutela jurisdicional quando esta é adequada a proteger o direito material lesado ou ameaçado de lesão. Isto porque, como se sabe, a todo direito deve corresponder uma forma de tutela jurisdicional (‘ação’, como dizia o art. 75 do Código Civil de 1916, e dizem os art. 80, I, e 83, II e III, o Código Civil de 2002) capaz de assegurá-lo³.

Dessa forma, para se obter proteção real, o ideal é que os mecanismos

2 DINAMARCO apud DESTEFENNI, 20006, p. 312.

3 CÂMARA apud CRUZ, 2006, p. 31.

de solução das controvérsias deduzidas em juízos sejam adequados ao direito material não atendido. Essa é a concepção de instrumentalidade que deve objetivar o estudo do direito processual, principalmente, das tutelas de urgência.

Ressalta-se que o resultado efetivo, no âmbito processual, é garantia conferida pela Constituição no art. 5º, inc. XXXV, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, significando que qualquer pessoa, indistintamente, tem o direito de se dirigir ao Estado para pleitear suas demandas. Além disso, todos têm direito a um processo com duração razoável, e mais, com prestação jurisdicional eficiente, capaz de ser atendida no menor tempo possível e atuar por diferentes técnicas.

Nesse sentido informa Marinoni:

O slogan que vem caracterizando esta moderna forma de pensar o processo é tomado de Chiovenda, pois na perspectiva de quem afirmar ter um direito a ser tutelado, nada melhor do que a lembrança de que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Nessa perspectiva, a técnica processual assume grande relevo, uma vez que, para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos, é imprescindível o correto manejo das técnicas da cognição, da antecipação, das sentenças e da atuação dos direitos⁴.

Porém, muitas vezes pode ocorrer que o lapso temporal acabe prejudicando o andamento do processo, e a demora na entrega da prestação jurisdicional poderá provocar risco para a efetividade do próprio processo. Segundo Bedaque:

para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, para que se possa dizer efetivo o mecanismo estatal de solução de controvérsias, é imprescindível que o titular da situação substancial carente de proteção possa utilizar instrumento estruturado

4 MARINONI, Luiz Guilherme. 2008, .

para assegurar não apenas tutela formal de seu direito, mas proteção real, ou seja, capaz de proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria⁵.

Assim, para atingir a efetividade da prestação jurisdicional é necessário implementar técnicas adequadas que possibilite ao juiz interferir no mundo fático antes de proferir sua sentença. Para isso, são adotadas na legislação processual algumas técnicas como a de tutela antecipada e cautelar, ou seja, as chamadas tutelas de urgência.

2.3 Panorama das tutelas de urgência

Doutrinariamente, costuma-se dividir as tutelas jurisdicionais basicamente em duas categorias: a) tutelas definitivas, fundadas na ideia de certeza, produzindo a coisa julgada material; e b) tutelas provisórias de urgência, tendo por objetivo uma prestação mais célere, destinadas a assegurar a efetividade e a utilidade da prestação jurisdicional principal, sem, contudo, produzir a coisa julgada material.

Segundo o entendimento de Bedaque apud Cruz⁶, as tutelas de urgência “são destinadas a solucionar o litígio com maior rapidez, ainda que com limitações à atividade cognitiva do juiz, ou apenas a assegurar condições favoráveis à obtenção desse resultado pelas vias normais.”

A partir disso, pode-se dizer que as tutelas de urgência são indispensáveis ao sistema processual, tendo em vista que a urgência, em determinados casos, requer maior celeridade na prestação jurisdicional. Se não existisse a tutela de urgência, somente se decidiria com a cognição exauriente, isto é, com vista à solução definitiva baseado num juízo de certeza. As tutelas de urgência são baseadas em juízos de verossimilhança, ou melhor, as decisões ficam limitadas a afirmar o provável, sendo essas decisões baseadas na técnica da cognição sumária. Cita-se como técnicas de cognição sumária a técnica do título executivo extrajudicial, o julgamento antecipado da lide em caso de revelia, a tutela monitória e as tutelas de urgência (cautelar e antecipatória).

Surge, então, um conflito entre a segurança e a efetividade. De um lado, tem-se a cognição exauriente que propicia tal segurança jurídica e, de outro, a possibilidade de o juiz proferir decisões hábeis que façam com

5 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.13.

6 BEDAQUE apud CRUZ, 2006, p. 37.

que o processo siga a nota da efetividade, através de decisões provisórias baseadas em juízo de verossimilhança, por meio das técnicas de tutelas de urgência.

A segurança jurídica, portanto, dá espaço ao anseio de fazer justiça por meio de técnicas que possibilitam ao magistrado realizar com efetividade o direito material, adiando para momento posterior o contraditório e a ampla defesa.

Oportunas as ponderações de Bedaque acerca da importância das tutelas de urgência:

Importa, na verdade, compreender a função da tutela de urgência no sistema processual, independentemente do conteúdo conservativo ou antecipatório da providência urgente. Pouco adiantaria a garantia constitucional de acesso à justiça para obtenção de tutela cognitiva, visando à formulação de regra de direito material para situação concreta, ou executiva, destinada à atuação prática da norma, não houvesse meio processual de assegurar ao possível titular do direito a efetividade de tal proteção, afastando os riscos causados pela duração até mesmo fisiológica do processo⁷.

3 Tutela antecipada e tutela cautelar

3.1 Tutela antecipada e cautelar: semelhanças e diferenças

Faz-se necessário entender o que seja tutela antecipada e tutela cautelar, a fim de verificar suas semelhanças e diferenças, para não cair no erro de confundi-las. A literatura especializada sobre o assunto mostra vários posicionamentos acerca dos conceitos, características e distinções de tutela antecipada e tutela cautelar.

De acordo Nery Junior:

tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito é espécie de gênero *tutelas de urgência*, é providência que tem natureza jurídica *mandamental*, que se efetiva mediante *execução* lato sensu, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em

⁷ Ibidem, p. 167. Nota 5.

juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento⁸.

Segue o autor informando que a tutela antecipada não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor. Medida cautelar tem por objetivo assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor.

Por sua vez, Marinoni esclarece a diferença básica entre tutela sumária satisfativa e tutela cautelar, da seguinte forma:

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado⁹.

Referido autor faz importantes considerações acerca da introdução do instituto da tutela antecipada no Código de Processo Civil, advertindo que:

a tutela antecipada foi introduzida no Código de Processo Civil justamente pela razão de que a doutrina e a jurisprudência anteriores ao ano de 1994 não admitiam que o autor pudesse obter a satisfação de seu direito mediante a ação cautelar, que nessa perspectiva seria usada como técnica de antecipação da tutela que deveria ser prestada pelo processo de conhecimento ou pelo processo de execução. Melhor explicando: como a prática forense evidenciou a necessidade de uma tutela mais célere, e assim da ‘antecipação da tutela’, e essa ‘antecipação’ – segundo a jurisprudência – não podia ser obtida por meio da ação

8 NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 523.

9 MARINONI, Luiz Guilherme, 2008, p. 107.

cautelar, o legislador corrigiu o Código de Processo Civil para viabilizar tutela tempestiva e efetiva nos casos de “fundado receio de dano” e de “abuso de direito de defesa”¹⁰.

Didier (2009, p.458) aponta como característica comum da tutela cautelar e antecipada o pressuposto do perigo (urgência). Porém, o autor alerta que nem sempre isso acontece, citando o caso da tutela antecipada fundada no inciso II, do art. 273 do CPC, que indica uma tutela punitiva e dispensa o pressuposto do “perigo”.

Além disso, Didier ainda informa o significado da tutela de urgência:

Diz-se que a tutela é urgente quando se estiver diante de uma situação fática de risco ou embaraço à efetividade do direito, o que se dá: i) quando há risco de dano ao direito, ii) quando há risco de ineficácia da efetivação do direito, iii) quando o réu, abusando do seu direito de defesa ou lançando mão de estratégias protelatórias, põe obstáculos ao andamento do processo, comprometendo o oferecimento da tutela jurisdicional¹¹.

Outra distinção que pode ser apontada diz respeito aos requisitos gerais para concessão da tutela cautelar que se diferenciam da tutela antecipada.

A Cautelar tem como pressuposto o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo da demora). O primeiro significa a verossimilhança do direito afirmado pelo demandante ou a aparência do bom direito ou, ainda, a plausibilidade do direito. Já o *periculum in mora*, representa aquela situação de risco em que o direito a ser acautelado se encontra em situação de perigo, ou seja, na iminência de não ser alcançado os resultados práticos que dele se espera e não pode esperar a tutela exauriente do processo de conhecimento ou de execução. Essa iminência de dano irreparável ou de difícil reparação é tradicionalmente chamada de *periculum in mora*.

Já os pressupostos da concessão da tutela antecipada estão previstos na redação do caput do art. 273, ao afirmar que o juiz poderá antecipar a tutela “desde que, existindo *prova inequívoca*, se convença da *verossimilhança da alegação*” e tenha “fundado receio de dano irreparável” e “abuso do

10 Idem. Ibidem. p.200.

11 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p.458. 2v.

direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu”.

Acerca das diferenças dos pressupostos para concessão da medida cautelar e da medida antecipatória, assevera Dinamarco apud Tardin:

Constitui tarefa árdua, na prática, imprimir a diferença dos graus de cognição na análise do pleito cautelar e antecipatório. É uma tarefa “bizantina”. Na verdade, não é tarefa simples perquirir em análise ao caso concreto o grau de profundidade da cognição. A corrente doutrinária predominante aponta o *fumus boni iuris* do processo cautelar como a *probabilidade* de existência do direito material, ou seja, é conceito próximo ao juízo de probabilidade que deve estar presente no momento de concessão da antecipação dos efeitos da tutela¹².

3.2 Distinção da antecipação dos efeitos da tutela e julgamento antecipado da lide

Questão que merece ser comentada brevemente nesse trabalho é a distinção entre tutela antecipada e julgamento antecipado da lide, tendo em vista que ambas não se confundem, apesar de terem semelhanças no que toca a natureza satisfativa, pois ambas voltam-se à satisfação de direitos materiais discutidos.

Enquanto a tutela antecipada é verdadeira técnica de cognição sumária e espécie de tutela de urgência ao lado da tutela cautelar, sendo insuscetível de imunizar-se pela coisa julgada material; o julgamento antecipado da lide, previsto no art. 330 do CPC, é uma das hipóteses de julgamento, conforme o estado do processo é decisão que certifica, com base em cognição exauriente, o direito discutido, podendo ser acobertado pelo manto da coisa julgada.

O julgamento antecipado da lide apresenta duas situações: a primeira, prevista no inciso I, do art. 330, do CPC, que possibilita esse tipo de procedimento “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”; a outra situação encontra-se no inciso II, do mesmo artigo, “quando ocorrer a revelia” (art. 330).

Acerca da distinção, informa Didier:

A tutela antecipada é uma tutela jurisdicional provisória

¹² DINAMARCO apud TARDIN, 2006, p. 101.

(precária e temporária), urgente (em certas situações) e fundada em cognição sumária. Satisfaz antecipadamente o direito deduzido. Prestigia os valores da efetividade e celeridade. O julgamento antecipado da lide é a decisão que concede tutela jurisdicional definitiva (padrão), fundada em cognição exauriente. Esse julgamento diz-se antecipado, tão-somente, pelo fato de a atividade cognitiva necessária ser mais restrita, dispensando fase de instrução¹³.

Portanto, diante das distinções apresentadas, pode-se resumir que o julgamento antecipado da lide antecipa o próprio provimento final, enquanto a tutela antecipada apenas adianta os efeitos do provimento final.

3.3 Histórico da tutela antecipada satisfativa: O poder geral de cautela e o poder geral de antecipação

Oportuno esclarecer a distinção entre o poder geral de cautela e o poder geral de antecipação a fim de compreender, hodiernamente, a aplicabilidade do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência (satisfativa e cautelar), previsto no §7º, do art. 273, do CPC.

Didier esclarece a diferença entre os referidos institutos, ao conceituar:

O poder geral de cautela é aquele atribuído ao magistrado para que conceda medidas provisórias e urgentes de natureza cautelar, mesmo não previstas expressamente em lei, desde que presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora. Trata-se de previsão legal de atipicidade da tutela cautelar. Já o poder geral de antecipação é aquele conferido ao órgão jurisdicional para que conceda medidas provisórias e sumárias que antecipassem a satisfação do direito afirmado, quando preenchidos os respectivos pressupostos legais (art. 237 e §3º do art. 461 do CPC). Cuida-se de positivação da atipicidade (generalização) da tutela antecipada (satisfativa)¹⁴.

Ocorre que, por muito tempo, se tinha apenas a previsão do poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC, que atribuía ao juiz o poder de determinar as medidas provisórias que julgasse adequadas quando houvesse fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, ou seja,

¹³ Ibidem, p. 479. Nota 11.

¹⁴ Idem. Ibidem. p. 465.

possibilitou a concessão de medidas cautelares atípicas. Porém, não existia, até então, a previsão do poder geral de antecipação satisfativa, ficando o juiz restrito à possibilidade de concessão das medidas antecipatórias expressamente previstas na lei, como nas ações possessórias e no mandado de segurança.

A omissão no Código de Processo Civil da concessão de medidas antecipatórias satisfativas ocasionou a utilização demasiada do poder geral de cautela, ou seja, desviou-se a finalidade essencial das cautelares, que têm por fim apenas assegurar a viabilidade da realização de um direito, sem caráter de satisfatividade. Como forma de suprir a lacuna, começou-se a utilizar o poder geral de cautela para conceder medidas antecipatórias satisfativas como se cautelares fossem, criando-se as chamadas “cautelares satisfativas”.

Segundo Marinoni:

inefetividade do antigo procedimento ordinário transformou o art. 798 do CPC em autêntica “válvula de escape” para a prestação da tutela jurisdicional tempestiva. De fato, a tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização do processo de conhecimento e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do velho procedimento ordinário, viabilizando a obtenção antecipada da tutela que somente poderia ser concedida ao final¹⁵.

Diante disso, o Código de Processo Civil sofreu significativas alterações por meio da Lei 8.952/1994, que introduziu a tutela antecipatória, prevista nos artigos 273 e 461, §3º. Os motivos dessas alterações foram que a demora do procedimento comum não era mais suportável e era necessária a criação de tutela sumária satisfativa, bem como a maioria dos doutrinadores e dos tribunais não aceitavam que a tutela sumária satisfativa fosse prestada como ação cautelar inominada.

Acerca do assunto, destacam-se as lições de Didier.

Se de um lado poderia ser encarada como um desvirtuamento da técnica processual, de outro o surgimento jurisprudencial das “cautelares satisfativas” serviu como demonstração da *forma normativa* do princípio da adequação: diante de um

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, 2008, p.198.

sistema inadequado para a tutela dos direitos em situação de urgência ou evidência, o Poder Judiciário viu-se na contingência de “adequar” a legislação processual e sanar a lacuna legislativa; e, neste último aspecto, tiveram essas “ações” um papel destacado no desenvolvimento do estudo da tutela de urgência no direito processual brasileiro e na remodelação do tratamento legislativo da matéria¹⁶.

De acordo com os artigos 273 e 461, § 3º do CPC, *in verbis*:

Art. 273 – O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

1. I- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

2. II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu;

(...)

Art. 461- Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada¹⁷.

Observa-se que o §3º, do art. 461 destina-se à tutela antecipada em ações de prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro, e o art. 273 cuida da antecipação dos efeitos da tutela nas ações declaratórias, constitutivas e de prestações pecuniárias. Portanto, a utilização de “ações cautelares satisfativas” não mais se justifica.

4 Aplicação do princípio da fungibilidade no direito processual civil brasileiro

¹⁶ Ibidem, p. 466. Nota 11.

¹⁷ Ibidem, p. 523 - 671. Nota 8.

4.1 A fungibilidade no ordenamento jurídico brasileiro

O Código Civil, no art. 85, estabelece o conceito de coisa fungível nos seguintes termos: “são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade”.

Verifica-se, pelo dispositivo acima, que a fungibilidade está ligada à ideia de substituição de alguma coisa por outra, sem que haja prejuízo. Essa é a ideia preliminar da fungibilidade, na seara do direito privado.

No âmbito processual, a fungibilidade é um mecanismo bastante empregado. Como observado nas ações possessórias que são fungíveis, conforme o disposto no art. 920 do CPC, onde dispõe: “a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados”.

Acerca da fungibilidade, oportunas as considerações de Destefanni (2006, p. 315), que informa: “a fungibilidade minimiza a regra da estrita adstrição da decisão judicial ao pedido da parte, dando maior poder ao magistrado para determinar, ao caso concreto, uma providência mais adequada do que a solicitada pela parte.”

Aplica-se também o princípio da fungibilidade no âmbito dos recursos, que no Código de Processo Civil de 1939 era expressamente previsto no art. 810, nos seguintes termos: “salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviado à câmara, ou turma, a que competir o julgamento”. Hodiernamente, não há mais essa previsão no Código de Processo Civil, porém, a maioria dos doutrinadores entende tratar-se de manifestação do princípio da instrumentalidade das formas. Nesse diapasão, aplica-se o princípio da fungibilidade aos recursos cíveis para aceitar, ante a existência de dúvida objetiva, a interposição de recurso incorreto como se correto fosse.

Outra situação que se aplica o princípio da fungibilidade se refere à tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer, como demonstrados pelos artigos 84, §3º do CDC (Código de Defesa do Consumidor) e o 461 do CPC, estabelecendo que o juiz concederá a tutela específica da obrigação de fazer e não-fazer ou determinará o resultado prático equivalente, ou melhor, determinando medidas mais adequadas à satisfação do direito material. Como por exemplo: busca e apreensão; remoção de coisas e

pessoas; desfazimento de obra; impedimento de atividade nociva, entre outras.

4.2 Fungibilidade entre as tutelas de urgência e o §7º, do art. 273 do CPC

A Lei 10.444/2002, dentre as várias modificações introduzidas no Código de Processo Civil, acrescentou o §7º, no art. 273 do CPC, instituindo a fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar. Nos exatos termos do §7º estabelece 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”.

Nesse sentido, Bedaque esclarece:

Tal regra tem nítida inspiração no princípio da instrumentalidade das formas. Muitas vezes o próprio legislador prever expressamente a possibilidade de adoção, pelo juiz, de técnica processual distinta daquela pretendida pela parte, por considerá-la mais adequada à situação¹⁸.

Segundo a exposição dos motivos da Lei 10.444/2002, que introduziu o §7º, no art. 273, foi para evitar a necessidade de requerer nova medida cautelar, obedecendo, desta forma, o princípio da economia processual. Como sugeriu o Ministro Athos Gumão Carneiro apud Bedaque (2009, p. 417) ao justificar tal medida: “a redação proposta para o §7º atende ao princípio da economia processual, com adoção da fungibilidade do procedimento, evitando à parte a necessidade de requerer, em novo processo, medida cautelar adequada ao caso”.

Alguns doutrinadores defendem que além dos requisitos gerais para concessão da tutela cautelar, *fumus boni iuris e periculum in mora*, um outro deve ser também preenchido para que tenha aplicabilidade da regra da fungibilidade, qual seja: que haja dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza. Em outras palavras, só seria permitida a aplicação do dispositivo em hipóteses excepcionais, quando existisse fundada dúvida acerca da medida de urgência correta e adequada para o caso, ficando excluída a medida se a parte incorrer em erro grosseiro.

O que se observa é que se acirraram discussões doutrinárias em torno

¹⁸ Ibidem, p. 417. Nota 5.

da aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência. Alguns defendem apenas a fungibilidade de mão única (regressiva) nos exatos termos da lei; outros defendem a aplicação da fungibilidade de mão dupla (progressiva). Acerca do assunto vejamos alguns posicionamentos.

Parte da doutrina entende que o §7º, do art. 273 não é muito claro e, como os pressupostos da tutela antecipada são mais fortes que os da tutela cautelar, não haveria possibilidade de via inversa, ou seja, não há viabilidade da fungibilidade progressiva. Dentre os adeptos desse entendimento cita-se Theodoro Júnior, que defende:

o que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio¹⁹.

Contudo, há posicionamentos contrários como o de Marinoni, que defende em situações excepcionais a fungibilidade em sentido duplo, conforme esclarece:

o fato de ser possível pedir tutela cautelar no processo de conhecimento não tem relação direta com a possibilidade de concessão de tutela antecipatória ainda que tenha sido solicitada cautelar, ou com a ideia de fungibilidade (presente no art. 273, §7º). A concessão de tutela antecipatória no caso em que houver sido pedida cautelar somente é possível em hipóteses excepcionais, ou seja, quando for razoável e fundada a dúvida em relação à correta identificação da tutela urgente²⁰.

Dinamarco apud Destefenni (2006, p. 316) explica a razão da fungibilidade entres as referidas tutelas de urgência: “Cautelares e antecipatórias são as duas faces de uma moeda só, elas são dois irmãos gêmeos ligados por um veio comum que é o empenho em neutralizar os males do tempo-inimigo”. Esclarece ainda Dinamarco que “não há fungibilidade em uma só direção, se os bens são fungíveis, isso significa que tanto pode substituir um por outro, como outro por um”.

19 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.421.1v.

20 Ibidem, 2008, p. 229. Nota 4.

No mesmo sentido, se posiciona Destefenni ao defender a fungibilidade em mão dupla:

Tais tutelas, pelo fato de serem distintas, são fungíveis por expressa determinação legal. A fungibilidade opera no duplo sentido, e demonstra a diferença entre as tutelas, pois se fossem a mesma coisa não seriam fungíveis. Além disso, é importante observar que a tutela cautelar está relacionada à efetividade do processo principal, ao passo que a tutela antecipada interessa às partes, antecipando o momento satisfativo da pretensão²¹.

Portanto, observa-se que os doutrinadores não chegaram a um consenso se há ou não a possibilidade de se estender a aplicação do princípio da fungibilidade previsto no § 7º, do art. 273 do CPC, ou seja, se poderá alterar o pedido de tutela cautelar para tutela antecipada, tendo em vista que a lei apenas dispõe expressamente a fungibilidade regressiva. Há que se observar também que a aplicação do referido princípio possibilitou que a tutela cautelar ocorresse no bojo do processo de conhecimento, sem a necessidade de interpor o processo principal.

Mas o que se observa, na verdade, é que a fungibilidade expressa no § 7º, do art. 273, do CPC, vai além dos fundamentos apresentados na referida exposição dos motivos, qual seja: economia processual. Percebe-se uma maior possibilidade de flexibilização e ampliação da aplicação das técnicas cautelares e antecipatórias, simplificando a aplicação das tutelas de urgência, em detrimento do rigor na diferenciação entre as referidas tutelas.

5 Conclusão

Após os fundamentos acima expostos acerca da evolução da teoria processual, constata-se que a concepção de processo deva ser considerada sob o aspecto instrumental. Ou seja, é imprescindível aproximar o direito processual do direito material.

A partir disso, houve significativos avanços na seara processual, com valorização dos direitos humanos pautados nas garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e, principalmente, da necessidade de tratar o processo como instrumento de acesso à ordem jurídica justa.

No tocante ao processo civil, este passou por expressivas mudanças

²¹ DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.317. 1v.

com a finalidade de agilizar e efetivar as decisões judiciais. Para tanto, foi necessário implementar algumas técnicas, como, por exemplo, as tutelas de urgência, para atingir a efetividade da prestação jurisdicional, em casos de lesão grave ou de difícil reparação.

A Lei 10.444/2002 representou um grande avanço, pois, dentre as várias modificações no Código de Processo Civil, instituiu-se a fungibilidade entre as tutelas de urgência, ao acrescentar o § 7º, no art. 273, reforçando a necessidade de aproximar as tutelas cautelares e antecipatórias.

Tendo em vista a necessidade de prestar uma tutela jurisdicional realmente efetiva, constata-se que a fungibilidade estampada no § 7º, do art. 273, do CPC possibilita uma maior flexibilização e ampliação da aplicação das técnicas cautelares e antecipatórias, simplificando, dessa forma, a utilização das tutelas de urgência, em detrimento da diferenciação entre as mesmas, bem como dos formalismos que sempre nortearam o processo civil.

Referências

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.1v.
- _____. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 3v.
- CRUZ, André Luiz Vinhas da. *As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil*. São Paulo: BH, 2006.
- DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. 1v.
- DIDIER JR, Fredie; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2009. 2v.
- LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Antecipação da tutela*. 10.ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

Sâmia Cristiane Moura
da Conceição

TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR:
A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 47.
ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007 .1v.