

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

JOSE AUGUSTO PENNA COPESKY DA SILVA

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS
TUTELAS DE URGÊNCIA**

**SÃO PAULO
2012**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

JOSE AUGUSTO PENNA COPESKY DA SILVA

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS
TUTELAS DE URGÊNCIA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof.^o Luís Otávio Sequeira de Cerqueira.

**SÃO PAULO
2012**

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

JOSÉ AUGUSTO PENNA COPESKY DA SILVA

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

CONCEITO FINAL:_____

Aos meus pais, Gerson e Penha, pelo apoio constante e pelo amor dedicado.

“Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”

Rui Barbosa

RESUMO

SILVA, José Augusto Penna Copesky da. **Aplicação do Princípio da Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência**. Curso de Especialização em Direito Processual Civil, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

A aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, ou seja, entre tutelas cautelares e tutelas antecipatórias, consiste na possibilidade de conhecer um desses instrumentos jurídicos proposto erradamente tal qual fosse o adequado, seria o caso da aceitação de uma tutela antecipada proposta na hipótese de cabimento de uma tutela cautelar. No Direito Processual Civil Brasileiro, o instituto da tutela antecipada foi positivado com pala Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que modificou o artigo 273 do Código de Processo Civil. A partir daí, gerou-se uma grande confusão na prática forense com relação à correta utilização de ambos os instrumentos, pois, embora diferentes com características e natureza distintas, são semelhantes em outros aspectos que veremos ao longo do trabalho. Com a inclusão do § 7º no art. 273 do Código de Processo Civil, trazido pela Lei 10.444, de 07 de maio de 2.002, houve expressamente a possibilidade da aplicação do princípio da fungibilidade em se tratando da utilização da tutela antecipada na hipótese de cabimento da tutela cautelar, gerando alguns questionamentos referentes à interpretação e aplicação do referido parágrafo.

Palavras-chave: Tutelas de urgência. Princípio da Fungibilidade. Tutela Cautelar. Tutela antecipada.

SUMÁRIO

RESUMO	5
1 INTRODUÇÃO	8
2 TUTELAS DE URGÊNCIA	10
3 O PROCESSO CAUTELAR	12
3.1 CONCEITO.....	12
3.2 CARACTERÍSTICAS.....	15
3.2.1 <i>Instrumentalidade</i>	15
3.2.2 <i>Provisoriedade</i>	16
3.2.3 <i>Revogabilidade</i>	17
3.2.4 <i>Autonomia</i>	18
3.3 CONDIÇÕES DA AÇÃO CAUTELAR.....	20
3.3.1 <i>Fumus boni iuris</i>	21
3.3.2 <i>Periculum in mora</i>	22
3.4 AS MEDIDAS CAUTELARES.....	23
3.4.1 <i>Diferenças: Medida Cautelar e Processo Cautelar</i>	24
3.4.2 <i>Classificação</i>	25
4 TUTELA ANTECIPADA	27
4.1 CONCEITO.....	27
4.2 REQUISITOS.....	28
4.3 OBSERVAÇÕES GERAIS.....	31
5 DIFERENÇAS ENTRE AS ESPÉCIES DE TUTELAS DE URGÊNCIA	32
5.1 TUTELA CAUTELAR <i>VERSUS</i> TUTELA ANTECIPADA.....	32
6 LIMINAR	34
6.1 CONCEITO.....	34
6.2 DIFERENÇAS.....	35

7 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	37
7.1 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE.....	37
7.2 INTERPRETAÇÕES DO ART. 273, § 7º DO CPC.....	39
7.3 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS.....	42
7.4 UTILIDADE PARA O PROCESSO CIVIL.....	48
7.5 POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.....	50
8 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS.....	63
ANEXOS.....	67

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto demonstrar as condições, os reflexos, bem como as possibilidades da aplicação do princípio da fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, que são espécies do gênero *tutelas de urgência*. Visa-se, portanto, apontar o significado e as principais características de cada um desses institutos do Direito Processual Civil, tanto a tutela cautelar como a tutela antecipatória.

Trata-se de medidas semelhantes, pois ambas em suas essências visam uma tutela de caráter urgente antes do término definitivo do processo para evitar riscos a sua efetividade, mas, embora semelhantes não se confundem, de tal modo que o trabalho busca evidenciar as distinções fundamentais entre elas, orientando os profissionais e estudiosos do direito quanto à importância da aplicação do referido princípio entre tais medidas dando-lhes suporte para que sejam capazes de compreender a sua finalidade, a utilidade e contribuição para o direito processual civil, bem como o entendimento jurisprudencial e a posição doutrinária acerca do assunto.

Nesse contexto, constituem-se como objetivos precípuos de nosso trabalho: demonstrar a interpretação que vem sendo atribuída ao § 7º do artigo supracitado; os posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários à sua aplicação, bem como a sua utilidade em nosso sistema processual civil e a jurisprudência de nossos Tribunais referentes ao assunto.

O presente trabalho poderá contribuir para que os operadores do direito, bem como os estudiosos da ciência jurídica, possam solucionar eventuais dúvidas e ainda refletirem acerca da questão, tomando a iniciativa de se aprofundarem de forma mais intensa e detalhada no assunto.

Desse modo, o presente ensaio apresenta inicialmente uma noção acerca das Tutelas de Urgência e, após, trata especificamente do Processo Cautelar e da Tutela Antecipada, abordando o conceito e os aspectos relevantes de cada instituto.

A seguir, passa-se a estabelecer algumas diferenças entre Tutela Cautelar, Tutela Antecipatória e Liminar.

Por fim, aborda-se a aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, analisando o conceito e aplicação no processo civil do princípio da fungibilidade. Posteriormente, verifica-se a interpretação do § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, os posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários à aplicabilidade do referido princípio, bem como a sua utilidade no direito processual civil e a posição jurisprudencial.

2 TUTELAS DE URGÊNCIA

Nos dias atuais, muito se discute acerca da efetividade do processo, principalmente após o advento da nova Constituição da República Federativa do Brasil.

Entende-se que além da garantia do livre acesso a justiça, expressa no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, deve-se impor ao Estado a incumbência da efetiva prestação jurisdicional, que deverá ocorrer, conforme o LXXVIII do artigo 5º do mesmo diploma, em tempo razoável, a fim de que se satisfaçam, de maneira concreta, os direitos e medidas pleiteadas ao Poder Judiciário.

Ao invés das grandes especulações dogmáticas e conceituais, o direito processual passou a abrigar o empenho por sua adequação e aderência à realidade sócio-jurídica a que o processo deve servir.¹

E, nesse contexto, visando cada vez mais à efetividade e celeridade do processo, criaram-se as tutelas diferenciadas como mecanismo para o Poder Judiciário solucionar ou resguardar a solução de questões que estão em situação de emergência ou urgência, bem como daquelas que, pela sua natureza, demandam maior celeridade na sua concessão.²

Assevera Humberto Theodoro Júnior que “múltiplos são os expedientes de que o direito processual se vale na luta em prol da efetividade do processo e na coibição dos efeitos do tempo sobre os resultados do processo, como a criação de títulos executivos extrajudiciais e a redução dos procedimentos (ritos sumários, ações monitórias, julgamento antecipado da lide, etc.). Com todos esses caminhos especiais, se intenta proporcionar as chamadas *tutelas diferenciadas* que, além da sumarização dos procedimentos comuns, conduzem também àquilo que configura as modernas tutelas de urgência, de que o direito processual atual não pode prescindir para realizar o anseio de *efetividade*.”³

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, pg. 31.

² XAVIER, Sérgio Souza. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 391, 2 ago. 2004. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/5523/consideracoes-sobre-a-tutela-jurisdicional-diferenciada/1>>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 45ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2010. pg. 654.

Desse modo, surgem as tutelas de urgência, como tutela diferenciada de urgência, que como gênero abrange a tutela cautelar e a tutela antecipatória.

Sempre que se fala em tutela de urgência, a sua tônica comum é enfrentar o perigo da demora do processo (*periculum in mora*), criando expedientes capazes de impedir que um dano irremediável, ou de difícil reparação, ocorra ao processo ou ao direito material da parte, antes do provimento jurisdicional definitivo. Dentro desse gênero de tutela emergencial, o direito positivo brasileiro distinguiu a tutela de urgência cautelar e a tutela de urgência satisfativa.⁴

As tutelas de urgência – do tipo cautelar ou satisfativa – apresentam como característica comum a sumarização do procedimento. Esse recurso consiste na redução do lapso destinado ao conseguimento da providência jurisdicional emitida em forma de liminar, inaudita altera parte, ou após justificação prévia, mas, em qualquer caso, sempre norteadas por uma cognição sumária.⁵

Diz-se que a cognição é sumária, pois a decisão é proferida com base em juízo de mera probabilidade, estando essa espécie de cognição associada ao fenômeno da urgência.

Depois de promover a categorização das duas modalidades de tutela de urgência, o direito processual moderno reconheceu que ambas, sendo espécies de um só gênero, e sendo comuns os seus requisitos básicos – aparência do bom direito e perigo de dano gerado pela demora do processo -, não deve o juiz adotar um excesso de tecnicismo na análise das características e exigências práticas para classificar, apreciar e definir, *in concreto*, o que é medida cautelar e o que é medida antecipatória de mérito.⁶

Acerca disso, veremos com maior propriedade quando tratarmos da aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, pg. 32.

⁵ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 43.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, pg. 33.

3 O PROCESSO CAUTELAR

3.1 Conceito

O Poder Judiciário é o órgão a quem incube o exercício de forma típica da função jurisdicional, consistente no poder de dizer o direito ao caso concreto, ou seja, de aplicar as normas jurídicas de direito objetivo ao caso concreto.

A jurisdição se exterioriza e é desempenhada por meio do processo, que é o instrumento para o legítimo exercício do poder jurisdicional por parte do Estado. Dependendo da natureza do provimento jurisdicional a que tende, o processo poderá ser de conhecimento, de execução ou cautelar.

Basicamente, o processo de conhecimento é aquele que visa o reconhecimento de um direito pelo Poder Judiciário, podendo ser declaratório, constitutivo ou condenatório; no processo de execução visa-se a satisfação de um direito expresso em um título executivo; o processo cautelar será analisado adiante.

Dentre essa tripartição tradicional do processo, o presente trabalho aprofundar-se-á apenas no processo cautelar por se tratar de espécie do gênero “tutelas de urgência”.

Afirma José Frederico Marques que “enquanto na jurisdição de conhecimento e naquela de execução o litígio é composto de modo definitivo, para ser dado a cada um o que é seu, na área em que atua a jurisdição cautelar, a lide se compõe provisoriamente, para que se garanta o resultado do julgamento, no processo de conhecimento, ou satisfação da obrigação exigida pelo credor no processo executivo.”⁷

Acontece, que, qualquer que seja a prestação a cargo da jurisdição, o provimento definitivo não pode ser ministrado instantaneamente. A composição do conflito de interesses (lide), por meio do processo, só é atingida mediante sequência de vários atos essenciais que sejam a plena defesa dos interesses antagônicos das partes e propiciam ao julgador a formação do convencimento acerca da melhor

⁷ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. V, 1ª edição. Campinas : Millennium, 1999, pg. 429.

solução da lide, extraído do contrato com as partes e com os demais elementos do processo.⁸

Seria ideal que o processo fosse instantâneo, mas isso não deixa de ser na prática uma aspiração desacertada e de todo desaconselhável, porque não seria razoável proferir uma sentença com esteio em alegações jurídicas afirmadas *prima facie* e ainda não devidamente provadas naquele momento.⁹

Entretanto, nesse período existente entre a propositura da ação e o provimento definitivo do Poder Judiciário, há perigo de ocorrer danos irreparáveis ou de difícil reparação às pessoas, coisas, provas e relações jurídicas envolvidas no processo, podendo se tornar ineficaz o provimento jurisdicional.

Fala-se, a propósito, dessa eventualidade periculosa, em *dano marginal*, como sendo aquele que sobrevém ao do descumprimento do dever jurídico pela parte faltosa e é causado ou agravado pela duração do processo.¹⁰

Nesse contexto é que surge o *processo cautelar*, que consiste na atividade auxiliar e subsidiária, que visa a assegurar o êxito dos processos de conhecimento e execução.¹¹

Conforme ensinamento do ilustre doutrinador Humberto Theodoro Junior, “a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e ao profícuo resultado das atividades de cognição e de execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição.”¹²

Para Luiz Orione Neto, “a função da tutela cautelar é assegurar o resultado útil e profícuo do processo principal. Dentro dessa concepção, a tutela cautelar é uma tutela de segurança, pois o seu objetivo primordial consiste em garantir e assegurar a satisfação do bem da vida da ação principal.”¹³

“No processo cautelar, há uma pretensão a ser atendida, no todo ou em parte, antecipadamente, para evitar que se frustrasse o resultado do processo de que a pretensão é objeto, em conseqüência da demora do julgamento, ou da execução.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 45ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2010. pg. 489.

⁹ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 1.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 45ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2010. pg. 653-654.

¹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Pg. 326.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, pg. 24.

¹³ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 4.

(...) No processo cautelar, a prestação jurisdicional consiste em garantir os efeitos da cognição ou da execução, com providências para esse fim destinadas.”¹⁴

Trata-se, portanto, o processo cautelar, de atividade jurisdicional autônoma de natureza acessória, que se destina a assegurar e garantir, diante do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o exercício do direito material discutido no processo principal, seja de conhecimento ou execução.

Em nosso ordenamento jurídico, o Processo Cautelar está normatizado no Código de Processo Civil, especificamente no Livro III, artigos 796 e seguintes. Foram regulamentados seus procedimentos e características de forma independente e autônoma aos processos de conhecimento e execução, daí se diz ser o Processo Cautelar autônomo.

Cabe ressaltar que embora o Código de Processo Civil, ao regular as cautelares, cite uma série de expressões que no dia-a-dia forense são utilizadas como sinônimos, na realidade, tratam-se de expressões distintas, conforme veremos. Assim, diferenciam-se as seguintes expressões: processo cautelar, ação cautelar e procedimento cautelar.

O processo, em sua acepção genérica, é o instrumento pelo qual atua a jurisdição, seja de conhecimento, de execução ou cautelar; já a ação, também em seu caráter amplo, é o direito subjetivo da parte de fazer atuar o processo.

Logo, na seara da tutela cautelar, se existe um processo cautelar, como forma de exercício da jurisdição, existe, também, uma ação cautelar, no sentido de direito subjetivo à tutela jurisdicional *lato sensu*.¹⁵

Já o procedimento cautelar consiste no aspecto formal, sendo o conjunto de atos coordenados e sucessivos pelo qual se exterioriza o processo cautelar, a fim de que se atinja a tutela cautelar.

É o procedimento, de tal sorte, que dá exterioridade ao processo, revelando-lhe o *modus faciendi* com que se vai atingir o escopo da tutela jurisdicional.¹⁶

Se existe processo cautelar – que é o método – tem de existir também o procedimento cautelar, ou os procedimentos cautelares, isto é, os ritos ou formalidades práticas a serem observados em juízo para realização da tutela

¹⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. V, 1ª edição. Campinas : Millennium, 1999, pg. 430.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 45ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2010. pg. 491.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, pg. 8.

cautelar, conforme a medida pretendida.¹⁷

Há ainda que se diferenciar o processo cautelar de medida cautelar, pois tais expressões não se confundem, são dissemelhantes. Veremos mais adiante essas diferenças ao tratarmos especificamente das medidas cautelares.

3.2 Características

3.2.1 Instrumentalidade

A instrumentalidade não se trata de característica exclusiva do processo cautelar, uma vez que o processo é sempre meio para se atingir um fim (instrumento).¹⁸

O processo é um *instrumento* para a consecução de uma finalidade específica que no processo de conhecimento consiste na resolução de uma lide e no processo de execução na satisfação de um direito expressado em um título executivo.

Entretanto, há que se destacar que o processo cautelar nesse aspecto tem uma peculiaridade, pois é considerado como *instrumento do instrumento*, sendo que nele visa-se a preservação de um direito que deverá ser reconhecido ou será objeto de outro processo, de conhecimento ou execução.

Nesse sentido, Luiz Orione Neto dispõe que “a nota peculiar da instrumentalidade do processo cautelar reside no aspecto de que ele é um instrumento do instrumento, ou seja, o processo cautelar tem por escopo salvaguardar a eficácia e o resultado profícuo do processo principal ou, nas palavras de Calmon de Passos, o processo cautelar é processo a serviço do processo, não processo a serviço do direito material.”¹⁹

Segundo Vicente Grecco Filho, “as cautelares têm finalidade instrumental, porque elas não têm finalidade ou objetivo em si mesmas, mas existem em função

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, pg. 69.

¹⁸ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 61.

¹⁹ *Idem*.

de outro processo. Calamandrei chamou-as de *instrumentalidade hipotética*, porque, além de estar a serviço de um processo, não depende da certeza da decisão favorável naquele processo.”²⁰

Para Heleno Bosco, “o processo cautelar serve ao processo principal que, a seu turno, serve ao direito material.”²¹

José Frederico Marques afirma que “a prestação jurisdicional cautelar é, por esse motivo, instrumental: porque se destina a assegurar o resultado de outro processo.”²²

3.2.2 Provisoriedade

As tutelas cautelares são provisórias, ou seja, não têm caráter de definitividade, pois produzem seus efeitos até que o risco de dano irreparável ou de difícil reparação venha a desaparecer.

Pressupõe-se certo lapso temporal para a sua existência, surgem, portanto, prevendo-se o seu fim. São medidas destinadas a durar pouco no tempo, tutelando uma situação de emergência.²³

Essas medidas têm finalidade provisória porque devem durar até que medida definitiva as substitua ou até que uma situação superveniente as torne desnecessárias.²⁴

A prestação jurisdicional cautelar é, por esse motivo, provisória: porque a composição definitiva do litígio, no processo principal, substitui e extingue a prestação jurisdicional cautelar.²⁵

Para Luiz Orione Neto, “a provisoriedade da tutela cautelar é uma característica que decorre da cognição sumária ou superficial exercida pelo juiz.

²⁰ GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. vol. 3, 18. Ed. – São Paulo:Saraiva, 2006, pg. 165.

²¹ BOSCO, Heleno. *Processo Cautelar*. Campinas: LZN Editora, 2005, pg. 17.

²² MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. V, 1ª edição. Campinas : Millennium, 1999, pg. 430.

²³ BOSCO, Heleno. *Processo Cautelar*. -Campinas: LZN Editora, 2005, pg. 17.

²⁴ GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. vol. 3, 18. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2006, pg. 165.

²⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. V, 1ª edição. Campinas : Millennium, 1999, pg. 430.

Trata-se de uma *summaria cognitio*, fundada não em preocupação quanto à certeza jurídica ou *acertamento definitivo*, mas em razões de verossimilhança ou de probabilidade no concernente à existência do direito a ser deduzido *principaliter*.²⁶

Cabe ainda ressaltar que, embora a tutela cautelar seja provisória, nem todas as medidas provisórias serão medidas cautelares.

Destarte, as liminares concedidas em mandado de segurança, tutela antecipada, interditos possessórios, ação civil pública, dentre outras, não se tratam de tutelas cautelares, mas sim de provimentos provisórios que consistem em antecipar a eficácia do provimento principal.

Ovídio A. Baptista, ao indicar a distinção entre provisoriedade e temporariedade, mostra que “a medida cautelar não é provisória, e sim temporária, destinada a perdurar enquanto não desaparecer o estado perigoso, sem, contudo, ser substituída por nenhuma outra medida.”²⁷

3.2.3 Revogabilidade

Trata-se de outra característica do processo cautelar que possibilita, ante ao seu caráter de provisoriedade e urgência, que a medida cautelar seja substituída, modificada ou até mesmo revogada. Assim dispõem os artigos 805 e 807 do Código de Processo Civil:

Art. 805 “A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.”²⁸ (grifo nosso)

Art. 807 “As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.”²⁹ (grifo nosso)

²⁶ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 71.

²⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3ª edição – Rio de Janeiro : Forense, 2001, pg. 104.

²⁸ BRASIL. Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Vade Mecum Saraiva. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 451.

²⁹ BRASIL. Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Vade Mecum Saraiva. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 451.

No processo cautelar, a sentença proferida, em regra, não faz coisa julgada material que “é a imutabilidade da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes. Em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica.”³⁰

Ressalva-se que, na hipótese em que a decisão do juiz acolhe a alegação de prescrição e decadência no processo cautelar, haverá coisa julgada material.

A revogabilidade inerente às medidas cautelares está ligada à *summaria cognitio*. Vale dizer, como a cognição do juízo no feito cautelar é perfunctória e superficial, pode ocorrer que uma análise mais aprofundada do caso leve o magistrado a rever sua decisão, de molde a – conforme o caso – modificá-la, substituí-la ou revogá-la por outra.³¹

Convém citar os dizeres de Humberto Theodoro Júnior: “decorrem, outrossim, a mutabilidade e a revogabilidade da medida cautelar de sua própria natureza e objetivos. Se desaparece a situação fática que levou o órgão jurisdicional a acautelar o interesse da parte, cessa a razão de ser da precaução.”

A medida cautelar dever perdurar enquanto não desaparecer o estado perigoso que a determinou. Se ela eventualmente há de ser revogada por ocasião da sentença final, isso se deve à circunstância de ter, em tal hipótese, ocorrido o afastamento do estado de periclitção do interesse protegido pela cautelar, com a própria sentença final do processo satisfativo. Mas isto nem sempre ocorre e o exemplo mais ilustrativo é o arresto que absolutamente não perde a eficácia com o trânsito em julgado da sentença condenatória, se a penhora subsequente, a ser feita sobre os bens arrestados, ainda não é possível.³²

3.2.4 Autonomia

Dentro da tripartição tradicional do processo encontra-se o processo cautelar ao lado dos processos de conhecimento e execução. Vale dizer que foi reconhecido

³⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Pg. 314.

³¹ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 73.

³² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3ª edição – Rio de Janeiro : Forense, 2001, pg. 204.

sua autonomia por possuir sua própria identidade, sendo que tem objeto e procedimento próprio, autônomo em relação aos processos de cognição e execução.

Essa autonomia decorre dos fins próprios perseguidos pelo processo cautelar que são realizados independentemente da procedência ou não do processo principal.³³

A jurisdição cautelar se desenrola em processo acessório, que depende sempre de outro processo, que é o principal. Mas os atos praticados no processo cautelar têm, em seu conjunto, traços específicos, com o que imprimem à jurisdição cautelar contornos teleológicos próprios, a tornar a tutela jurisdicional cautelar inconfundível com aquela exercida nas demais espécies de jurisdição.³⁴

Assim, como forma de sustentar a autonomia do Processo Cautelar, verifica-se que no Código de Processo Civil o processo cautelar é tratado especificamente no Livro III, de forma autônoma ao processo de cognição e execução.

Ademais, possui requisitos específicos que decorrem de sua finalidade, quais sejam o *fumus boni iures* e o *periculum in mora*, que não são exigidos nos outros processos.

Dispõe Humberto Theodoro Júnior que, “a autonomia do processo mais se destaca quando se verifica que o resultado de um não reflete sobre a substância do outro, podendo muito bem a parte que logrou êxito na ação cautelar sair vencedora na ação principal, ou vice-versa.”³⁵

Há que se ressaltar que, embora o processo cautelar seja autônomo ele também é *acessório*, eis que visa garantir a satisfação do direito material pleiteado no processo principal de conhecimento ou execução. Nesse sentido dispõe o artigo 769 do Código de Processo Civil:

Art. 796 “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.”³⁶ (grifo nosso)

Essa dependência não afasta essa autonomia do processo cautelar, uma vez que dependência e autonomia são termos que não possuem a mesma virtude semântica.³⁷

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, pg. 55.

³⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. V, 1ª edição. Campinas : Millennium, 1999, pg. 431.

³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, pg. 56.

³⁶ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Vade Mecum Saraiva. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 451.

O art. 796, apesar de tudo, desempenha uma função muito importante na disciplina do processo cautelar, na medida em que, para inscrever em texto de lei o princípio doutrinário da instrumentalidade e dependência da ação cautelar, declarou o legislador que, ainda sendo dependente, o processo cautelar deve ser veiculado em procedimento apartado da “ação principal”, seja quando ela for preparatória, seja quando for incidente.³⁸

3.3 Condições da Ação Cautelar

A ação cautelar assim como a de conhecimento e a de execução está sujeita a certas condições para que o Poder Judiciário possa analisar o provimento. São as denominadas *condições da ação* (possibilidade jurídica, interesse de agir, legitimação *ad causam*), ou seja, condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional.³⁹

A possibilidade jurídica no processo cautelar verifica-se quando o pedido não for proibido e tampouco ilícito pelo ordenamento jurídico. Destaca-se que consoante entendimento firmado em sede doutrinária, a simples circunstância de o pedido não estar previsto no ordenamento jurídico não é suficiente para lhe valer liminarmente a pecha de juridicamente impossível.⁴⁰

O interesse de agir no processo cautelar consiste na necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, sob pena de se ver despojado do amparo da futura eficácia da tutela jurisdicional definitiva,⁴¹ e na adequação do provimento, bem como do procedimento pleiteado.

Com relação à Legitimidade *ad causam*, são partes legítimas para figurarem no processo cautelar aquelas envolvidas no processo principal ou, no caso de processo cautelar preparatório, aquelas que são legítimas para estarem no processo principal.

³⁷ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 70.

³⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3ª edição – Rio de Janeiro : Forense, 2001, pg. 103.

³⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pg. 266.

⁴⁰ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 103.

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. op. cit., pg.58.

Mas além desses requisitos gerais, em se tratando de medidas extraordinárias, é natural que as medidas cautelares se subordinem também a condições extraordinárias, ou específicas.⁴²

Há polêmica com relação ao *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*: se compõe as condições da ação cautelar ou se fazem parte do mérito da ação cautelar.

Parte da doutrina entende que o *fumus boni iuris* está situado no campo da possibilidade jurídica do pedido e que o *periculum in mora* no interesse de agir; nesse sentido sustenta Humberto Theodoro Júnior.⁴³

Outros doutrinadores entendem que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* não fazem parte das condições da ação e sim do mérito da ação cautelar, assim dispõe Luiz Orione Neto “justifica-se a exclusão do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* do âmbito das condições gerais de admissibilidade da ação cautelar, porque eles se inserem no mérito, sob pena, evidentemente, de se esvaziar o mérito do processo cautelar.”⁴⁴

3.3.1 *Fumus boni iuris*

O *fumus boni iuris*, que significa “fumaça do bom direito”, consiste na probabilidade, na plausibilidade do direito alegado. Sabe-se que no processo cautelar a cognição é sumária, ou seja, as decisões são proferidas com base em juízo de mera probabilidade, tendo em vista o caráter de urgência.

Consiste essa aparência do bom direito na probabilidade da existência do direito ou plausibilidade do direito invocado pelo autor da ação cautelar. Vale dizer, o *fumus boni iuris* é a probabilidade da existência do direito material a ser bosquejado na ação principal, a fim de evitar a sua periclitização, ocultação, destruição, perecimento ou modificação em sua qualidade ou quantidade.⁴⁵

O ilustre doutrinador Ernane Fidélis dos Santos afirma que “àquela

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, pg. 57.

⁴³ *Ibidem*, pg. 58.

⁴⁴ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 102.

⁴⁵ *Ibidem*, pg. 118.

possibilidade de sentença favorável ou de legitimidade da execução, que é um dos requisitos para o deferimento de qualquer pedido de cautela, dá-se o nome de *fumus boni iuris*, ou seja, *fumaça de bom direito*, a simples possibilidade de bom êxito do processo principal, seja de conhecimento, seja de execução.”⁴⁶

Luiz Guilherme Marinoni assevera de forma bem objetiva que o *fumus boni iuris* nada mais é do que a probabilidade de a parte ter o direito que alega possuir.⁴⁷

Para Vicente Greco Filho, o “*fumus boni iuris* é a probabilidade ou possibilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar e que justifica a sua proteção, ainda que em caráter hipotético. Esse pressuposto tem por fim evitar a concessão de medidas quando nenhuma é a probabilidade ou possibilidade de sucesso e, portanto, inútil a proteção cautelar.”⁴⁸

Há que se destacar que para alguns juristas, como Ronaldo Cunha Campos o *fumus boni iuris* deve, na verdade, corresponder não propriamente à probabilidade de existência do direito material – pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal - mas à verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado.⁴⁹

3.3.2 *Periculum in mora*

Assim como o *fumus boni iuris*, o *periculum in mora* se trata de requisito fundamental para a concessão de medidas cautelares, sendo pressuposto necessário e indispensável do processo cautelar.

A expressão *periculum in mora* significa perigo na demora, consistindo, pois, na possibilidade de que, antes de se atender o direito pleiteado, se tal for o resultado do julgamento da lide, a ele seja causada lesão grave de difícil reparação (art. 798

⁴⁶ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, vl. 2, 10. Ed. São Paulo : Saraiva, 2006, pg. 282.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba : Juruá, 1999, pg. 14.

⁴⁸ GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. vol. 3, 18. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2006, pg. 168.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. op. cit., 2005, pg. 64 *apud* Ronaldo Cunha Campos. *Estudos de Direito Processual*. Uberaba, 1974, pg. 132.

do CPC).⁵⁰

Para Vicente Greco Filho, o “*periculum in mora* (perigo da demora) é a probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante da demora no ajuizamento ou processamento e julgamento desta e até que seja possível medida definitiva.”⁵¹

Justifica-se, assim, a providência cautelar pela necessidade de obviar o perigo de dano que possa ameaçar a efetividade da sentença do processo principal, decorrente do retardo da prestação jurisdicional a ser concedida na *actio principalis*, em virtude de um ato provocado pelo homem ou por outro fato natural.⁵²

Para Luiz Guilherme Marinoni, o *periculum in mora* é traduzido pelo artigo 798 do Código de Processo Civil, nos termos de “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.⁵³

Ante a demora para a conclusão do processo e o risco de ocorrerem danos ao bem da vida objeto do processo principal, funda-se o *periculum in mora* como forma de se demonstrar o risco de dano grave ou de difícil reparação, para a concessão da medida cautelar.

Por fim, observa-se que o receio de dano deve ser *fundado*, isto é, deve ser concreto, analisado objetivamente; deve ser *iminente*, ou seja, ser próximo o risco, e *grave ou de difícil reparação*, que se refere ao dano processual, ou seja, o risco do provimento jurisdicional pleiteado no processo principal se tornar ineficaz ou inútil.

Cabe ressaltar que se trata de um perigo especial, grave e iminente, objetivamente demonstrável, idôneo a assegurar e garantir a efetividade do processo principal. Da comprovação da situação perigosa decorre a urgência na obtenção da providência.⁵⁴

3.4 As Medidas Cautelares

⁵⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, vl. 2, 10. Ed. São Paulo : Saraiva, 2006, pg. 283.

⁵¹ GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. vol. 3, 18. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2006, pg. 167.

⁵² ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 119.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba : Juruá, 1999, pg. 14.

⁵⁴ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 120.

Inicialmente, ao tratarmos das medidas cautelares é imprescindível explicitarmos o seu significado. Desse modo, conceitua-se medida cautelar como o provimento jurisdicional de natureza cautelar, assecuratória.

Conforme o ilustre doutrinador Humberto Theodoro Junior, “a medida cautelar vem a ser providência material efetiva tomada pelo órgão jurisdicional para preservar ou garantir uma situação de fato relevante para a futura prestação jurídica definitiva.”⁵⁵

Encontram-se as medidas cautelares no processo cautelar, todavia, o sistema processual permite a existência de medidas cautelares no processo de conhecimento e de execução, como por exemplo, a possibilidade de arresto no processo de execução (art. 653 do Código de Processo Civil).

Deve-se observar que existem medidas provisórias que não se confundem com as medidas cautelares, pois têm caráter de decisões satisfativas, são elas, por exemplo, as liminares, em mandado de segurança e nos interditos possessórios.

3.4.1 Diferenças: Medida Cautelar e Processo Cautelar

Demonstrou-se anteriormente que há uma ação cautelar, um processo cautelar, um procedimento cautelar e da mesma forma existe uma medida cautelar que não se confunde com os institutos mencionados.

Costuma-se confundir processo cautelar com medida cautelar, todavia não se confundem, são semelhantes, porém diferentes.

O processo cautelar é o instrumento, é o método pelo qual se busca a proteção dos bens, pessoas e provas para se alcançar a eficácia do processo principal. Já a medida cautelar é o provimento jurisdicional de natureza cautelar que normalmente é pleiteado e concedido no próprio processo cautelar.

Ademais, justifica-se essa diferença pelo fato que no processo de cognição ou de execução pode haver medida cautelar, que é o provimento, mas não pode haver processo cautelar.

Interessante citar distinções realizadas por Vicente Greco Filho: “A medida

⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, pg. 70.

cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo; o processo cautelar é a relação jurídica processual, dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares. O processo cautelar é instrumento natural para a produção e o deferimento de medidas cautelares, mas nem todas as medidas cautelares são determinadas ou deferidas em processo cautelar. Algumas delas podem ser determinadas dentro do próprio processo de conhecimento ou execução ou nos procedimentos especiais; outras, por terem natureza mais administrativa, aparecem em simples procedimento, que não chega a constituir uma relação processual (ex.: notificações).⁵⁶

Sendo observada tal distinção, será proporcionada maior compreensão do instituto da tutela cautelar e suas particularidades.

3.4.2 Classificação

Diversas são as classificações propostas das medidas cautelares; dentre elas, destacam-se a de Calamandrei, a de Carnelutti, a de Zanzuchi e a de Rosenberg.

Tendo em vista que não é foco principal de nosso trabalho tratar especificamente das medidas cautelares, traremos as classificações claramente reveladas pelo nosso Código Processual Civil.

A primeira classifica as medidas cautelares em *típicas ou nominadas* e *atípicas ou inominadas*.

As *típicas ou nominadas* são as ações cautelares reguladas sob a denominação de procedimentos cautelares específicos (Capítulo II do Livro III).⁵⁷ Dentre elas encontram-se o arresto, seqüestro, caução, entre outros. Ressalta-se que as cautelares típicas se subdividem em: *assecuratórias de bens*: cautelar para assegurar o bem objeto da demanda; *assecuratórias de pessoas*: cautelar para evitar que alguma das partes pereça no decorrer do processo, como por exemplo,

⁵⁶ GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. vol. 3, 18. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2006, pg. 166.

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, pg. 75.

cautelar de alimentos provisórios; *assecuratórias de provas*: cautelar para garantir a melhor sentença, preservando-se as provas, tendo como exemplo a cautelar antecipada de provas; *de natureza não-cautelar*: cautelares inscritas no Livro das Cautelares, mas não se encontra nelas um provimento jurisdicional cautelar no sentido técnico, como por exemplo, a cautelar de justificação, que tem por finalidade somente a produção em juízo da existência ou não de uma relação jurídica; o juiz não produz decisão.

São *atípicas ou inominadas* as medidas cautelares fundadas no poder geral de cautela do juiz admitido pelo artigo 798 do Código de Processo Civil.

A segunda classificação divide as medidas cautelares, conforme o momento em que são deferidas (art. 796, CPC), em: *Medidas preparatórias*, conforme a nomenclatura do art. 800 do mesmo diploma; são as que antecedem a propositura da ação principal; *Medidas incidentais*: são aquelas propostas no curso do processo principal, como incidente deles.⁵⁸

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, pg. 75 - 76.

4 TUTELA ANTECIPADA

4.1 Conceito

O instituto da tutela antecipada foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1.994, com a alteração do artigo 273 do Código de Processo Civil que passou a ter a seguinte redação:

*“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 (...)”*⁵⁹

Surge como uma resposta do legislador à necessidade de dar celeridade ao processo, cumprindo com seu ideal de efetividade, além de normatizar as antecipações dos efeitos das tutelas conferidas, até então, por meio de ações cautelares inominadas.⁶⁰

Justifica-se a antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. Reconhece-se, assim, a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato.⁶¹

Constitui, ao lado da tutela cautelar, espécie do gênero *tutela de urgência*.

Cabe ressaltar que, anteriormente a instituição da tutela antecipada, não se ignorava que a antecipação dos efeitos da tutela pretendida vinha sendo largamente praticada por nossos juízes e tribunais, com a utilização do expediente das denominadas cautelares satisfativas, com fundamento nos arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil. Esse desvio e abuso na utilização da ação cautelar inominada distorceu a finalidade do instituto, que passou a servir de instrumento para a postulação de tutela satisfativa do processo principal, e não simplesmente

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Vade Mecum Saraiva. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 406.

⁶⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vl. 2. 24. Ed. - São Paulo : Saraiva, 2008, pg. 135.

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 752.

acautelatória.⁶²

O *nomen iuris* do instituto, tutela antecipatória, revela que poderá ser concedida a própria tutela (*rectius*, os efeitos da tutela), tal como constante no pedido, acolhendo-o totalmente ou em parte, e que essa poderá ser concedida antes do momento normal para a sua concessão.⁶³

O que o novo texto do art. 273 do Código de Processo Civil autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento imediato que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere à prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio.⁶⁴

A tutela antecipada consiste na decisão judicial interlocutória que implica na antecipação dos efeitos concretos da tutela jurisdicional pleiteada; ela antecipa total ou parcialmente os efeitos da decisão final, por isso diz-se ser uma tutela satisfativa.

Cabe ressaltar que a tutela antecipada consiste numa decisão interlocutória satisfativa, ou seja, decisão do juiz no curso do processo que não importa na sua extinção e que vai satisfazer a pretensão do réu, em princípio provisoriamente, com a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada.

A concessão da tutela antecipada se baseia na cognição sumária, com base em juízo de mera probabilidade, sem que haja plena certeza do direito, em virtude do caráter de urgência na concessão da medida.

4.2 Requisitos

Diante da natureza constitucional do princípio da segurança jurídica contido na garantia do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, inc. LV), a antecipação de tutela somente será admissível quando existir o risco de frustrar-se a garantia

⁶² ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 35.

⁶³ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, volume 2 : processo de conhecimento. 10. Ed. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, pg. 366 – 367.

⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 752.

maior da efetividade da jurisdição.⁶⁵

Para a concessão da tutela antecipada faz-se necessário a presença de certos requisitos ou pressupostos que são: prova inequívoca e verossimilhança das alegações (CPC, art. 273, *caput*); fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I) ou, ainda, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC, art. 273, II).

A doutrina denomina de requisitos genéricos, básicos ou primários a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, e, de requisitos específicos, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

Os requisitos genéricos devem necessariamente coexistir, ao passo que os específicos autorizam uma ou outra hipótese de tutela antecipada.⁶⁶

Entende-se por prova inequívoca da verossimilhança das alegações, as alegações plausíveis que tenham provas inequívocas.

Para Arruda Alvim, a expressão prova inequívoca significa que “o juiz, para conceder a tutela, deverá estar firmemente convencido da verossimilhança da situação jurídica apresentada pelo autor, e, bem assim, convencido da juridicidade da solução pleiteada.”⁶⁷

Humberto Theodoro Junior dispõe que “é inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. (...) Quanto à *verossimilhança da alegação*, refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.”⁶⁸

O pedido de concessão de tutela antecipada com fundamento no requisito específico do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação é realizado em razão

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 755.

⁶⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil, 2º volume*. 24. Ed. - São Paulo : Saraiva, 2008, pg. 136.

⁶⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil, volume 2 : processo de conhecimento*. 10. Ed. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, pg. 391.

⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 758.

da urgência do *periculum in mora*, eis que caso não haja a antecipação da tutela a pretensão do autor pode perecer.

A prova inequívoca deve ser analisada juntamente com a verossimilhança da alegação através de um juízo de probabilidade, a fim de que o juiz possa concluir que há mais firmeza do que a verossimilhança, embora não haja a contundência da prova inequívoca.⁶⁹

A *ratio* do artigo 273, I do CPC, pode, sucintamente, expressar-se à luz do seguinte dilema: ou se antecipa a proteção à pretensão mesma (total ou parcialmente, na medida do que se tem por imprescindível à sobrevivência da pretensão), ou essa pretensão perece, ou, então, ocorrerá um dano que somente com a tutela antecipada poderá ser evitado.⁷⁰

Com relação ao requisito específico do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, Arruda Alvim dispõe que “não é evidenciador de uma urgência incomum, senão revela ser injustificável uma defesa, manifestamente sem fundamento, ou, então, quando nos defrontarmos com uma resistência ilegítima proteladora do resultado final, caracterizada quando das próprias alegações e do comportamento do réu, i.e., tudo está a indicar que o autor tem razão.”⁷¹

O abuso de direito de defesa ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expreso e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Esse abuso tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificação, interpelação, protestos ou troca de correspondência entre os litigantes.⁷²

Diante de requerimento do autor, o juiz deverá analisar se a situação apresentada se submete às exigências previstas no art. 273 e seus incisos, do Código de Processo Civil. Caso entenda presente os requisitos, a tutela antecipada há de ser concedida, desde que não haja perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (CPC, art. 273, § 2º).⁷³

⁶⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2º volume. 24. Ed. - São Paulo : Saraiva, 2008, pg. 136.

⁷⁰ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil, volume 2 : processo de conhecimento*. 10. Ed. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, pg. 378.

⁷¹ *Ibidem*, pg. 380.

⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 759.

⁷³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2º volume. 24. Ed. - São Paulo : Saraiva, 2008, pg. 138.

4.3 Observações gerais

O Código de Processo Civil não determinou momentos para a concessão da tutela antecipada. Desse modo, se o fundamento do pedido de antecipação for o do inciso I do artigo 273 do CPC, poderá ser pleiteada desde a inicial e, se o fundamento for o do inciso II do artigo 273 do CPC, poderá ser requerida após o oferecimento de resposta do réu.

Quanto ao momento ou oportunidade, dispõe Humberto Theodoro Junior que “o artigo 273 do CPC realmente quis deixar a matéria sob um regime procedimental mais livre e flexível, de sorte que não há um momento certo e preclusivo para a postulação e deferimento da antecipação de tutela. Poderá tal ocorrer no despacho da inicial, mas poderá também se dar posteriormente, conforme o desenvolvimento da marcha processual e a superveniência de condições que justifiquem a providência antecipatória.”⁷⁴

Dispõe Moacyr Amaral Santos que “a concessão da tutela antecipada poderá ser, então, *inaudita altera parte*, após a resposta do réu ou depois da audiência, por ocasião da sentença (há doutrina contrária: Marinoni, Nery Jr.), ou até mesmo em segundo grau.”⁷⁵

Com relação à legitimidade, essa, em regra, cabe ao autor da ação. Todavia, em alguns casos poderá o réu pleitear a antecipação de tutela, como por exemplo, nas ações de caráter dúplice.

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 759 - 760.

⁷⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil, 2º volume*. 24. Ed. - São Paulo : Saraiva, 2008, pg. 137.

5 DIFERENÇAS ENTRE AS ESPÉCIES DE TUTELAS DE URGÊNCIA

5.1 Tutela Cautelar *versus* Tutela Antecipada

Embora as tutelas de urgência, cautelar e antecipatória sejam semelhantes, são inconfundíveis. Vejamos, nesse tópico do trabalho, as principais diferenças entre os institutos.

Não há como evitar a diversidade gritante que se nota entre os diversos efeitos da medida cautelar e da medida antecipatória: a primeira não vai além do preparo de execução útil de futuro provimento jurisdicional de mérito, enquanto a última já proporciona a provisória atribuição do bem da vida à parte, permitindo-lhe desfrutá-lo juridicamente, tal como se a lide já tivesse sido solucionada em seu favor.⁷⁶

O primeiro critério a ser adotado para diferenciá-las é o da *satisfatividade*, eis que a tutela antecipada tem natureza satisfativa antecipando os efeitos do pedido, já a tutela cautelar tem natureza conservativa, pois visa assegurar o resultado útil do processo principal.

“A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos do provimento postulado. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas cautelares que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal. Não é dotado, assim, de caráter satisfativo.”⁷⁷

Outro aspecto diferenciador entre essas medidas é o *procedimento*; a tutela antecipada é concedida no curso da ação de conhecimento, já o processo cautelar está submetido a um procedimento próprio estabelecido no Código de Processo

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 741.

⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 736, *apud* Kazuo Watanabe. “Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer: arts. 273 e 461 do CPC”, in *Direito do Consumidor*, v.19, pg. 38.

Civil.

Têm-se, ainda, como critério de diferenciação, os *requisitos* para a concessão de cada um dos institutos. Como vislumbramos anteriormente, os requisitos para a concessão da tutela antecipada são a prova inequívoca e verossimilhança das alegações (CPC, art. 273, *caput*) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I) ou o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC, art. 273, II); já para a concessão da tutela cautelar é necessário a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Mais do que a simples aparência do direito (*fumus boni iuris*) reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em “prova inequívoca”.⁷⁸

Nesse sentido, adverte Teori Albino Zavascki que a concessão da tutela antecipada está sujeita a regime próprio, inconfundível e em alguns aspectos mais rigoroso que o das medidas cautelares, a saber: a) a antecipação da tutela se dá, invariavelmente, na própria ação de conhecimento, mediante decisão interlocutória, enquanto as medidas cautelares continuam sujeitas à ação própria, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; b) a antecipação da tutela está sujeita a pressupostos e requisitos próprios, estabelecidos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, substancialmente diferentes dos previstos no artigo 798 do Código de Processo Civil, aplicável apenas às medidas genuinamente cautelares.⁷⁹

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 758.

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 740, *apud* Teori Albino Zavascki, “Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas Diferentes, Função Constitucional Semelhante”, in *Revista de Processo*, 82/56.

6 LIMINAR

6.1 Conceito

Quando falamos em Liminar faz-se interessante entender o significado da palavra para compreendermos o instituto. Liminar, lexicamente, é um adjetivo que atribui a algum substantivo a qualidade de inicial, preambular, vale dizer, é tudo aquilo que se situa no início, na porta, no limiar.⁸⁰

Para Adroaldo Furtado Fabrício, “*como no sentido comum dos dicionários leigos, liminar é aquilo que se situa no início, na porta, no limiar, Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial emitido in limine litis, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da prolação. Nada importa se a manifestação judicial expressa juízo de conhecimento, executório ou cautelar, também não releva indagar se diz ou não com o meritum causae nem se contém alguma forma de antecipação de tutela. O critério é exclusivamente topológico. Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite inaudita altera parte, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação.*”⁸¹

Nesse sentido, dispõe Humberto Theodoro Junior que “*na linguagem jurídica, usa-se a expressão “liminar” para identificar qualquer medida ou provimento tomado pelo juiz na abertura do processo – in limine litis, em regra, se dá antes da citação do réu, embora o Código considere, ainda, como liminar a decisão de medida a ser tomada depois de justificação para que foi citado o réu, mas antes ainda de abertura do prazo para resposta à demanda (CPC, arts. 930 e 928, e respectivos*

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 737.

⁸¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica. Uma tentativa de reenquadramento dogmático em face das últimas reformas processuais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/2917/liminar-em-mandado-de-seguranca-natureza-juridica-e-importancia-historica>>. Acesso em: 29 de outubro de 2012, *apud* Adroaldo Fabrício Furtado. Breves notas sobre providimentos antecipatórios, cautelares e liminares. Em: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (coord) *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1.997.

parágrafos).⁸²

Para Luiz Orione Neto, “as liminares, em qualquer modalidade de processo (v.g., tutela antecipatória, ação cautelar, mandado de segurança, ação civil pública, ação popular), provocam sempre uma antecipação provisória dos efeitos da futura sentença.”⁸³

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, “as liminares, em qualquer tipo de processo, provocam uma antecipação, ainda que provisória, da tutela pretendida principaliter. Elas são como que uma retro projeção da imagem que, possivelmente será apresentada na sentença final; ou, ainda, antecipam para o momento cronológico em que são deferidos os feitos que seriam próprios do provimento de fundo.”⁸⁴

6.2 Diferenças

Antes da reforma do Código de Processo Civil, que instituiu no artigo 273 a tutela antecipada, havia casos em que não era possível evitar-se o periculum in mora senão antecipando-se o exercício, no todo ou em parte, do próprio direito subjetivo material, a tutela de emergência foi sendo ampliada por dois caminhos distintos: a) o da antecipação de tutela, por expediente como o das liminares freqüentemente introduzidas pela lei em procedimentos especiais (mandado de segurança, ação popular, ação de inconstitucionalidade, ação de nunciação de obra nova, ações locatícias etc.); b) e pela dilatação do poder geral de cautela, tendente a admitir seu uso não só para fins conservativos mas, também, para, excepcionalmente, cumprir a provisória satisfação de pretensões de mérito.⁸⁵

A reforma do Código de Processo Civil em 1994, que trouxe a possibilidade de tutela antecipada, gerou uma grande confusão entre os institutos do processo

⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 737.

⁸³ ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante*. São Paulo : Lejus, 1999, pg. 8-9.

⁸⁴ ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante*. São Paulo : Lejus, 1999, pg. 8 *apud*, Rodolfo de Camargo Mancuso. A questão dos limites no poder cautelar geral, ER 569/21.

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 737

cautelar, da tutela antecipada e das liminares.

Essa concepção equivocada dá-se pelo fato de que anteriormente à Lei nº 8.952, de 13.12.1994, que deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, foram criadas liminares com natureza de tutela antecipada, como por exemplo, as liminares no mandado de segurança, etc., e; “as liminares, em determinadas situações, assume uma função cautelar e há coincidência de grande parte das características das liminares com aquelas relativas às medidas cautelares.”⁸⁶

Assevera Humberto Theodoro Junior que “essa nova e ampla possibilidade de antecipar medidas satisfativas não se confunde, necessariamente, com as antigas e conhecidas liminares, pois agora a providência urgente pode acontecer em qualquer momento ou fase do processo, enquanto não solucionado definitivamente o processo de conhecimento, e não apenas na abertura da relação processual.”⁸⁷

Ao diferenciar liminar de tutela cautelar, Betina Rizzato Lara afirma que a diferença está no fato de que “a liminar pode apresentar uma natureza cautelar, mas não tem esta natureza”.⁸⁸

Assim, a liminar é um instituto autônomo conforme vimos anteriormente ao estabelecer o seu conceito e que difere, portanto, das medidas de urgência.

O que, enfim, permite encarar a liminar como uma categoria jurídico-processual é tão somente o seu específico aspecto temporal, ou seja, a excepcional possibilidade de providências no início do processo, antes pois de realizar e completar o contraditório. Nada mais do que isto.⁸⁹

⁸⁶ ORIONE NETO, Luiz. Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante. São Paulo : Lejus, 1999, pg. 11 *apud* Betina Rizzato Lara, Liminares no Processo Civil, 2ª edição, atualizada, Editora RT, 1994, p. 21.

⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 739

⁸⁸ ORIONE NETO, Luiz. Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante. São Paulo : Lejus, 1999, pg. 12 *apud* Betina Rizzato Lara, Liminares no Processo Civil, 2ª edição, atualizada, Editora RT, 1994, p. 23.

⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. pg. 740.

7 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

7.1 O Princípio da Fungibilidade

Antes de tratarmos especificamente do princípio da fungibilidade, é importante compreendermos o significado de princípio e fungibilidade.

Trata-se de uma tarefa muito complexa definir o significado de “princípio”, eis que a expressão “princípio” pode ser utilizada em vários sentidos, sendo palavra de conteúdo vago.

Lexicamente significa: “momento ou local ou trecho em que algo tem origem”, “começo”, “causa primária”, “preceito, regra, lei”, e ainda, no plural, “proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado”, dentre outros significados.⁹⁰

Para José Cretella Junior, o vocábulo “princípio”, na linguagem vulgar, tem o sentido de “aquilo que vem antes de outro”, “origem, começo”, “momento em que se faz uma coisa pela primeira vez”.⁹¹

Em nosso ordenamento, os princípios têm papel fundamental, pois ajudam a harmonizar, a dar sentido lógico ao sistema jurídico. Muitas vezes auxiliam a dar uma interpretação adequada às normas jurídicas e a integrar as lacunas existentes no ordenamento jurídico.

Desse modo, não há como trazeremos uma definição específica de princípio por se tratar de vocábulo amplo, mas podemos afirmar que no caso do princípio da fungibilidade, a expressão princípio afigura-se de forma a se compreender como uma regra fundamental e geral, um preceito, que no caso específico em estudo, aplica-se no Processo Civil às Tutelas de Urgência.

Após analisarmos alguns significados acerca de “princípio”, analisaremos agora o significado do termo fungibilidade.

⁹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. São Paulo : Editora Nova Fronteira S/A, 1995, pg. 529.

⁹¹ CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2000, pg. 44.

A significação jurídica de Fungibilidade, segundo De Plácido e Silva, nada mais é do que *a substituição de uma coisa por outra*. A fungibilidade é a possibilidade de conhecer de um instrumento jurídico proposto erradamente tal qual fosse o adequado, advindo de permissão legal expressa.⁹²

Para o Professor Darlan Barroso, Fungibilidade, em sentido processual, significa aceitar um ato em lugar de outro.⁹³

Destarte, verifica-se que o princípio da fungibilidade nada mais é do que um preceito jurídico cuja aplicação consiste na substituição de uma coisa por outra.

Nesse sentido, dispõe o § 7º do artigo 273, do Código de Processo Civil:

“(...) § 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.”⁹⁴

Especificamente, no âmbito do Direito Processual Civil, temos diversas hipóteses em que a lei permite a utilização do princípio da fungibilidade, sempre visando à efetividade do processo, bem como a economia processual. Dentre essas hipóteses, citamos as seguintes: fungibilidade entre recursos, entre as tutelas de urgência, entre as ações possessórias.

Para alguns estudiosos do direito, o princípio da fungibilidade decorre do princípio da instrumentalidade das formas.

Cabe citar a posição de Dayse Coelho de Almeida, para quem “a fungibilidade é um princípio processual implícito, decorre do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais (...); A fungibilidade então seria um desdobramento do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, porque tem como objetivo manter o ato que em seu conteúdo atingiu a sua finalidade.”⁹⁵

⁹² ALMEIDA, Dayse Coelho de. *A fungibilidade e a tutela antecipada no Direito Processual Civil moderno: tonalidade inovadora da Lei nº 10.444/2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 358, 30 jun. 2004. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/5400/a-fungibilidade-e-a-tutela-antecipada-no-direito-processual-civil-moderno>>. Acesso em: 20 de outubro de 2012, *apud* SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 3ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1993, p. 336.

⁹³ BARROSO, Darlan. *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 1ª ed. Barueri, SP: Manole, 2003, pg. 319.

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Vade Mecum Saraiva. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 407.

⁹⁵ ALMEIDA, Dayse Coelho de. *A fungibilidade e a tutela antecipada no Direito Processual Civil moderno: tonalidade inovadora da Lei nº 10.444/2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 358, 30 jun. 2004. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/5400/a-fungibilidade-e-a-tutela-antecipada-no-direito-processual-civil-moderno>>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

7.2 Interpretações do art. 273, § 7º do Código de Processo Civil

Nesse tópico, busca-se trazer algumas lições estampadas nos Códigos de Processo Civil, interpretados ou anotados, acerca da fungibilidade entre as tutelas de urgência previstas no § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Assim, com relação ao referido parágrafo, dispõe Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em seu Código de Processo Civil Interpretado, que “o autor não será prejudicado por haver feito pedido fora da técnica processual. Caso tenha direito ao adiantamento, é irrelevante que haja interposto cautelar incidente ou haja pedido de antecipação de tutela. O juiz deverá aplicar a fungibilidade, nada obstante a norma aparentemente possa indicar faculdade: presentes os requisitos para a tutela de urgência (cautelar ou antecipatória), cabe ao juiz concedê-la.”⁹⁶

Ainda acerca da Fungibilidade, “analisando-a sobre o prisma de o pedido ser de natureza cautelar incidental, dispõe que quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência requerida tiver natureza cautelar, não se pode indeferir o pedido de tutela antecipada por ser inadequado. Nesse caso, o juiz poderá adaptar o requerimento e transformá-lo de pedido de tutela antecipada em pedido de cautelar incidental. Deve, portanto, receber o pedido como se fosse cautelar. Anote-se que os requisitos para a obtenção de tutela antecipada são mais rígidos que os necessários para a obtenção de tutela cautelar. Assim, só poderá ser deferida a medida cautelar se estiverem presentes os requisitos exigidos para tanto (fumus boni iuris e periculum in mora).”⁹⁷

Por fim, “reconhece-se a fungibilidade de mão dupla, afirmando que a recíproca é verdadeira. Caso o autor ajuíze ação cautelar incidental, mas o juiz verifique ser caso de tutela antecipada, deverá transformar o pedido cautelar em pedido de tutela antecipada. Isso ocorre, por exemplo, quando a cautelar tem natureza satisfativa. Dado que os requisitos da tutela antecipada são mais rígidos que os da cautelar, ao receber o pedido cautelar como antecipação de tutela o juiz

⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10 ed. rev., ampl. e atual. Até 1º de outubro de 2007. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, pg. 531.

⁹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10 ed. rev., ampl. e atual. Até 1º de outubro de 2007. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, pg. 531.

deve dar oportunidade ao requerente para que adapte o seu requerimento, inclusive para que possa demonstrar e comprovar a existência dos requisitos legais para a obtenção da tutela antecipada. A cautelar só deverá ser indeferida se não puder ser adaptada ao pedido de tutela antecipada, ou se o autor se negar a proceder à adaptação.”⁹⁸

Para Humberto Theodoro Junior, em seu Código de Processo Civil Anotado, “o § 7º por sua vez, tornou solução legal expressa a fungibilidade entre medida antecipatória e medida cautelar. Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273, providências preventivas que, com maior rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. Mesmo porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores do que as da tutela cautelar.”⁹⁹

Cabe citar as palavras de Sálvio Figueiredo Teixeira, segundo o qual “a modificação do § 7º segue a mesma linha de simplificação do processo, admitindo a fungibilidade de procedimentos.”¹⁰⁰

Interessante a posição de Antonio Claudio da Costa Machado, em seu Código de Processo Civil Comentado, que, segundo ele, “contrariamente ao posicionamento corrente da doutrina que vem vislumbrando no presente dispositivo apenas a fungibilidade do pedido de tutela antecipada, ousamos divergir para afirmar que este § 7º significa muito mais que isso, posto que a idéia de fungibilidade pressupõe o equívoco da parte ao solicitar providência antecipatória em vez da de natureza cautelar, quando, na verdade, o que o texto sob enfoque permite é que, a partir de agora, se peça naturalmente providência cautelar da mesma forma como se pede antecipação da tutela, vale dizer, independentemente de propositura de ação cautelar incidental. Note-se que esta singela mudança do ângulo de visão da nova figura faz toda a diferença porque potencializa ao máximo a racionalidade, a economia, enfim, a efetividade que o legislador buscou imprimir ao processo de conhecimento. O que queremos salientar é que a parte não precisa errar na qualificação jurídica da providência para que o juiz possa conceder-lhe o provimento

⁹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10 ed. rev., ampl. e atual. Até 1º de outubro de 2007. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, pg. 531.

⁹⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto: colaboradores, Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello. *Código de Processo Civil Anotado*. 11ª edição. – Rio de Janeiro : Editora Forense, 2007, pg. 202.

¹⁰⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 7ª edição. – São Paulo : Saraiva, 2003, pg. 214.

acautelatório – se a postulação inadequada ocorrer, sem nenhum problema o juiz poderá compreendê-la, à luz da necessidade real da parte, e conceder a cautela, tendo em conta a fungibilidade -, pelo contrário, pode deliberada e conscientemente requerer por essa nova forma a tutela cautelar incidental. Para que se alcance toda a potência normativa que este novo §7º proporciona, destarte, basta que se interprete a locução “a título” como “na forma” e aí teremos um resultado exegético verdadeiramente significativo para o processo civil. Atente-se, por derradeiro, para o fato de que essa nova regulamentação introduzida no art. 273 não representa o desaparecimento do processo cautelar, porquanto as cautelares antecedentes (chamadas preparatórias) permanecem intactas no sistema (art. 796, do CPC), e nem mesmo a morte do processo cautelar incidental, na medida em que o art. 796 referido não foi alterado pela Lei nº 10.444/2002 (e ele fala de “procedimento cautelar [...] no curso do processo principal”), de sorte que apenas quando o juiz verifique que o requerimento de cautela (art. 273 §7º) se encontra bem instruído, não depende de prova oral e não vai gerar tumulto nos autos do processo cognitivo, então, o órgão jurisdicional concede a providência solicitada; caso contrário, o magistrado determina ao requerente que postule a medida acautelatória em sede própria, ajuizando ação cautelar incidental, o que permitirá a ampla discussão da matéria fática e jurídica sem comprometer o andamento do processo principal (texto de acordo com a Lei nº 10.444/2002).”¹⁰¹

Para complementar, citamos as lições presentes no Código de Processo Civil Interpretado cujo coordenador é o jurista Antonio Carlos Marcato, que, ao se referir ao § 7º do artigo 273 afirma que “se adotou, em relação às tutelas de urgência cautelares ou antecipatórias, o princípio da fungibilidade, segundo o qual pode o juiz conceder a medida mais adequada à situação dos autos, sendo irrelevante eventual equívoco do requerente ao formular o pedido.”¹⁰²

Embora o legislador refira-se somente à possibilidade de substituição da tutela antecipada por cautelar, não pode haver dúvida de que a fungibilidade opera nas duas direções, sendo possível conceder tutela antecipada em lugar de cautelar. Também é preciso deixar claro que a fungibilidade não está limitada apenas a problemas terminológicos. A adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida,

¹⁰¹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado : artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6ª edição. – Barueri, SP : Manole, 2007, pgs. 273, 274.

¹⁰² MARCATO, Antonio Carlos; coordenador. *Código de Processo Civil Interpretado*. 3ª edição. – São Paulo : Atlas, 2008, pg. 844.

deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final. Nada obsta, portanto, que, diante de pedido de antecipação de efeitos, o juiz defira tutela meramente conservativa e vice-versa.¹⁰³

Também aspectos procedimentais não constituem óbices à substituição de uma medida por outra. Pleiteada tutela cautelar em procedimento autônomo, antecedente ou incidental, nada impede seja concedida providência de caráter antecipatório, desde que presentes os requisitos legais.¹⁰⁴

Outra conseqüência inerente ao § 7º é a redução de processos cautelares autônomos. Se agora é possível, pela fungibilidade, deferir-se cautelar conservativa em lugar da antecipação requerida no próprio processo cognitivo, não seria admissível a adoção dessa mesma técnica sempre que a parte formule pedido de tutela cautelar incidental? Não estaria eliminada a exigência de ação, processo e procedimentos autônomos para as cautelares conservativas e nominadas? Parece que sim. Aliás, a adoção da fungibilidade constitui demonstração inequívoca da identidade entre ambas as modalidades de tutela de urgência e provisória.¹⁰⁵

Essa alteração revela a necessidade de aproximação das espécies de tutela sumária urgente e provisória, a fim de que recebam o mesmo tratamento jurídico.¹⁰⁶

Fungibilidade não significa, evidentemente, possa o juiz exceder os limites da própria demanda. Se entre o pronunciamento final e o pedido inicial deve haver congruência, correlação, não se admite a antecipação de efeitos não contidos na pretensão deduzida pelo autor a título de tutela definitiva. O limite da antecipação é o próprio provimento satisfativo final favorável ao autor. Mais do que isso, não pode o juiz conceder antecipadamente.¹⁰⁷

7.3 Posicionamentos Doutrinários

Com a Reforma do Código de Processo Civil, em que a Lei nº 10.444 de 07 de maio de 2002 incluiu o § 7º no artigo 273 do Código de Processo Civil, ficou

¹⁰³ MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. 3ª edição. – São Paulo : Atlas, 2008, pg. 844.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ *Idem*.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pg. 845.

instituído expressamente em nosso ordenamento jurídico vigente o princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência.

Diversas controvérsias surgiram, dentre elas, se a aplicação do referido princípio era de mão-dupla, ou seja, se seria aplicado na hipótese de um pedido de natureza cautelar proposto erradamente na hipótese de cabimento de uma tutela satisfativa e também na hipótese de um pedido de tutela antecipada proposto erradamente na hipótese de cabimento de uma tutela cautelar.

Nessa parte do trabalho, veremos algumas posições doutrinárias com relação a essa inovação no ordenamento jurídico, especificamente em nosso Direito Processual Civil, embora já tivermos tratado da interpretação do referido parágrafo.

Para Arruda Alvim, em respeito à fungibilidade que passou a ser admitida pelo legislador, trata-se de hipótese de medida cautelar requerida como antecipação de tutela, ou desta por aquela, novidade que revela a tônica que parece nortear as últimas reformas processuais que têm sido levadas a efeito: imprimir maior efetividade e instrumentalidade ao processo.¹⁰⁸

Portanto, em prol da efetividade da tutela jurisdicional, passa-se a adotar a tese de que, em certos casos, o § 7º do art. 273 permitirá a fungibilidade em ambos os sentidos, se presentes os pressupostos exigidos para a substituição de uma por outra medida de urgência. Modifica-se, neste passo, opinião anterior, na qual se admitia a fungibilidade somente da tutela antecipada para a cautelar, e, não inversamente.¹⁰⁹

Com efeito, essa fungibilidade, tendo em vista a efetividade e instrumentalidade do processo, deve ser considerada em ambos os sentidos, i.e., da tutela antecipada para o campo da cautelar, mas também inversamente. Apesar dos requisitos da tutela antecipada serem mais robustos – pois há maior intensidade na exigência em relação à aparência do direito, i.e., verossimilhança é requisito mais denso do que *fumus boni iuris* -, em princípio, nada impede que também possam estar presentes os requisitos para a antecipação, por se tratar, em rigor e fundamentalmente, de uma questão de grau. Se os requisitos são ontologicamente os mesmos, o que irá ser verdadeiramente relevante é a observação dos requisitos que comportam a medida cautelar e a tutela antecipada. É nisso que a lei inovou,

¹⁰⁸ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil, volume 2 : processo de conhecimento*. 10. Ed. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, pg. 396.

¹⁰⁹ *Idem*.

ainda que na práxis já houvesse esse entendimento.¹¹⁰

O que expressamente veio objetivar o legislador, com o referido § 7º ao art. 273, é manifestamente que, por defeito de postulação, requerendo antecipação de tutela, mas em realidade a providência que haveria de ter sido requerida teria sido de natureza cautelar, o juiz deverá deferir a medida cautelar, “em caráter incidental ao processo ajuizado”.¹¹¹

A fungibilidade, portanto, ocorre da antecipação de tutela para a medida cautelar e da cautelar para a antecipação. A fundamentação desta fungibilidade em ambos os sentidos foi, inclusive, erigida à garantia constitucional, pois com a EC n. 45 ficou expressamente assegurado a todos, no âmbito judicial, o uso de meios céleres para evitar que ocorra qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, LXXVIII, da CF). E um desses meios céleres é, sem sombra de dúvida, a tutela antecipada, mesmo que erroneamente pleiteada como medida cautelar.¹¹²

Além disso, em certa escala, o próprio erro de forma não tem significação mais expressiva em prejuízo do direito, tendo em vista o disposto do que já constava e subsiste no art. 250 do CPC, ainda mais quando o ato realizado de outro modo atinge a sua finalidade (art. 244 do CPC).¹¹³

Com o escopo de concretizar a efetividade e a instrumentalidade do processo deve, portanto, o magistrado ater-se a um critério substancial na interpretação da fungibilidade prevista no art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil.¹¹⁴

Desse modo, verificamos que para Arruda Alvim, a fungibilidade é admitida em ambas as hipóteses, tanto da cautelar para a antecipação como também no inverso.

Para Luiz Orione Neto, o objetivo visado pela norma é permitir a fungibilidade de pedidos das tutelas de urgência – de tutela antecipada para cautelar ou vice-versa – nos casos de dúvida objetiva entre um provimento de urgência ou outro, critério semelhante ao adotado no âmbito dos recursos, para fins de aplicação do princípio da fungibilidade recursal.¹¹⁵

De modo algum, o novel parágrafo autoriza a ilação de que é possível pleitear

¹¹⁰ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil, volume 2 : processo de conhecimento*. 10. Ed. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, pg. 396 – 397.

¹¹¹ *Ibidem*, pg. 397.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil, volume 2 : processo de conhecimento*. 10. Ed. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, pg. 397.

¹¹⁴ *Ibidem*, pg. 398.

¹¹⁵ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 68.

aos borbotões medida cautelar no próprio processo de conhecimento. Pelo contrário! Tal preceito, partindo do pressuposto de que, em algumas situações, é nebulosa a natureza da tutela de urgência pleiteada – se satisfativa ou cautelar -, almeja apenas ressalvar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento. Apenas isso!¹¹⁶

Temos para nós que a concessão de uma tutela cautelar quando requerida a antecipação deve seguir as tradições de nosso direito no que tange ao fenômeno da fungibilidade. Significa dizer que somente assim procederá o juiz quando verificar dúvida fundada e não ocorrer erro grosseiro. Em nosso entendimento, se o autor faz pedido que é sem qualquer sombra de dúvidas pertencente ao campo das cautelares, e tal situação fica muito clara nas cautelares nominadas, não deve o juiz conceder a tutela cautelar de forma incidental, negando o pedido de antecipação de tutela e remetendo o autor para as vias regulares. Entendimento em sentido oposto acabaria com o processo cautelar, já que bastaria ao autor requerer a medida sob a forma de tutela antecipada que essa seria concedida devido a pretensa fungibilidade, quando na verdade o autor está fugindo dos requisitos específicos de cautelar nominada.¹¹⁷

Por fim, conclui Luiz Orione Neto que o § 7º do art. 273 do CPC, só interfere na autonomia procedimental do processo cautelar, dispensando a sua instauração em separado, em casos excepcionais, ou seja, quando for razoável e fundada a dúvida em relação à exata identificação da tutela urgente, se satisfativa ou cautelar, ou vice-versa. Daí ser possível admitir – dentro desse enfoque – a chamada fungibilidade de mão dupla, pois a dúvida objetiva tanto pode ocorrer na *fungibilidade regressiva*, de antecipação da tutela para providência cautelar – seguramente a mais comum – como na *fungibilidade progressiva*, de providência cautelar para tutela antecipada.¹¹⁸

Ao tratar do assunto, Humberto Theodoro Junior dispõe que depois de promover a categorização das duas modalidades de tutela de urgência, o direito processual moderno reconheceu que ambas sendo espécies de um só gênero, e sendo comuns os seus requisitos básicos – aparência de bom direito e perigo de dano gerado pela demora do processo -, não deve o juiz adotar um excesso de

¹¹⁶ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 69.

¹¹⁷ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo : Saraiva, 2004, pg. 69 *apud* Daniel A. Assumpção Neves et al., Nova reforma processual civil comentada, 2. Ed., São Paulo : Método, 2003, p. 127-129.

¹¹⁸ *Ibidem*, pg. 69 - 70.

tecnicismo na análise das características e exigências práticas para classificar, apreciar e definir, *in concreto*, o que é medida cautelar e o que é medida antecipatória de mérito.¹¹⁹

Embora haja tecnicamente uma nítida separação entre medida cautelar e medida de antecipação de tutela, ambas pertencem ao gênero comum da tutela de prevenção, sendo, às vezes, do ponto de vista prático, difícil identificar a medida concreta como pertencente a esta ou àquela modalidade preventiva. Por isso, a Lei nº 10.444, de 07.05.2002 instituiu a fungibilidade entre as duas tutelas, permitindo que sob o rito da antecipação se defira medida cautelar, desde que presentes os seus pressupostos (art. 273, § 7º).¹²⁰

Para Clito Fornaciari Júnior, “se do ponto de vista teórico a questão é clara, sendo possível apartarem-se facilmente os casos de tutela dos casos de cautelar, sob o prisma prático a questão gera desconforto, sendo corriqueiros os casos em que, por meio de procedimentos cautelares, postula-se, em essência, a tutela antecipada, e outros em que, invocando-se tutela antecipada, na realidade, pretende-se providência de ordem cautelar.”¹²¹

Ademais, a importância da distinção e, em contrapartida, o risco de não se obter o resguardo pretendido se agravava em vista de a tutela antecipada ser reclamada nos próprios autos da ação principal, quase sempre em um simples tópico da petição inicial ou simples petição posterior, enquanto, a seu turno, a medida cautelar exigir petição autônoma, sujeita aos requisitos do art. 282 do CPC, e que faz criar autos autônomos em que se processa, até seu final julgamento.¹²²

Continuando, a idéia que transparece da leitura do parágrafo acrescido é a da fungibilidade entre os procedimentos cautelares e os pedidos de tutela antecipada, de modo que o autor não seria prejudicado por requerer, sob o nome de tutela antecipada, providência cautelar, posto que ao juiz seria dado deferir esta, embora requerida sob o título daquela. Confirma a idéia de aproveitamento do pedido errado, a menção, no texto, a requerer, a título de antecipação de tutela, providência de natureza cautelar, dado que se misturam dois institutos diferentes, cada qual sujeito a um regime jurídico apropriado, entendendo-se que o erro de forma não

¹¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, pg. 33.

¹²⁰ *Ibidem*, pg. 81.

¹²¹ FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Processo Civil: Verso e Reverso*. 1ª edição. – São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2005, pg. 220.

¹²² *Idem*, pg. 220.

prejudicaria.¹²³

A inovação em tela não fica restrita, tal como se exigia nos casos de fungibilidade dos recursos (art. 810 do CPC), aos casos de dúvida quanto à medida correta e nem à inexistência de erro grosseiro. Muito menos se requer que o requerente apresente um disfarce e denomine de tutela antecipada aquilo que, na essência, é cautelar. O objetivo do legislador parece ter sido – e uma melhor precisão não teria feito mal algum – permitir, simplesmente, que as providências de ordem cautelar intencional e consciente também fossem formuladas por simples petição nos próprios autos principais, sem necessidade de se seguir o rito previsto para as medidas cautelares.¹²⁴

Com isso, o procedimento específico das cautelares fica bastante esvaziado. Diante da literalidade da regra, o rito específico das cautelares se restringiria ao réu e às medidas cautelares preventivas e preparatórias, não se podendo descartar que, até quanto a essas, a exegese sistemática, presente o princípio da igualdade processual, deverá conduzir a seu afastamento, porque ao réu também seria possível reclamar, por simples petição, a cautelar e, mesmo nos procedimentos preventivos e preparatórios, a medida poderia ser requerida como liminar.¹²⁵

Não resta dúvida que a novel forma acode, com sobras, à praticidade; porém, há de se convir, representa mais uma afronta a um instituto cientificamente muito bem delineado e que recebera, em nossa legislação, um tratamento condizente com sua importância. De qualquer modo, não se pode perder de vista o risco de a facilitação do pleito cautelar poder banalizá-lo e, nesse caso, perderá o processo e também a sua sonhada e cada vez mais distante rapidez.¹²⁶

Para o Professor Darlan Barroso, acerca do § 7º do art. 273, determina o referido dispositivo que, caso o autor pleiteie tutela antecipada no lugar de medida de natureza cautelar, poderá o juiz deferir a medida cautelar incidental, quando presentes os requisitos para tanto.¹²⁷

De fato, o § 7º permite o deferimento de medida cautelar no lugar da antecipação da tutela, caso entenda o magistrado que a medida correta, dada a

¹²³ FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Processo Civil: verso e reverso*. 1ª edição. – São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2005, pg. 221.

¹²⁴ FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Processo Civil: verso e reverso*. 1ª edição. – São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2005, pg. 221, 222.

¹²⁵ *Ibidem*, pg. 222

¹²⁶ *Idem*, pg. 222.

¹²⁷ BARROSO, Darlan. *Manual de Direito Processual Civil; Vol. 1*. 1ª Edição. - Barueri, SP : Manole, 2003, pg. 319.

natureza do caso, assemelha-se mais à providência cautelar de segurança do que à medida satisfativa antecipatória.¹²⁸

A fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar é previsão que prestigia o princípio pelo qual deve o Judiciário conferir à parte provimento eficaz para evitar a lesão (art. 5º, XXXV da Constituição), bem como o princípio que prestigia a economia processual.¹²⁹

7.4 Utilidade no Processo Civil

Conforme vimos alhures, um dos principais objetivos estampados nas tutelas de urgência, que se enquadra como aspecto positivo ao processo civil, é o de garantir a efetividade do processo, não se afastando desse objetivo a aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência

Pode-se afirmar que o processo atingiu a efetividade quando ele alcançar sua finalidade de forma positiva, garantindo-se a tutela de forma adequada e tempestiva.

Assim, dentre outras finalidades e outros meios, a aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência se encontra como um dos mecanismos para se garantir a efetividade da tutela jurisdicional em prol da justiça.

Além de buscar a garantia da efetividade, atende a outros princípios específicos do processo civil e até mesmo princípios constitucionais.

Dentre eles, atende ao princípio da economia que “preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividade processuais. E ainda, (...) se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa.”¹³⁰

Acolhe tal princípio, pois na medida em que o juiz recebe uma medida cautelar, proposta erradamente como tutela antecipada, busca-se evitar que o requerente ingresse novamente no judiciário para pleitear a medida correta e que com isso gere um dispêndio tanto financeiro como de tempo.

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ BARROSO, Darlan. *Manual de Direito Processual Civil; Vol. 1*. 1ª Edição. - Barueri, SP : Manole, 2003, pg. 320.

¹³⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Pg. 74.

Visa também atender ao princípio constitucional da razoável duração do processo, insculpido no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal:

*“Art. 5º, LXXV, CF - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”*¹³¹

Acerca do assunto, Pedro Lenza afirma que “resta não conformar com a aludida previsão, já que, como o comando determina, são assegurados os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo.”¹³²

Conforme sinalizou Grinover, “esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à constituição, derivando de ordem expressa da Emenda n. 45/2004. Trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação”.¹³³

Desse modo, verifica-se que a fungibilidade entre as tutelas de urgência é um desses meios citados no inciso acima citado para se alcançar a celeridade processual.

Outro princípio de suma importância que se relaciona com a fungibilidade é o princípio da instrumentalidade das formas que procura buscar mais o conteúdo do ato processual, do que a sua forma. Atingindo o ato processual a sua finalidade, mitiga-se a forma. Nesse sentido, dispõe o artigo 154 do Código de Processo Civil:

*Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.*¹³⁴

Admitindo-se a fungibilidade, verifica-se relação direta com o princípio da instrumentalidade das formas eis que se mitiga a forma, pois se aceita uma medida proposta erradamente, em razão do seu conteúdo.

Desse modo, verifica-se que a aplicação da fungibilidade tem grande utilidade para o direito processual civil, atendendo a vários princípios dessa ciência como o

¹³¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade Mecum Saraiva. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pgs. 10, 11.

¹³² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, pg 723.

¹³³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, pg 723 *apud* Ada Pellegrini Grinover, A necessária reforma infraconstitucional, *in* André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), Reforma do Judiciário, São Paulo: Método, 2005, pg. 501.

¹³⁴ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Vade Mecum Saraiva. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 398.

princípio da economia, da celeridade, da instrumentalidade das formas, etc., e corroborando o com a busca da efetividade do processo.

7.5 Posição da Jurisprudência

Analisaremos nesta parte do trabalho a posição da jurisprudência moderna acerca da aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, verificando alguns julgados de alguns tribunais de nosso país.

Cabe salientar que a jurisprudência tem grande importância em nosso ordenamento jurídico, eis que se enquadra como uma das fontes do direito.

Para Miguel Reale, *“pela palavra jurisprudência (stricto sensu) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa por meio do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais (...). Criando ou não Direito novo, com base nas normas vigentes, o certo é que a jurisdição é uma das forças determinantes da experiência jurídica, tendo razão Tullio Ascarelli quando afirma que, se os precedentes jurisprudenciais não exercem, nos países de tradição romanística, o papel por eles desempenhado na experiência do common Law, nem por isso é secundária a sua importância. Pode mesmo dizer-se que o seu alcance aumenta dia a dia, como decorrência da plethora legislativa e pela necessidade de ajustar as normas legais cada vez mais genéricas ou tipológicas, como modelos normativos abertos (Standards) às peculiaridades das relações sociais.”*¹³⁵

Acerca do assunto, verifica-se que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento ao Recurso Especial 1150334¹³⁶, reconhecendo a aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, inteligência do artigo 273, § 7º, do CPC, conforme se verifica na seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA - PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CARÁTER SATISFATIVO - TUTELAS DE

¹³⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª Ed., São Paulo : Saraiva, 2001, pg. 159.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1150334/MG (2009/0142390-3). Recorrente: Status Celulares LTDA. Recorrido: Claro S/A. Relator: Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma, julgado em 19.10.10, DJe 11/11/2010.

URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - POSSIBILIDADE - ART. 273, PAR. 7º, DO CPC - INTERESSE DE AGIR - EXISTÊNCIA, IN CASU - RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, PARA PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Nos termos do art. 273, § 7º, do CPC, admite-se a fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela, sendo possível, portanto, o recebimento do pedido cautelar como antecipação da tutela;

II - O entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que carece interesse de agir a parte que apresenta medida cautelar com pedido de antecipação de tutela, não se coaduna com a jurisprudência do STJ sobre a matéria;

III - Recurso especial provido.

(REsp 1150334/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 11/11/2010).

Importante ressaltar as palavras do Ministro relator Massami Uyeda: “(...) observa-se que esta Corte tem entendimento no sentido de que, nos termos do art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil, admite-se a fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela, sendo possível, portanto, o recebimento do pedido cautelar como antecipação da tutela.”.

A 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça também proferiu decisão no mesmo sentido, dando provimento ao Recurso Especial nº 1011061¹³⁷, conforme se verifica na ementa a seguir:

“PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - TUTELAS DE URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 7º, CPC – MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO MEIO ADEQUADO - INTERESSE DE AGIR - RECONHECIMENTO.

1. O art. 273, § 7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela e reconhece o interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela. Precedentes do STJ.

2. Recurso especial conhecido e provido para que, superada a extinção do

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1011061/BA (2007/0255575-3). Recorrente: Município de Santa Maria da Vitória. Recorrido: União. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma, julgado em 23.03.09, DJe 24/04/09.

processo por ausência de interesse processual, a Corte de origem prossiga no julgamento dos recursos oficial e voluntário.

A respeito do julgamento desse recurso, a relatora Ministra Eliana Calmon, afirma em seu voto¹³⁸ “*que pleito acautelatório não se confunde com pedido de antecipação da tutela, embora ambas sejam espécies do gênero tutela de urgência. Como ambas as tutelas advêm da mesma origem, o processo civil brasileiro reconhece a aplicação da fungibilidade das tutelas de urgência. Assim, se o pedido foi cautelar, poderá ser recebido como antecipatório da tutela, quando visualizados os requisitos correspondentes a cada uma das tutelas (...). Em harmonia com a doutrina, a jurisprudência do STJ patenteou o entendimento segundo o qual o art. 273, § 7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela e reconhece o interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela.*”

Continuando, cita os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FUNGIBILIDADE ENTRE AS MEDIDAS CAUTELARES E AS ANTECIPATÓRIAS DOS EFEITOS DA TUTELA. ART. 273, § 7.º, DO CPC. INTERESSE PROCESSUAL.

- O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 653381/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2006, DJ 20/03/2006 p. 268)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA – CONCESSÃO POR MEDIDA CAUTELAR (ARTS. 273, § 7º DO CPC E 115, V DO CTN) – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA.

1. Direciona-se esta Corte no sentido de reconhecer a possibilidade de concessão de medida cautelar em lugar de tutela antecipada, quando não

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1011061/BA (2007/0255575-3). Recorrente: Município de Santa Maria da Vitória. Recorrido: União. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma, julgado em 23.03.09, DJe 24/04/09.

estão presentes os requisitos para concessão desta medida. Aplicação do art. 273, § 7º do CPC.

2. Firmado, também, entendimento quanto à possibilidade de o devedor ajuizar ação cautelar para obter certidão positiva com efeito de negativa, mediante antecipação da garantia do juízo.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 628388/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 03/10/2005 p. 181).”

Superada a breve análise da posição do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, sobre o mesmo aspecto analisaremos decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de verificar-se o atual entendimento da referida Corte.

Constata-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo tem decidido no mesmo sentido, tanto é que a 6ª Câmara deu provimento por unanimidade ao recurso de apelação nº 234816920128260002¹³⁹, aplicando-se a fungibilidade, conforme se verifica na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. INDEFERIMENTO DE INICIAL. Carência. Medida Cautelar ao invés de Tutela Antecipada. Insubsistência. Fungibilidade das tutelas de urgência. Parágrafo 7º do art. 273 do CPC. Ensino doutrinário e precedente da Câmara. Sentença reformada, para afastar a extinção do feito. Apelo provido.

No mesmo sentido decidiu a 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, admitindo a aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, conforme se verifica no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0.178.673-98.2012.8.26.0000¹⁴⁰, convertendo a ação em cautelar de sustação de protesto, conforme consta na ementa a seguir:

Agravo de instrumento. Declaratória de inexigibilidade de título, cumulada com antecipação da tutela. Interlocutória que indeferiu a liminar e converteu a ação em cautelar de sustação de protesto. Decisão reformada. A sustação de

¹³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 234816920128260002. Apelante: Robert Neilson. Apelado: Jean Stênio Gonçalves Feitosa. Relator: Desembargador Percival Nogueira. 6ª Câmara de Direito Privado, julgado em 27.09.2012, Data do registro 28.09.12.

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 1786739820128260000. Agravante: BK Brasil Operação e Assessoria a Restaurantes S/A. Agravado: JDA Serviços em Equipamentos Diversos LTDA. Relator: Desembargador Natan Zelinschi de Arruda. 4ª Câmara de Direito Privado, julgado em 13.09.12, Data do registro 16.09.12.

protesto está apto a ser formulado nos mesmos autos da declaratória, ante a fungibilidade existente entre as tutelas cautelares e antecipatórias, pelo fato de ambas serem medidas de urgência. A sustação deverá ocorrer mediante caução. Agravo de instrumento provido.

Verifica-se no voto do relator a aplicação da fungibilidade: *“Malgrado a ação verse sobre declaratória de inexigibilidade de título, o pedido de antecipação da tutela com vistas a sustação de protesto está apto a ser formulado nos mesmos autos, ante a fungibilidade existente entre as tutelas cautelares e antecipatórias, pelo fato de ambas serem medidas de urgência.”.*

Ainda: *“Convém anotar que o pedido antecipatório possui nítido caráter cautelar, o que é perfeitamente admitido pelo ordenamento jurídico vigente, logo, não há de se exigir a propositura de ação cautelar de sustação de protesto, podendo, o pedido liminar ser veiculado nos próprios autos da ação declaratória de inexigibilidade de título, também em observância aos princípios da economia e celeridade.”.*

No Agravo de Instrumento nº 1238303 - 0/6¹⁴¹, a 32ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, também reconhece a aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, negando provimento ao recurso, conforme veremos a seguir.

Consta do relatório do referido Agravo de Instrumento que o recurso foi interposto contra a decisão proferida nos autos do pedido de tutela antecipatória incidental à ação de reparação de danos, fundada em acidente de veículos, que concedeu a tutela pleiteada e deferiu o bloqueio de eventual alienação do seu veículo, alienado fiduciariamente a terceira, determinando a expedição de ofício à CIRETRAN. A agravante alegou que o pedido é de bloqueio de bens e não de antecipação de tutela, como entendeu a douta magistrada a quo. Pleiteando por fim o provimento do recurso para declarar nula a decisão ou desbloquear o bem constritado.

O Relator Desembargador Walter Zeni, em seu voto, alega que *“em verdade, no caso, o pedido incidental à ação de reparação de danos não se trata de tutela antecipada, e nem a tanto, assim entendeu a d. magistrada, mas de medida cautelar*

¹⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 1238303 – 0/6. Agravante: Maria Carolina Ferrari Garcia. Agravado: Empresa Auto Ônibus Macacari LTDA. Relator: Desembargador Walter Zeni. Trigesima Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 16.04.09. Data do Registro: 27.05.09..

em caráter incidental, que pode ser intentada a todo tempo e concedida no curso do processo de conhecimento, verificada a presença dos requisitos ensejadores, como se extrai da r. decisão vergastada.”

Continuando, “a Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, que acrescentou o parágrafo 7º, ao artigo 273, estabeleceu a regra da fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada, dispondo: 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”.

*Fundamentou juridicamente o voto da seguinte maneira: “comentando o dispositivo, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, com sua proficiência de sempre, anota que 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”, esclarecendo, em seguida, que o procedimento pode ser o mesmo, não se tratando de proceder de um modo, havendo o autor pedido que se procedesse de outro, mas, “trata-se de autêntica fungibilidade de pedidos, no sentido de que, nominalmente postulada uma daquelas medidas, ao juiz é lícito conceder a tutela a outro título”, na medida em que “é regra de direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito”, pois, o que importa “é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que postula. Tal é o significado e a medida de aplicação da regra da *mhi factum dabo tibi jus*, inerente ao princípio da substanciação, que o Código de Processo Civil consagra” (“A Reforma da Reforma”, Malheiros Editores, 2ª ed., pg. 91/93). No caso vertente, a agravada pleiteou, em verdade, uma tutela judicial cautelar uma vez que a pretensão é assegurar a efetividade e o resultado útil do processo e não adiantar, no todo ou em parte, os efeitos pretendidos com a sentença de mérito a ser proferida ao final. Daí, ser plenamente possível a concessão de medida liminar, com aplicação do princípio da fungibilidade das tutelas de urgência, pois a medida cautelar não serve ao direito da parte, mas ao processo, visando dar-lhe eficiência e utilidade ao instrumento que o Estado engendrou para solucionar os conflitos de interesses (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Processo*

Cautelar", ed. LEUD, 4a ed., p. 61). O risco de dano que o processo cautelar previsto no art. 798, do Código de Processo Civil visa tutelar não se refere ao direito da parte, mas apenas ao interesse colocado subjudice (ob. cit. p. 104).¹⁴²

Dentro do tema, analisando alguns julgados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, trazemos à colação o recurso de Apelação nº 70025638487¹⁴³ em que se reconhece a aplicação do princípio da fungibilidade, no caso em específico, da fungibilidade inversa, nesse sentido consta na ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA DE FILHOS. CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FUNGIBILIDADE. POSSIBILIDADE. A fungibilidade das tutelas de urgência - medida de natureza cautelar e antecipação de tutela - deve ser aplicada quando o julgador identificar que a parte equivocou-se ao ingressar com pedido cautelar, quando na verdade, a natureza da pretensão é antecipatória. É a chamada fungibilidade inversa, pois vai no sentido contrário à previsão legal do artigo 273, §7º do Código de Processo Civil. Hipótese amplamente difundida por essa Corte e que melhor atende a instrumentalidade e a necessidade de ágil prestação jurisdicional, exigida pelas tutelas de urgência. Verificado que autor ingressou equivocadamente com pedido cautelar, quando na verdade seria o caso de antecipação de tutela, é de rigor a desconstituição da sentença e o prosseguimento do feito. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70025638487, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/03/2009)

Conforme consta do relatório, trata-se de ação cautelar, pleiteando a guarda do filho menor. O juiz de primeiro grau proferiu sentença, entendendo ausente o interesse jurídico no prosseguimento da demanda, extinguindo o feito, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil. Foi interposto recurso de apelação contra essa sentença, visando à reforma da respeitável decisão do juiz a quo, alegando o apelante que seu filho de nove anos está exposto a risco na casa de sua genitora. Afirma que o local onde reside seu filho é utilizado para comercializar objetos de procedência ilícita.

¹⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 1238303 – 0/6. Agravante: Maria Carolina Ferrari Garcia. Agravado: Empresa Auto Ônibus Macacari LTDA. Relator: Desembargador Walter Zeni. Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 16.04.09. Data do Registro: 27.05.09.

¹⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70025638487. Apelante: D.F.M. Apelado: M.G.M.L. Relator: Desembargador Rui Portanova. Oitava Câmara Cível, julgado em 12.03.09. DJ 18.03.09.

Assevera ser urgente a verificação das condições e companhias as quais está sujeito o menor.

O Ministério Público, ao se manifestar no feito, opinou pelo provimento do recurso, nos seguintes termos:

“É evidente que o provimento pretendido pelo ora apelante era de antecipar os efeitos da sentença (tutela de urgência interinal – antecipação de tutela) e não tutela de urgência cautelar, meramente assecuratória. O magistrado de primeiro grau vislumbrou a “inadequação da técnica processual eleita” (fl. 13-v), o que resultou na extinção do feito, com base no art. 267, IV, CPC. Entretanto, adianto que a decisão ora atacada merece ser desconstituída.”¹⁴⁴

Continuando, refere-se ao § 7º do Artigo 273 do Código de Processo Civil: “o parágrafo acima transcrito prevê o princípio da fungibilidade, o qual flexibiliza o rigor técnico digno do direito formal, objetivando a prestação célere e efetiva da Justiça. Por certo que a previsão diz respeito ao deferimento de medida cautelar, quando foi requerida antecipação de tutela. Citam-se, diversos julgados nesse sentido: a jurisprudência tem entendido ser possível a fungibilidade inversa, a exemplo dos julgados abaixo colacionados:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. NECESSIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVAS. 1. Observados os pressupostos justificadores da providência de urgência, deve-se analisar o pedido de tutela pleiteado, seja antecipatório ou cautelar, mesmo que a via processual eleita não seja a mais adequada. Fungibilidade das tutelas de urgência. 2. Vislumbra-se que há verossimilhança quanto à alegação feita, de sorte que a referida prova se mostra indispensável para a solução da lide. 3. Ademais, em se tratando de imóvel em que reside a parte autora, há de ser produzida a prova de forma célere, tendo em vista que se vislumbra a existência de dano de difícil reparação, pois os prejuízos noticiados dificultam a habitação e podem ocasionar danos à saúde dos moradores. Agravo de instrumento provido de plano. (Agravo de Instrumento Nº 70023495344,

¹⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação n° 70025638487. Apelante: D.F.M. Apelado: M.G.M.L.. Relator: Desembargador Rui Portanova. Oitava Câmara Cível, julgado em 12.03.09. DJ 18.03.09.

Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 27/08/2008) (Grifei)

APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. TUTELA DE URGÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DISTINÇÃO. FUNGIBILIDADE. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAS A RESPEITO. Não há óbice legal ao conhecimento de medida de natureza antecipatória, pretendendo o urgente atendimento de efeito prático para satisfação de eventual direito a ser reconhecido em ação principal Declaratória de Inexigibilidade de Título, pleiteada em ação cautelar inominada, quando o § 7º, do art. 273, do CPC, acrescentado pela lei n º 10.444/2002, admitiu a fungibilidade das duas pretensões, cautelar e antecipatória, denominada nessa Corte de “fungibilidade inversa”. Apelo provido para desconstituir a sentença. (Apelação Cível Nº. 70014657175, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 14/06/2007). (Grifei)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR INOMINADA. LIMINAR. FUNGIBILIDADE ENTRE A CAUTELAR E PLEITO TÍPICO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUMENTO DE CARGA DE ENERGIA ELÉTRICA. DÉBITO DE TARIFA DE ULTRAPASSAGEM. IMPOSSIBILIDADE DE DENEGAÇÃO QUANDO QUESTIONADO O VALOR DO DÉBITO. 1. A fungibilidade da medida de natureza cautelar e da antecipação de tutela é permitida quando formulada em ação cautelar inominada, desde que presentes os pressupostos. Tal formulação inversa é pedido de medida cautelar quando na verdade o objetivo é a antecipação de tutela que vem se mostrando forte na jurisprudência desta Corte. 2. Mostra-se viável o atendimento do pleito liminar para determinar o aumento de carga no fornecimento quando a Cooperativa requerente comprovou estar em negociações para adimplir o débito referente a tarifa de ultrapassagem, demonstrando intenção de quitá-lo. Nessas hipóteses, é vedado ao credor tomar medidas que constringam o devedor ou coajam-no a efetuar o pagamento dos valores que a concessionária unilateralmente entende devidos. Rejeito a preliminar e negaram provimento. Unânime. (Agravo de Instrumento Nº 70019040120, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de

Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 13/11/2007. (Grifei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. PROCEDIMENTO CAUTELAR ELEITO. HIPÓTESE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FUNGIBILIDADE. VIABILIDADE DE CONVERSÃO. ARRENDAMENTO RURAL. RETOMADA. No direito brasileiro não há tipicidade de ações. O que define a natureza jurídica da ação não é o nomen juris atribuído, mas o conteúdo da pretensão deduzida em juízo. A chamada cautelar satisfativa é admitida pela jurisprudência e pela doutrina. Fungibilidade agora reconhecida em lei (CPC, art. 273, § 7º). No mérito, vê-se que o contrato de arrendamento rural já estava findo quando do ajuizamento da ação, e a gleba inclusive já arrendada para terceiro, descabendo a medida pleiteada. Voto vencido. AGRAVO IMPROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70005587654, NONA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARA LARSEN CHECHI, JULGADO EM 25/06/2003, (Grifei).

AÇÃO INDENIZATÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CAUTELAR. FUNGIBILIDADE. POSSIBILIDADE LEGAL. Em princípio, possui razão o juízo agravante ao concluir pelo não preenchimento dos requisitos necessários para a antecipação de tutela pretendida. No entanto, examinada a questão sob outro prisma, verifica-se que a sucessão agravante, em verdade, pretende obter medida cautelar contra alienação de bens, com base na ação indenizatória que está promovendo contra o agravado. Nesse caso, então, bastaria o fumus boni iuris e o periculum in mora, requisitos que aqui estão presentes. Quanto à possibilidade de adequação da medida de urgência pelo Juízo, a própria lei assim dispõe, no § 7º do art. 273, do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.444/2.002. Medida que visa prevenir direitos contra terceiros. AGRAVO PROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70007359623, DÉCIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ ARY VESSINI DE LIMA, JULGADO EM 11/03/2004.)”¹⁴⁵

O voto do Relator é no mesmo sentido, nos seguintes termos: “alegou o apelante, fatos que necessitavam, e necessitam ser investigados diante do eventual

¹⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70025638487. Apelante: D.F.M. Apelado: M.G.M.L. Relator: Desembargador Rui Portanova. Oitava Câmara Cível, julgado em 12.03.09. DJ 18.03.09.

*risco que o menor possa estar exposto. Não há como negar problemas procedimentais.*¹⁴⁶

*“O autor ingressou com pedido de natureza cautelar. Talvez fosse melhor, desde logo, um pedido satisfativo com requerimento de antecipação de tutela. A pretensão é de natureza satisfativa.”*¹⁴⁷

*“Contudo, “data venia”, estou em que é possível adequar, de ofício, a pretensão ao direito. Não esqueço a possibilidade de fungibilidade das tutelas de urgência – tutelas cautelares e antecipatórias da tutela (artigo 273, § 7º do Código de Processo Civil).”*¹⁴⁸

Desse modo, deram provimento ao presente recurso por unanimidade, aplicando-se o princípio da fungibilidade.

Destarte, constata-se que os Tribunais têm aplicado a fungibilidade entre as tutelas de urgência, atendendo, assim, a vários princípios do direito processual civil, tornando o processo mais efetivo.

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ *Idem.*

8 CONCLUSÃO

As tutelas de urgência apresentam-se como instrumentos eficazes para se garantir a efetividade do processo, bem como a sua celeridade. Trata-se de medidas que visam combater os riscos oriundos da demora do processo, que possam colocar em jogo a efetividade da tutela jurisdicional.

Com a Lei nº 10.444/02, que inseriu o § 7º no artigo 273 do CPC, estabelecendo a fungibilidade entre as tutelas de urgência, tivemos um grande avanço no direito processual civil, corroborando o objetivo do direito processual civil moderno em se adequar com realidade social e jurídica.

Sua aplicação mitiga o formalismo e está intimamente ligada ao princípio da instrumentalidade das formas, prevalecendo a finalidade do ato sobre sua forma com o conseqüente aproveitamento dos atos processuais, buscando-se assim atender aos ideais de celeridade processual, efetividade e até mesmo de justiça.

Todavia, para a aplicação da fungibilidade, tem de se observar certos requisitos, pois não se podem afrontar ou deixar de lado garantias constitucionais e processuais. Assim, não podemos nos esquecer do *due process of law*, garantia constitucional inerente ao Estado de Direito e estampada no artigo 5º, inciso LIV de nossa Constituição Federal, devendo inclusive, observância ao contraditório e a ampla defesa.

Tendo em vista a redação do § 7º do art. 273, surgiram diversos questionamentos quanto à possibilidade da aplicação da fungibilidade ser de mão-dupla ou não.

Não foi objeto do presente trabalho defender ou atacar a questão, mas sim, entender a problemática para poder proporcionar respostas e até mesmo chegarmos num consenso.

Desse modo, parte da doutrina entende que se aplicará a fungibilidade somente na hipótese de se ingressar erradamente com uma tutela antecipada no lugar de uma medida cautelar, hipóteses em que o juiz poderá conceder esta. Outros entendem que poderá o juiz conceder nas duas possibilidades, tanto quando a parte ingressar erradamente com uma tutela antecipada na hipótese de cabimento de medida cautelar, como na situação contrária.

Alguns doutrinadores chegaram a afirmar que a possibilidade de concessão de medida cautelar incidental no processo de conhecimento enfraquece o instituto do processo cautelar, cuja autonomia é reconhecida por toda a doutrina.

Superada tais observações, analisando a posição doutrinária e até mesmo jurisprudencial, pode-se afirmar que a questão aparenta estar pacífica no sentido de que a fungibilidade deve ser de mão-dupla, aplicada nas duas situações acima comentadas.

Com todo acerto, a doutrina alerta que algumas observações devem ser levadas em conta, pois a fungibilidade somente poderá ser aplicada quando preenchido os requisitos da medida correta. Assim, como os requisitos para a concessão da tutela antecipada são mais intensos, não pode restar dúvida de que estão preenchidos para a aplicação da fungibilidade. E com relação à concessão da medida cautelar incidental, deve ser analisado caso a caso com bom-senso, pois se a concessão incidental virar praxe poderá estar fracassado o instituto autônomo do processo cautelar.

Portanto, concluímos que a aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência foi introduzida em nosso ordenamento como uma das formas de desburocratização do processo, para atingir de forma mais célere e efetiva a adequada tutela jurisdicional. Sabe-se que a demora do processo gera uma possibilidade grande da ocorrência de danos ao direito da parte em obter uma tutela satisfativa do Poder Judiciário. A jurisprudência mostra-se pacífica no sentido de reconhecimento e aplicação da fungibilidade conforme analisado no trabalho. Em que pese algumas críticas ao instituto, diversas são as suas vantagens ao Direito Processual Civil moderno, corroborando com ideal de acesso à justiça, efetividade e ainda, com a própria Justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. *A fungibilidade e a tutela antecipada no Direito Processual Civil moderno: tonalidade inovadora da Lei nº 10.444/2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 358, 30 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5400/a-fungibilidade-e-a-tutela-antecipada-no-direito-processual-civil-moderno>>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, vol. 2 : processo de conhecimento. 10. Ed. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

BARROSO, Darlan. *Manual de direito processual civil brasileiro*, vol. 1. 1ª. Edição. – Barueri : Manole, 2003.

BOSCO, Heleno. *Processo Cautelar*. Campinas: LZN Editora, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Vade Mecum Saraiva. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 1238303 – 0/6. Agravante: Maria Carolina Ferrari Garcia. Agravado: Empresa Auto Ônibus Macacari LTDA. Relator: Desembargador Walter Zeni. 32ª Câmara de Direito Privado, julgado em 16.04.09. Data do Registro: 27.05.09.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 1786739820128260000. Agravante: BK Brasil Operação e Assessoria a Restaurantes S/A. Agravado: JDA Serviços em Equipamentos Diversos LTDA. Relator: Desembargador Natan Zelinschi de Arruda. 4ª Câmara de Direito Privado, julgado em 13.09.12, Data do registro 16.09.12.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 234816 920128260002. Apelante: Robert Neilson. Apelado: Jean Stênio Gonçalves Feitosa. Relator: Desembargador Percival Nogueira. 6ª Câmara de Direito Privado, julgado em 27.09.2012, Data do registro 28.09.12.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70025638487. D.F.M. Apelado: M.G.M.L.. Relator: Desembargador Rui Portanova. Oitava Câmara Cível, julgado em 12.03.09. DJ 18.03.09.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1011061/BA (2007/0255575-3). Recorrente: Município de Santa Maria da Vitória. Recorrido: União. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma, julgado em 23.03.09, DJe 24.04.09.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1150334/MG (2009/0142390-3). Recorrente: Status Celulares LTDA. Recorrido: Claro S/A. Relator: Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma, julgado em 19.10.10, DJe 11/11/2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; **GRINOVER,** Ada Pellegrini; **DINAMARCO,** Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica. Uma tentativa de reenquadramento dogmático em face das últimas reformas processuais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/2917/liminar-em-mandado-de-seguranca-natureza-juridica-e-importancia-historica>>. Acesso em: 02 de outubro de 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. São Paulo : Editora Nova Fronteira S/A, 1995.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Processo Civil : Verso e Reverso*. 1ª edição. – São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2005.

GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. vol. 3, 18. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado : artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6ª edição. – Barueri, SP : Manole, 2007.

MARCATO, Antônio Carlos (coordenador). *Código de Processo Civil Interpretado*. 3ª edição. – São Paulo : Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do Novo Direito Processual Civil Brasileiro*. Curitiba : Juruá, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. V, 1ª. Ed. – Campinas : Millennium, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; **NERY**, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10 ed. rev., ampl. e atual. Até 1º de outubro de 2007. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Liminares no Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante*. São Paulo : Lejus, 1999.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª Ed., São Paulo : Saraiva, 2001.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, vl. 2. 10. Ed. -São Paulo : Saraiva, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2º volume. 24. Ed. - São Paulo : Saraiva, 2008.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3ª Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 7ª edição. – São Paulo : Saraiva, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto: colaboradores, Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello. *Código de Processo Civil Anotado*. 11ª edição. – Rio de Janeiro : Editora Forense, 2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 42ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. II. 45ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2010.

_____. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005.

XAVIER, Sérgio Souza. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 391, 2 ago. 2004. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/5523/consideracoes-sobre-a-tutela-jurisdicional-diferenciada/1>>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

ANEXOS

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.150.334 - MG (2009/0142390-3)

RELATOR : MINISTRO MASSAMI UYEDA
RECORRENTE : STATUS CELULARES LTDA
ADVOGADO : CHARLES FERNANDO VIEIRA DA SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO : CLARO S/A
ADVOGADO : JOAO CAPANEMA BARBOSA FILHO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):

Os elementos dos autos dão conta de que STATUS CELULARES LTDA., empresa autorizada a prestar serviços de telefonia móvel, ajuizou ação cautelar inominada preparatória, com pedido de liminar, em face de CLARO S. A., alegando, em síntese, o descumprimento, por esta última, de cláusulas de contrato de constituição de relações comerciais firmado entre as partes. Requereu, assim, em sede de liminar *inaudita altera pars*, a suspensão da eficácia de determinadas cláusulas do contrato havido entre as partes e de todos os aditivos contratuais, sob pena de pagamento de multa pecuniária, bem como que fosse impedida a inscrição do seu nome no cadastro de inadimplentes, até o julgamento final da demanda a ser proposta no trintídio legal (*ut fls. 30/53*).

Distribuída a medida cautelar, o r. Juízo de Direito da 16ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG deferiu o pedido de liminar *inaudita altera pars*, para "*determinar a suspensão da relação contratual existente entre as partes, com relação ao contrato e seus aditivos, ficando a ré impedida de promover qualquer cobrança em razão da rescisão contratual, entendendo-se multa e encargos decorrentes da rescisão, além de ficar também proibida a negativação do nome da autora em cadastros restritivos de crédito, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 até o limite de R\$ 20.000,00*" (fl. 482).

Citada, a CLARO S. A. opôs embargos de declaração à decisão deferitória de liminar (fls. 490/494) e apresentou contestação, sustentando, preliminarmente, a impropriedade do meio processual eleito, por conta do não cabimento de medida cautelar, dada a natureza satisfativa do caso em tela. Aduziu, ainda, a não comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requerendo a extinção do processo cautelar sem julgamento do mérito. No mérito, imputou à parte

ex adversa a culpa pelo inadimplemento das obrigações, afirmando serem devidas as penalidades por rescisão antecipada previstas no contrato (fls. 495/511).

O r. Juízo de Direito *a quo* rejeitou os embargos de declaração (fl. 555).

STATUS CELULARES LTDA. apresentou impugnação à contestação, reiterando, em síntese, todas as alegações trazidas na inicial (fls. 559/574).

CLARO S. A. interpôs agravo de instrumento, em face da decisão deferitória da liminar, alegando falta de interesse de agir da autora, inépcia da inicial por ausência de logicidade entre a causa de pedir e o pedido, impropriedade da via processual eleita e, no mérito, a ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

O Relator do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, monocraticamente, determinou a suspensão dos efeitos da decisão agravada (fls. 627/628).

STATUS CELULARES LTDA. apresentou contra-minuta ao agravo de instrumento, requerendo o seu improvimento (fls. 636/670).

O v. acórdão recorrido, da lavra do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acolheu a preliminar de falta de interesse de agir e determinou a extinção do processo, sem julgamento do mérito, conforme assim ementado:

"EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR CONCEDIDA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TELEFONIA MÓVEL. EMPRESA CREDENCIADA. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO CONTRATO E DE SUA RESCISÃO. PROVIMENTO FINAL. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. A ação cautelar tem como função garantir e preservar determinada situação fática, visando o perfeito cumprimento e aplicação da sentença a ser proferida na ação principal, cuja declinação é mister, razão pela qual deve ser útil para este fim, não podendo exaurir a lide em si mesma, posto que esta é função da ação principal" (fl. 674).

Ao acórdão da apelação, STATUS CELULARES LTDA. Opôs embargos de declaração (fls. 686/694), os quais foram rejeitados pelo Tribunal *a quo* (fls. 697/699).

No presente recurso especial, interposto pela STATUS CELULARES LTDA., com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal de 1.988, em que se alega negativa de vigência dos arts. 244, 460 e 801 do Código de Processo Civil, busca a recorrente a reforma do r. *decisum*, sustentando, em síntese, que a medida cautelar por ela ajuizada objetivou assegurar a efetividade da ação principal, não sendo, portanto, satisfativa. Aduz, outrossim, que, ainda que se entenda que a medida cautelar possua natureza satisfativa, a jurisprudência atual entende ser possível a fungibilidade processual entre as medidas cautelares e as tutelas antecipatórias, de modo a permitir ao juiz a conversão do pedido de tutela antecipada em medida cautelar, e vice-versa (fls. 702/716).

CLARO S. A., apesar de devidamente intimada, não apresentou contra-razões (*ut* certidão de fl. 725).

A Terceira Vice-Presidência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais admitiu o recurso especial (fls. 727/728).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.150.334 - MG (2009/0142390-3)**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA - PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CARÁTER SATISFATIVO - TUTELAS DE URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - POSSIBILIDADE - ART. 273, § 7º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INTERESSE DE AGIR - EXISTÊNCIA, IN CASU - RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, PARA PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Nos termos do art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil, admite-se a fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela, sendo possível, portanto, o recebimento do pedido cautelar como antecipação da tutela;

II - O entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que carece interesse de agir a parte que apresenta medida cautelar com pedido de antecipação de tutela, não se coaduna com a jurisprudência do STJ sobre a matéria;

III - Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):

O inconformismo recursal merece prosperar.

Com efeito.

In casu, é certo que a recorrente STATUS CELULARES LTDA. ajuizou ação cautelar inominada preparatória com pedido de liminar em face de CLARO S. A., requerendo tutela liminar *inaudita altera pars* de suspensão da eficácia de determinadas cláusulas do contrato havido entre as partes e de todos os aditivos contratuais, sob pena de pagamento de multa pecuniária, bem como que fosse impedida a inscrição do seu nome no cadastro de inadimplentes, até o julgamento final da demanda a ser proposta no trintídio legal (*ut fls. 30/53*)

Na verdade, a despeito de o Tribunal de origem ter esposado fundamentação no sentido de que a medida cautelar ajuizada pela ora recorrente possui natureza satisfativa - sendo que tais conclusões não podem ser alteradas em sede de recurso especial, sob pena de indevida incursão no conteúdo fático-probatório -, observa-se que esta Corte tem entendimento no sentido de que, nos termos do art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil, admite-se a fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela, sendo possível, portanto, o recebimento do pedido cautelar como antecipação da tutela. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

"Processual civil. Recurso especial. Fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. Art. 273, § 7.º, do CPC. Interesse processual. - O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela. Recurso especial não conhecido." (REsp 653381/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ 20/03/2006, p. 268)

"PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - TUTELAS DE URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 7º, CPC - MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO MEIO ADEQUADO - INTERESSE DE AGIR - RECONHECIMENTO.

1. 'O art. 273, § 7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela e reconhece o interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela. Precedentes do STJ'. (REsp 1.011.061/BA, Relator(a) Ministra ELIANA CALMON, DJe 23/04/2009)

2. A interpretação da Corte de origem, de que carece interesse de agir a parte que apresenta pleito cautelar quando o correto é antecipatório, distancia-se da interpretação que o STJ confere à matéria.

3. *Agravo regimental não provido.*" (ut AgRg no REsp 1.013.299/BA, 2ª Turma, DJ 15/10/2009).

No mesmo diapasão: REsp 1011061/BA, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 23/04/2009 e REsp 889886/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 17/08/2007, p. 413.

Portanto, reconhecida a existência de interesse de agir da recorrente, devem os autos retornar ao Tribunal de origem, para que sejam apreciados os demais pedidos formulados pela CLARO S. A. no agravo de instrumento, sob pena de indevida supressão de instância por esta Corte Superior.

Assim sendo, dá-se provimento ao recurso especial, para o fim de reconhecer a existência de interesse de agir da recorrente e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para o prosseguimento do julgamento do agravo de instrumento.

É o voto.

MINISTRO MASSAMI UYEDA

Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.011.061 - BA (2007/0255575-3)

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SANTA MARIA DA VITÓRIA
ADVOGADO : JOSÉ SOUZA PIRES E OUTRO(S)
RECORRIDO : UNIÃO

RELATÓRIO

EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Na origem, observo que a Municipalidade recorrente ajuizou medida cautelar preparatória, com o escopo de suspender dedução que viesse a ser almejada pela União Federal nas cotas do FUNDEF. A liminar foi deferida parcialmente, para que não fosse realizada qualquer dedução dos valores repassados a título de complementação no âmbito do FUNDEF, bem como que o nome do Município não fosse lançado em cadastro de inadimplentes (cf. fls. 58/60). Essa decisão monocrática restou confirmada por meio da sentença de fls. 229/233.

Em grau de apelação a Corte Regional Federal assentou o entendimento resumido pela seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CAUTELAR – SUSPENSÃO DE DEDUÇÃO NAS COTAS DO FUNDEF - PORTARIA/MF Nº 252/2003 – DESNECESSIDADE – POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DE PLEITO CAUTELAR NOS AUTOS DA AÇÃO DE CONHECIMENTO – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR.

1 – Após o advento da Lei nº 10.444/2002, que acrescentou o parágrafo 7º ao art. 273, do CPC, não se faz mais necessário o ajuizamento de ação cautelar autônoma, podendo a parte deduzir pleito de índole cautelar nos autos da ação de conhecimento.

2 - Ausente o interesse de agir (utilidade necessidade/adequação), impõe-se a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do disposto no art. 267, VI, do CPC.

3 – Extinto o processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, CPC).

4 – Prejudicadas a Apelação da União Federal e a Remessa Oficial. (fl. 283).

Sobreveio recurso especial com fundamento no art. 105, III, letra "a", da Constituição da República. Argumenta o Município recorrente que o modo de julgar da Corte Regional afronta o art. 796 do CPC que permite o ajuizamento de medida cautelar preparatória.

Apresentadas as contra-razões, subiram os autos por força do juízo positivo de admissibilidade do especial.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.011.061 - BA (2007/0255575-3)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SANTA MARIA DA VITÓRIA
ADVOGADO : JOSÉ SOUZA PIRES E OUTRO(S)
RECORRIDO : UNIÃO

VOTO

EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): Como relatado, o MM. Juízo de primeiro grau reconheceu o pedido formulado pela parte recorrente como requerido, ou seja, pedido acautelatório, tanto que apreciou o pleito liminar e proferiu sentença. Em sede de apelação, contudo, a Corte Regional entendeu que faltava interesse de agir notadamente porque após o advento do § 7º do art. 273 do CPC não se faz mais necessário o ajuizamento de ação cautelar autônoma, podendo a parte deduzir pleito de índole cautelar nos autos da ação de conhecimento.

Na verdade, o pleito cautelar pode ser requerido como preparatório da ação principal ou no curso do processo de conhecimento, ou seja, de forma incidental. Assim dispõe o art. 796 do CPC:

Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

Colocada essa premissa, consigne-se que pleito acautelatório não se confunde com pedido de antecipação da tutela, embora ambas sejam espécies do gênero tutela de urgência.

Como ambas as tutelas advem da mesma origem, o processo civil brasileiro reconhece a aplicação da fungibilidade das tutelas de urgência. Assim, se o pedido foi cautelar, poderá ser recebido como antecipatório da tutela, quando visualizados os requisitos correspondentes a cada uma das tutelas.

À evidência que a posição adotada pela Corte de origem destoa da tendência moderna do processo civil brasileiro no sentido da fungibilidade das tutelas de urgência, instituída de modo explícito pelo § 7º do art. 273 do CPC:

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: (Redação dada pela Lei nº 8.952,

de 13.12.1994)

.....

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Acerca do tema, doutrina Eduardo de Avelar Lamy que *"tal fungibilidade constitui a possibilidade de concessão de uma técnica de urgência diversa daquela requerida, tanto no sentido da técnica antecipatória requerida como cautelar, como também no sentido da técnica assecuratória requerida como antecipatória, desde que estejam presentes os requisitos legais necessários ao provimento de urgência, seja para o mais antecipatório, seja para o menos cautelar"* (cf. "Flexibilização da Tutela de Urgência", 1. ed., 2ª Tiragem, Curitiba: Juriá, 2005, p. 107).

Em harmonia com a doutrina, a jurisprudência do STJ patenteou o entendimento segundo o qual o art. 273, § 7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela e reconhece o interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela. Confira-se, a propósito, os seguintes precedentes:

"Processual civil. Recurso especial. Fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. Art. 273, § 7.º, do CPC. Interesse processual.

- **O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela.**

Recurso especial não conhecido.

(grifos não originais - REsp 653381/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2006, DJ 20/03/2006 p. 268)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA – CONCESSÃO POR MEDIDA CAUTELAR (ARTS. 273, § 7º DO CPC E 115, V DO CTN) – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA.

1. **Direciona-se esta Corte no sentido de reconhecer a possibilidade de concessão de medida cautelar em lugar de tutela antecipada, quando não estão presentes os requisitos para concessão desta medida. Aplicação do art. 273, § 7º do CPC.**

2. Firmado, também, entendimento quanto à possibilidade de o devedor ajuizar ação cautelar para obter certidão positiva com efeito de negativa, mediante antecipação da garantia do juízo.

3. Recurso especial improvido.

(grifos não originais - REsp 628388/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON,

SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 03/10/2005 p. 181).

Nessa ordem de idéias, a interpretação da Corte de origem, de que carece interesse de agir a parte que apresenta pleito cautelar quando o correto é antecipatório, se distancia da moderna tendência processual civil e, bem assim, da interpretação que o STJ confere à matéria.

Com efeito, não subsiste a extinção do processo sem apreciação do mérito, por ausência de interesse de agir, devendo os autos retornarem à Corte regional a fim de que, superado esse óbice, prossiga no julgamento dos recursos oficial e voluntário.

Diante do exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento.

É como voto.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO



Registro: 2012.0000510371

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023481-69.2012.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ROBERT NEILSON, é apelado JEAN STENIO GONÇALVES FEITOSA.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente) e ALEXANDRE LAZZARINI.

São Paulo, 27 de setembro de 2012.

Percival Nogueira

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Voto nº 16.936

Apelação Cível nº 0023481-69.2012.8.26.0002

Comarca: São Paulo / Foro Regional de Santo Amaro

Apelante: ROBERT NEILSON

Apelado: JEAN STÊNIO GONÇALVES FEITOSA

PROCESSUAL CIVIL – INDEFERIMENTO DE INICIAL – Carência – Medida Cautelar ao invés de Tutela Antecipada – Insubsistência – Fungibilidade das tutelas de urgência – Parágrafo 7º do art. 273 do CPC – Ensinamento doutrinário e precedente da Câmara – Sentença reformada, para afastar a extinção do feito – Apelo provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto tempestivamente, às fls. 169, por Robert Neilson contra a r. sentença de fls. 165, cujo relatório se adota, que, nos autos da medida cautelar inominada por ele ajuizada em face de Jean Stênio Gonçalves Feitosa, indeferiu a inicial e julgou extinto o processo, sem exame de mérito, com fulcro nos arts. 295, inc. V, e 267, inc. I, ambos do CPC.

Pretende o apelante a reforma da sentença, para determinar o prosseguimento do feito, aduzindo, em suma, que a medida pleiteada não é satisfativa, mas preparatória da principal, devidamente indicada na inicial (fls. 170/173).

O apelo foi recebido no duplo efeito (fls. 177).

É o relatório.

Assiste razão ao apelante.

Ressalvada a convicção da i. prolatora, a jurisprudência e a doutrina tem entendido que **em sede de tutela de urgência prevalece a fungibilidade das medidas, prevista no parágrafo 7º do art. 273 do CPC.**

A esse respeito, cumpre colacionar a lição de JOSÉ ROBERTO BEDAQUE ('*Código de Processo Civil Interpretado*', diversos autores coordenados por Antonio Carlos Marcato, Editora Atlas, p. 808), colacionada em precedente desta Câmara (*A.I. nº 0137047-36.2011.8.26.0000*, rel. Des. FRANCISCO LOUREIRO).

Por tudo isso, conclui-se que restou açodada a extinção, impondo-se o acolhimento da pretensão recursal, para se prosseguir na demanda, cabendo ao i. Juízo monocrático a apreciação do pedido de liminar, pena de supressão do primeiro grau de jurisdição.

Pelo exposto, pelo meu voto se **dá provimento ao recurso, para, reformando a sentença, afastar a extinção e determinar o prosseguimento.**

JOSÉ PERCIVAL ALBANO NOGUEIRA JÚNIOR

Relator

(assinatura eletrônica)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO



Registro: **2012.0000474634**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0178673-98.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BK BRASIL OPERAÇÃO E ASSESSORIA A RESTAURANTES S/A, é agravado JDA SERVIÇOS EM EQUIPAMENTOS DIVERSOS LTDA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (Presidente), ENIO ZULIANI E TEIXEIRA LEITE.

São Paulo, 13 de setembro de 2012

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Agravo de Instrumento n.º 0.178.673-98.2012.8.26.0000

Agravante: BK BRASIL OPERAÇÃO E ASSESSORIA A RESTAURANTES S/A

Agravado: JDA SERVIÇOS EM EQUIPAMENTOS DIVERSOS LTDA.

Comarca: SÃO PAULO

Voto n.º 20.350

Agravo de instrumento. Declaratória de inexigibilidade de título, cumulada com antecipação da tutela. Interlocutória que indeferiu a liminar e converteu a ação em cautelar de sustação de protesto. Decisão reformada. A sustação de protesto está apto a ser formulado nos mesmos autos da declaratória, ante a fungibilidade existente entre as tutelas cautelares e antecipatórias, pelo fato de ambas serem medidas de urgência. A sustação deverá ocorrer mediante caução. Agravo de instrumento provido.

1. Agravo de instrumento interposto tempestivamente pela autora da ação declaratória de inexigibilidade de título, insurgindo-se contra a r. decisão de fls. 47 e verso, que indeferiu a liminar, bem como recebeu a ação como cautelar de sustação de protesto.

Alega a agravante que ajuizou a ação contra a agravada em razão de apontamento em protesto que. Diz não teve nenhum relacionamento com a agravada, não prestou nenhum

serviço que pudesse justificar a emissão do título, sendo uma empresa desconhecida sua. Aduz que não houve o aceite necessário para a viabilização da emissão do título, logo, não há que se falar em exigibilidade, vez que este não possui lastro comercial necessário por lei. Esclarece que o fato de o protesto estar consumado há algum tempo não pode implicar que o apontamento permaneça por tempo determinado, maculando seu nome até o final do processo. Destacou que está apta a prestar caução, caso assim seja determinado, salientando, ainda, que a lei n.º 5.474/68, que regulamenta a emissão de duplicatas, exige que a emissão desse tipo de título seja prescindida da respectiva nota fiscal e do pedido, que são procedimentos contábeis e comerciais que servem de base para lastrear a duplicata, transcrevendo jurisprudências sobre o assunto. Por último requer a reforma da decisão agravada com relação ao rito processual, devendo o feito ser recebido e processado como declaratória de inexigibilidade de título, com antecipação da tutela, conforme postulado na inicial, discorrendo acerca das tutelas de urgência, e o fundado receio de dano grave e de difícil reparação. Afinal postula a antecipação da tutela recursal, para que seja determinada a sustação dos efeitos do protesto do título, com expedição de ofício ao Segundo Tabelião de Protesto e Letras de Títulos da Capital de São Paulo; alternativamente, seja suspenso o protesto mediante caução, com o conseqüente provimento do recurso.

É o relatório.

2. A r. decisão agravada merece reforma.

Malgrado a ação verse sobre declaratória de inexigibilidade de título, o pedido de antecipação da tutela com vistas a sustação de protesto está apto a ser formulado nos mesmos autos, ante a fungibilidade existente entre as tutelas cautelares e antecipatórias, pelo fato de ambas serem medidas de urgência.

Convém anotar que o pedido antecipatório possui nítido caráter cautelar, o que é perfeitamente admitido pelo ordenamento jurídico vigente, logo, não há de se exigir a propositura de ação cautelar de sustação de protesto, podendo, o pedido liminar ser veiculado nos próprios autos da ação declaratória de inexigibilidade de título, também em observância aos princípios da economia e celeridade.

A jurisprudência assim entende:

'nos dias atuais, estando em vigor a norma do artigo 273, § 7º, do CPC, não mais se justifica exigir da parte a propositura de ação autônoma para obter medida cautelar, que pode perfeitamente ser concedida no âmbito do processo de conhecimento. Havendo depósito do valor do título e estando presentes os requisitos legais, apropriada se apresenta a determinação de sustação dos efeitos do protesto, como forma de obstar prejuízos à parte que busca a discussão do negócio jurídico respectivo.' (JTJ 293/375)

“Processual civil. Recurso especial. Cautelar de sustação de protesto. Efetivação do protesto. Suspensão dos seus efeitos. Possibilidade. Poder

geral de cautela e fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela.

- O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere poder ao juiz para deferir providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela.

- Segundo o entendimento do STJ: (i) é possível a

suspensão dos efeitos dos protestos quando há discussão judicial do débito; (ii) a decisão cautelar de sustação de protesto de título insere-se no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC; e (iii) a sustação de protesto se justifica quando as circunstâncias de fato recomendam a proteção do direito do devedor diante de possível dano irreparável, da presença da aparência do bom direito e quando houver a prestação de contracautela.

- De acordo com o poder geral de cautela e o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela, o perigo de dano pode ser evitado com a substituição da sustação do protesto pela suspensão dos seus efeitos, se o protesto já tiver sido lavrado na pendência da discussão judicial do débito. Recurso especial provido.” (REsp 627.759/MG. Recurso Especial 2004/0016326-4. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. J. 25-04-2006)

“... Por sua vez, o § 7.º, do artigo 273, do Código de Processo Civil dispõe 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 .'

O referido dispositivo tornou praticamente irrelevante a distinção acadêmica entre medidas antecipatórias e cautelares. Cabe o provimento

provisório, quer se trate de antecipar os efeitos do provimento definitivo, quer se trate apenas de assegurar-se sua eficácia prática. Por isso, a doutrina mais moderna é a que, a respeito do problema, recomenda a solução flexibilizante do procedimento cautelar ou antecipatório, e se justifica com o irresponsável argumento de que 'Questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos', como é o caso da garantia de efetividade da tutela jurisdicional.(cfr. José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela cautelar e Tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 307)"
(trecho do citado acórdão)

Por fim, para que haja a sustação dos efeitos do protesto necessária a caução, para que se possa discutir, em sede de processo de conhecimento amplo, a matéria ventilada, afastando eventual prejuízo para o bom nome da empresa agravante.

3. Com base em tais fundamentos, dá-se provimento ao agravo de instrumento.

**NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
RELATOR**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - SEÇÃO DE
DIREITO PRIVADO**

32a Câmara

AGRAVO DE INSTRUMENTO

N ° 1238303- 0/6

Comarca de JAÚ 3.V.CÍVEL

Processo 1149/08

AGVTE MARIA CAROLINA FERRARI GARCIA

AGVDO EMPRESA AUTO ONIBUS MACACARI LTDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, negaram provimento ao recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 32ª Câmara

RELATOR : DES. WALTER ZENI

2o JUIZ : DES. FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR

3o JUIZ : DES. WALTER CÉSAR EXNER

Juiz Presidente : DES. ROCHA DE SOUZA

Data do julgamento : 16/04/09

DES. WALTER ZENI

Relator

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

32a Câmara

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.238.303-0/6

Comarca de JAÚ - 3a Vara Cível

Agravante: MARIA CAROLINA FERRARI GARCIA

Agravada: EMPRESA AUTO ÔNIBUS MACACARI LTDA.

Voto n 9.177

AGRAVO DE INSTRUMENTO - REPARAÇÃO DE DANOS - ACIDENTE DE VEÍCULOS – *Pedido incidental de tutela antecipada - Bloqueio para evitar a transferência ou alienação do veículo da requerida visando assegurar o resultado útil do processo principal - Pedido deferido - Expedição de ofício ao DETRAN determinada - Insurgência da requerida - Plausibilidade do direito invocado e justificado temor de grave lesão e difícil reparação - Reconhecimento - Fungibilidade das tutelas de urgência - Admissibilidade - Código de Processo Civil, art. 798 - Inteligência - Pedido de liminar visando a garantia da eventual execução do julgado - Admissibilidade - Decisão mantida.*

Evidenciado um interesse tutelável pela ação principal e que esse interesse merece ser resguardado através de um instrumento hábil até que a solução definitiva do litígio seja alcançada, a concessão da liminar cautelar é medida de rigor, pois não serve ao direito da parte, mas ao processo, visando dar-lhe eficiência e utilidade.

RECURSO IMPROVIDO.

Trata-se de agravo de Instrumento interposto pela requerida da decisão proferida nos autos do pedido de tutela antecipatória incidental à ação de reparação de danos, fundada em acidente de veículos,

que concedeu a tutela pleiteada e deferiu o bloqueio de eventual alienação do seu veículo, alienado fiduciariamente a terceiro, determinando a expedição de ofício à CIRETRAN (fls. 18/19).

Alega a agravante, em resumo, que: o pedido é de bloqueio de bens e não de antecipação de tutela, como entendeu a d. magistrada a *quo*; no caso, não estão presentes os pressupostos essenciais para o deferimento do pedido incidental formulado pela agravada, já que ausentes o *periculum in mora* e o *fumus boni jûris* (CPC/273, § 7o); o bloqueio do veículo determinado não se justifica; não existe prova literal da dívida ou pretensão em alienar os bens que possui, furtando-se ao pagamento de eventual condenação.

Aduzindo que não tenta ausentar-se furtivamente e, menos ainda, alienar seus bens, e por considerar que a tutela concedida antecipa o julgamento de mérito a favor da agravada sem que haja produção de provas no processo, postula a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, a final, o seu provimento para declarar nula a decisão ou desbloquear o *bem constritado*.

Isento de preparo, o recurso foi processado sem a concessão do efeito almejado (fl. 29) e respondido (fls. 32/36).

É o relatório, no essencial.

O recurso não comporta provimento.

Ao que se depreende do presente instrumento, as partes se envolveram em acidente de trânsito. A agravada propôs contra a agravante a ação de reparação de danos causados em acidente de veículos. No seu curso, a autora, ora agravada, intentou pedido incidental de tutela antecipada visando o bloqueio do veículo de propriedade da ré, ora agravante, de forma a impedi-la sua alienação como forma de assegurar eventual execução.

Considerando que a fuga da requerida do local do acidente constitui prova da verossimilhança das alegações da requerente, justificando-se assim a medida pleiteada, a MM. Juíza *a quo*, determinou a expedição de ofício ao CIRETRAN local, determinando o bloqueio de eventual alienação do veículo indicado.

Ainda que sucinta, a r. decisão está suficientemente fundamentada, não padecendo de nulidade e merece ser confirmada.

Com efeito.

Levando-se em consideração os interesses em conflito, não se vê óbice à concessão da tutela judicial cautelar que visa, antes de qualquer coisa, evitar dano irreparável ao direito da agravada.

Em verdade, no caso, o pedido incidental à ação de reparação de danos não se trata de tutela antecipada, e nem a tanto, assim entendeu a d. magistrada, mas de medida cautelar em caráter incidental, que pode ser intentada a todo tempo e concedida no curso do processo de conhecimento, verificada a presença dos requisitos ensejadores, como se extrai da r. decisão vergastada.

A Lei 10.444, de 07 de maio de 2.002, que acrescentou o parágrafo 7º, ao artigo 273, estabeleceu a regra da fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada, dispondo: *"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"*

Comentando o dispositivo, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, com sua proficiência de sempre, anota que 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", esclarecendo, em seguida, que o procedimento pode ser o mesmo, não se tratando de proceder de um modo, havendo o autor pedido que se procedesse de outro, mas, "trata-se de autêntica fungibilidade de pedidos, no sentido de que, nominalmente postulada uma daquelas medidas, ao juiz é lícito conceder a tutela a outro título", na medida em que "é regra de direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito", pois, o que importa "é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula. Tal é o significado e a medida de aplicação da regra da mihi factum dabo tibi jus, inerente ao princípio da substanciação, que o Código de Processo Civil consagra"{"A Reforma da Reforma", Malheiros Editores, 2ª ed., pp. 91/93).

No caso vertente, a agravada pleiteou, em verdade, uma tutela judicial cautelar uma vez que a pretensão é assegurar a efetividade e o resultado útil do processo e não adiantar, no todo ou em parte, os efeitos pretendidos com a sentença de mérito a ser proferida ao final.

Daí, ser plenamente possível a concessão de medida liminar, com aplicação do princípio da fungibilidade das tutelas de urgência, pois a medida cautelar não serve ao direito da parte, mas ao processo, visando dar-lhe eficiência e utilidade ao instrumento que o Estado engendrou para solucionar os conflitos de interesses (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "*Processo Cautelar*", ed. LEUD, 4a ed., p. 61).

O risco de dano que o processo cautelar previsto no art. 798, do Código de Processo Civil visa tutelar não se refere ao direito da parte, mas apenas ao interesse colocado *subjudice* (ob. cit. p. 104).

Anota o festejado jurista, que as condições das medidas cautelares atípicas são as mesmas da ação cautelar: "a) um interesse

na solução eficaz de uma lide (conceito que é superior ao tradicional: o da plausibilidade do direito material"); e b) o fundado receio de dano grave e de difícil reparação, em razão do periculum in mora, enquanto se aguarda a solução definitiva da lide." (ob. cit. p. 103).

Mostra, ainda, o doutrinador que *"não se deve ver na tutela cautelar um acertamento da lide, nem mesmo provisória, mas sim uma tutela ao processo, a fim de assegurar-lhe eficácia e utilidade práticas." (ob. cit. p. 74).*

No caso *sub examine*, inegável ter a agravada demonstrado a existência de *"um interesse tutelável pela ação principal e que, esse interesse merece ser resguardado através de um instrumento hábil até que a solução definitiva do litígio seja alcançada" (ob. cit. p. 125).*

Pelos poucos elementos destes autos, ausente qualquer evidência que permita afirmar que a pretensão ressarcitória seja totalmente descabida, bem andou a decisão de primeiro grau diante dos indícios disponíveis, razão pela qual sua confirmação revela-se imperativa.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

WALTER ZENI

Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA DE FILHOS. CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FUNGIBILIDADE. POSSIBILIDADE.

A fungibilidade das tutelas de urgência - medida de natureza cautelar e antecipação de tutela - deve ser aplicada quando o julgador identificar que a parte equivocou-se ao ingressar com pedido cautelar, quando na verdade, a natureza da pretensão é antecipatória.

É a chamada fungibilidade inversa, pois vai no sentido contrário à previsão legal do artigo 273, §7º do Código de Processo Civil. Hipótese amplamente difundida por essa Corte e que melhor atende a instrumentalidade e a necessidade de ágil prestação jurisdicional, exigida pelas tutelas de urgência.

Verificado que autor ingressou equivocadamente com pedido cautelar, quando na verdade seria o caso de antecipação de tutela, é de rigor a desconstituição da sentença e o prosseguimento do feito.

DERAM PROVIMENTO.

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 70025638487

D.F.M.

..

M.G.M.L.

..

OITAVA CÂMARA CÍVEL

COMARCA DE SANTA MARIA

APELANTE

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento à apelação.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCEMDA E DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE**.

Porto Alegre, 12 de março de 2009.

DES. RUI PORTANOVA,
Relator.
portanova@tj.rs.gov.br

RELATÓRIO

DES. RUI PORTANOVA (RELATOR)

Ação cautelar de guarda ajuizada por DILSON em face de MÔNICA GORETI. Pediu a guarda do filho menor *Wellington*.

A sentença entendeu ausente o interesse jurídico no prosseguimento da demanda e extinguiu o processo, sem resolução do mérito, com base no artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

Contra essa sentença apelou DILSON. Refere que seu filho de nove anos está exposto a risco na casa de sua genitora. Assevera que o local que reside o filho é utilizado para comercializar objetos de procedência ilícita. Assevera ser urgente a verificação das condições e companhias as quais está sujeito o menor. Pede o provimento do recurso para que a sentença seja desconstituída com o prosseguimento do feito.

Não foram apresentadas contra-razões, pois não angularizada a relação processual.

O Ministério Público opinou pelo provimento do recurso.

Registro que foi observado o disposto nos artigos 549, 551 e 552, do Código de Processo Civil, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

DES. RUI PORTANOVA (RELATOR)

DILSON ajuizou ação cautelar de guarda com pedido liminar, para reaver a guarda de seu filho menor.

Alegou fatos que necessitavam, e necessitam, ser investigados diante do eventual risco que o menor possa estar exposto.

Não há como negar problemas procedimentais.

O autor ingressou com pedido de natureza cautelar. Talvez fosse melhor, desde logo, um pedido satisfativo com requerimento de antecipação de tutela. A pretensão é de natureza satisfativa.

Contudo, “data venia”, estou em que é possível adequar, de ofício, a pretensão ao direito. Não esqueço a possibilidade de *fungibilidade* das tutelas de urgência – tutelas cautelares e antecipatórias da tutela (artigo 273, § 7º do Código de Processo Civil).

O Ministério Público chegou ao mesmo entendimento (fls. 31/35).

Diz:

“O apelante ajuizou Ação Cautelar para que fosse, liminarmente, deferida a guarda do menor Wellington, ante a urgência da medida. É evidente que o provimento pretendido pelo ora apelante era de antecipar os efeitos da sentença (tutela de urgência interinal – antecipação de tutela) e não tutela de urgência cautelar, meramente assecuratória. O magistrado de primeiro grau vislumbrou a “inadequação da técnica

processual eleita” (fl. 13-v), o que resultou na extinção do feito, com base no art. 267, IV, CPC. Entretanto, adianto que a decisão ora atacada merece ser desconstituída.”

“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:

(...)

§7.º 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.”

O parágrafo acima transcrito prevê o princípio da fungibilidade, o qual flexibiliza o rigor técnico digno do direito formal, objetivando a prestação célere e efetiva da Justiça. Por certo que a previsão diz respeito ao deferimento de medida cautelar, quando foi requerida antecipação de tutela; porém, a jurisprudência, tem entendido ser possível a “fungibilidade inversa”, a exemplo dos julgados abaixo colacionados:

*EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. NECESSIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVAS. 1. **Observados os pressupostos justificadores da providência de urgência, deve-se analisar o pedido de tutela pleiteado, seja antecipatório ou cautelar, mesmo que a via processual eleita não seja a mais adequada. Fungibilidade das tutelas de urgência.** 2. **Vislumbra-se que há verossimilhança quanto à alegação feita, de sorte que a referida prova se mostra indispensável para a solução da lide.** 3. **Ademais, em se***

tratando de imóvel em que reside a parte autora, há de ser produzida a prova de forma célere, tendo em vista que se vislumbra a existência de dano de difícil reparação, pois os prejuízos noticiados dificultam a habitação e podem ocasionar danos à saúde dos moradores. Agravo de instrumento provido de plano. (Agravo de Instrumento Nº 70023495344, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 27/08/2008) (Grifei)

*APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. TUTELA DE URGÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DISTINÇÃO. FUNGIBILIDADE. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAS A RESPEITO. **Não há óbice legal ao conhecimento de medida de natureza antecipatória, pretendendo o urgente atendimento de efeito prático para satisfação de eventual direito a ser reconhecido em ação principal** Declaratória de Inexigibilidade de Título, pleiteada em ação cautelar inominada, quando o § 7º, do art. 273, do CPC, acrescentado pela lei n º 10.444/2002, admitiu a fungibilidade das duas pretensões, cautelar e antecipatória, denominada nessa Corte de *¿fungibilidade inversa¿*. Apelo provido para desconstituir a sentença. (Apelação Cível Nº. 70014657175, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 14/06/2007). (Grifei)*

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR INOMINADA. LIMINAR. FUNGIBILIDADE ENTRE A CAUTELAR E PLEITO TÍPICO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUMENTO DE CARGA DE ENERGIA ELÉTRICA. DÉBITO DE TARIFA DE ULTRAPASSAGEM.

IMPOSSIBILIDADE DE DENEGAÇÃO QUANDO QUESTIONADO O VALOR DO DÉBITO. 1. A fungibilidade da medida de natureza cautelar e da antecipação de tutela é permitida quando formulada em ação cautelar inominada, desde que presentes os pressupostos. Tal formulação inversa ; pedido de medida cautelar quando na verdade o objetivo é a antecipação de tutela ; vem se mostrando forte na jurisprudência desta Corte. 2. Mostra-se viável o atendimento do pleito liminar para determinar o aumento de carga no fornecimento quando a Cooperativa requerente comprovou estar em negociações para adimplir o débito referente a tarifa de ultrapassagem, demonstrando intenção de quitá-lo. Nessas hipóteses, é vedado ao credor tomar medidas que constringam o devedor ou coajam-no a efetuar o pagamento dos valores que a concessionária unilateralmente entende devidos. Rejeito a preliminar e negaram provimento. Unânime. (Agravo de Instrumento Nº 70019040120, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 13/11/2007. (Grifei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. PROCEDIMENTO CAUTELAR ELEITO. HIPÓTESE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FUNGIBILIDADE. VIABILIDADE DE CONVERSÃO. ARRENDAMENTO RURAL. RETOMADA. No direito brasileiro não há tipicidade de ações. **O que define a natureza jurídica da ação não é o nomen juris atribuído, mas o conteúdo da pretensão deduzida em juízo. A chamada cautelar satisfativa é admitida pela jurisprudência e pela doutrina. Fungibilidade agora reconhecida em lei (CPC, art. 273, § 7º). No mérito, vê-se que o contrato de arrendamento rural já estava findo quando do ajuizamento da ação, e a gleba inclusive já arrendada para terceiro, descabendo a medida pleiteada. Voto vencido. AGRAVO IMPROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70005587654, NONA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARA LARSEN CHECHI, JULGADO EM 25/06/2003, (Grifei).**

AÇÃO INDENIZATÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CAUTELAR. FUNGIBILIDADE. POSSIBILIDADE LEGAL. Em princípio, possui razão o juízo agravante ao concluir pelo não

preenchimento dos requisitos necessários para a antecipação de tutela pretendida. No entanto, examinada a questão sob outro prisma, verifica-se que a sucessão agravante, em verdade, pretende obter medida cautelar contra alienação de bens, com base na ação indenizatória que está promovendo contra o agravado. Nesse caso, então, bastaria o fumus boni iuris e o periculum in mora, requisitos que aqui estão presentes. Quanto à possibilidade de adequação da medida de urgência pelo Juízo, a própria lei assim dispõe, no § 7º do art. 273, do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.444/2.002. Medida que visa prevenir direitos contra terceiros. AGRAVO PROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70007359623, DÉCIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ ARY VESSINI DE LIMA, JULGADO EM 11/03/2004,)

Trata o presente feito, de proteção aos direitos do menor Wellington que, conforme informado por seu pai na inicial, está sendo submetido a condutas que põem em risco o seu desenvolvimento.

Assim, pela supremacia dos interesses da criança e do adolescente, a demanda deveria ter sido recebida como processo de alteração de guarda, sujeito ao rito ordinário, uma vez que a pretensão deduzida na exordial é de natureza antecipatória, que pode ser concedida incidentalmente no processo de conhecimento.

Há necessidade, portanto, de maior instrução no feito, a fim de se apurar eventuais riscos ao qual o menor possa estar submetido, porquanto, se evidenciada qualquer lesão praticada contra o infante, haverá necessidade de se transferir a guarda para o genitor. Assim, necessário o regular prosseguimento do feito, alterando-se a sua natureza.”

ANTE O EXPOSTO, dou provimento à apelação para desconstituir a sentença e determinar o prosseguimento do feito como ação de alteração de guarda com pedido de antecipação de tutela.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCEUDA (REVISOR) - De acordo.

DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE - De acordo.

DES. RUI PORTANOVA - Presidente - Apelação Cível nº 70025638487,
Comarca de Santa Maria: "DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME."

RP
Nº 70025638487
2008/Cível

Julgador(a) de 1º Grau: RAFAEL PAGNON CUNHA