

FUNGIBILIDADE ENTRE TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR

Fernanda Resende de Oliveira Sousa
Acadêmica do curso de direito do UNIFOR-MG

Recebido em: 25/04/2013
Aprovado em: 16/09/2013

RESUMO

A inserção do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência aconteceu com o acréscimo do § 7º ao art. 273 do CPC, pela Lei 10.444/2002. Após feitas as definições e delimitados os requisitos de ambas as tutelas, procedeu-se ao estudo específico sobre a fungibilidade, destacando-se suas consequências para o processo civil, inclusive a questão do esvaziamento do processo cautelar.

Palavras-chave: Fungibilidade. Tutelas de Urgência. Tutela antecipada. Tutela cautelar.

FUGIBILITY BETWEEN GUARDIANSHIPS EARLY AND TUTELAGE PRECAUTION

ABSTRACT

Insertion of the principle of fungibility between the guardianship of urgency was happened the addition of § 7º, to article 273 of CPC by the Law 10.444/2002. Made after the settings and defined the requirements of both guardianship, proceeded to the specific study on fungibility, especially its impact on civil procedure, including the question of emptying the precautionary procedure.

Keywords: Fungibility. Emergency Guardianship. Anticipated Guardianship. Cautionary Guardianship.

1 INTRODUÇÃO

Precisar o alcance de determinada norma jurídica nem sempre representa uma tarefa fácil para o operador do direito.

Diante das mudanças da sociedade, o Direito, instrumento regulador das condutas humanas, necessita se adaptar às alterações e necessidades sociais.

Incessantemente, são criados instrumentos que propiciam uma maior efetividade e celeridade processual buscando a eficácia da tutela jurisdicional, entre eles, a tutela de urgência.

Tal instituto tem como objetivo principal proporcionar a efetividade processual e, com isso, gerar a flexibilização do processo civil, permitindo a célere proteção do direito violado.

São necessárias medidas liminares aptas a tutelar situações que tenham risco de perecimento de bens jurídicos relevantes, para que o jurisdicionado não fique sem a integral proteção estatal.

As semelhanças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, por vezes, confundem os operadores do direito quanto à medida a ser requerida, se simples cautela ou a própria antecipação dos efeitos da sentença.

A doutrina, então, sempre procurou estabelecer distinção entre os institutos, já que cada um possui características e requisitos próprios. Basicamente, entende-se a antecipação de tutela como uma antecipação do resultado favorável da demanda. Ou seja, é a entrega prematura do bem da vida perseguido no processo. Por outro lado, a tutela cautelar está ligada à preservação de uma situação fática ou jurídica, no âmbito do próprio processo, enquanto o mérito da relação controvertida é discutido em um outro processo.

Entretanto, o fato é que tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada representam espécies de um mesmo gênero, chamado de tutelas de urgência. E, como espécies do mesmo gênero, possuem grandes semelhanças que muitas vezes levam a doutrina e os demais operadores do direito a situações de dúvida quanto ao correto instituto a ser manejado no caso concreto.

Por isso, a fungibilidade é utilizada como uma técnica de adequação da medida de urgência ao caso concreto, provendo-se medida cautelar, menos gravosa, nas hipóteses em que não foram preenchidos os requisitos de antecipação de tutela, cuja cognição exigida é mais profunda.

Neste compasso, mesmo que o ato esteja em desconformidade com a formalidade legal exigida a este, deve ser validado se conseguir alcançar o resultado pretendido.

2 TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar não subsiste em si mesma, sendo destinada a assegurar o resultado útil de um processo principal, pelo que Humberto Theodoro Junior a define como:

[...] a providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal. Isto é, durante todo o tempo necessário para a definição do direito no processo de conhecimento ou para a realização coativa do direito do credor sobre o patrimônio do devedor, no processo de execução.¹

1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p. 540.

Por isso, é importante destacar que, na ação cautelar, o que está em jogo é o interesse processual pela eficácia e segurança do processo principal. Há a possibilidade de que o perigo da demora do processo possa tornar inócuo o provimento final da lide.

Além da situação de perigo, deve-se demonstrar ainda a aparência do bom direito para a concessão da tutela cautelar, de modo que:

“Se da própria narração do requerente da ação cautelar, ou da flagrante deficiência do título jurídico em que se apóia sua pretensão de mérito, conclui-se que não há possibilidade de êxito para ele na composição da lide, caso não é de lhe outorgar a proteção cautelar.”²

A tutela cautelar, portanto, é uma das técnicas de cognição sumária concebida para assegurar um direito aparente que possa ser comprometido em razão da demora do processo.

Sua função é de instrumento, pois se destina a garantir o resultado prático do processo principal e não tem por finalidade entregar o bem jurídico à parte que o reivindica, mas tão somente preveni-lo de situações que possam comprometê-lo.

3 TUTELA ANTECIPADA

Para facilitar a compreensão jurídica da tutela antecipada, deve-se observar que os doutrinadores do direito afirmam que ela nada tem a ver com a tutela cautelar. Eles a definem como antecipação, como um adiantamento do provimento final que se busca dentro do próprio mérito da causa, ou seja, ela é um instituto que antecipa, que satisfaz a prestação jurisdicional desejada. É uma antecipação satisfativa.

Nelson Nery Júnior explica a tutela antecipada da seguinte forma:

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução lato sensu, com objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o Direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.³

Embora o *caput* do artigo 273 do CPC disponha que “o juiz poderá [...] antecipar [...] os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial [...]”, Elpídio Donizetti afirma que a antecipação de tutela,

Não se trata de simples faculdade ou mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 540.

3 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2004. p. 133-134.

lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.⁴

Assim, a parte que se via na iminência de ter um direito material prejudicado em virtude da demora dos trâmites do processo, passou a dispor de um instituto apto a promover a eficácia das decisões judiciais no plano fático, mediante provimento satisfativo através da tutela antecipada.

4 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

O princípio da fungibilidade consiste na possibilidade de o juiz conceder a medida de urgência que lhe pareça mais adequada para proteger o direito da parte, ainda que não corresponda àquela medida que foi postulada.

Todas as situações que admitem a aplicação da fungibilidade têm por dificuldade apurar qual o provimento jurisdicional mais adequado a ser postulado ou qual ato processual é mais adequado para tal situação.

A expressão fungibilidade foi trazida do Direito Civil para o Direito Processual. Significa dizer que coisas fungíveis são aquelas que podem ser substituídas por outras de semelhante espécie, qualidade e quantidade.

Para Ovídio Araújo Baptista da Silva (2008, p. 127), “O juiz poderá igualmente, segundo o princípio conhecido como o de fungibilidade das medidas cautelares, conceder alguma medida liminar (ou mesmo em sentença final) diversa daquela expressamente postulada pelo autor, na petição inicial.”⁵

Porém, é sabido que, no processo civil, o juiz não pode apreciar o pedido do autor diferente do que foi pedido, não pode conceder nem a mais e nem a menos sob pena de sua sentença ser considerada *citra*, *extra* ou *ultra petita*.

Porém, há casos em que o legislador permite que o juiz conceda determinada medida ou aprecie o pedido de forma diferente daquele que foi formulado, evitando prejuízo às partes. Para que o juiz tenha essa liberdade, é preciso que a lei tenha instituído a fungibilidade entre a medida postulada e a concedida.

Em razão dessas divergências e da dificuldade que o profissional do direito encontra em diferenciar a tutela cautelar da tutela antecipada, doutrina e jurisprudência têm admitido a

⁴ DONIZETTI, E. **Curso didático de direito processual civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2. 2008.

fungibilidade procedimental entre medidas cautelares e antecipação de tutela, desde que preenchidos os requisitos necessários.

O §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil dispõe que:

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:

(...)

§ 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...

A partir de então, a doutrina procurou estabelecer distinção entre os institutos, já que cada um possui características e requisitos próprios. Define-se tutela antecipada como uma antecipação do resultado favorável da demanda, ou seja, não se pretende assegurar o resultado útil do processo principal e, sim, a própria satisfação do direito afirmado. Já a tutela cautelar como o instituto que visa assegurar o resultado útil do processo principal, portanto, trabalha com cognição sumária e, por sua vez, não viabiliza a satisfação do direito.

Não obstante as distinções apregoadas pela doutrina, sustenta-se a fungibilidade dos provimentos de urgência na hipótese da parte invocar um dos institutos no lugar de outro, a possibilidade de o magistrado proceder à substituição de uma medida pela outra. Há que se ressaltar que a atitude do magistrado visa assegurar o direito almejado pelo postulante e não o formalismo processual.

Portanto, basta que o autor da demanda tenha errado ao impetrar uma tutela cautelar dentro de um processo de conhecimento, dando-lhe o nome de tutela antecipada. Isto faz com que o magistrado, ao analisar os pressupostos legais do *fumus boni iuris e periculum in mora*, converta essa tutela antecipada em uma medida cautelar.

Desta forma, verifica-se a possibilidade do deferimento de medidas cautelares no âmbito do processo de conhecimento quando pleiteadas a título de antecipação de tutela. Em determinados casos, dispensa-se a propositura de um processo autônomo e acessório a fim de se obter o provimento acautelatório exigido pela situação de urgência.

5 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE

O primeiro requisito para que se possa utilizar do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência é a necessidade de se estarem presentes todos os requisitos autorizadores da espécie de tutela que será concedida. Sendo assim, no processo de conhecimento, se o autor, a título de tutela antecipada, pleitear uma medida de natureza cautelar, para que possa

ser deferida conforme a Lei, é necessário que estejam presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Ausentes esses requisitos, a medida não será deferida, vez que a situação apresentada e as alegações deduzidas não levam à concessão da tutela de urgência pleiteada por faltarem os respectivos pressupostos.

Há questões que se encontram de forma difícil de ser interpretada e, portanto, geram dúvidas. Também indagações se o juiz está autorizado a conceder medidas cautelares nominadas e inominadas no processo de conhecimento, com fundamento no § 7º do artigo 273 do CPC, ou somente cautelares típicas, ou seja, nominadas.

Existem controvérsias em relação à aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência, parecendo que o entendimento predominante é aquele que visa não existir outros requisitos senão os expressos no mesmo artigo, bem como ser possível concessão de cautelares nominadas e inominadas no processo de conhecimento.

6 A “MÃO DUPLA” DA FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Trata-se de grande avanço para o Processo Civil Brasileiro a possibilidade de fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada. De acordo com o § 7º do art. 273, permitiu-se ao magistrado, diante de um pedido de antecipação de tutela, cujo conteúdo, em verdade, seja de cunho cautelar, deferir a cautela sem que, para tanto, haja a necessidade da propositura de uma ação cautelar autônoma.

Como afirma Humberto Theodoro Júnior:

A regulamentação separada da tutela antecipatória não veio para o nosso Código com o propósito de restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a propiciar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo seja ao direito material, se tome irremediável e, por conseguinte, se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional.⁶

A redação do artigo mencionado somente fala da possibilidade da aplicabilidade do princípio da fungibilidade da tutela antecipada para a medida cautelar e não o inverso, pois o legislador não fez qualquer menção sobre a conversão da medida cautelar em tutela antecipada.

Há autores que afirmam ser possível converter-se tutela cautelar em antecipada, como Nelson Nery Júnior (2007, p. 531): “Caso o autor ajuíze ação cautelar incidental, mas o juiz

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p. 742.

verificar 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”.⁷

Cândido Rangel Dinamarco também defende a possibilidade de se deferir tanto a cautelar em processo de conhecimento como a tutela antecipada em processo cautelar, aplicando-se plenamente a fungibilidade entre as tutelas de urgência. O doutrinador assim se posiciona:

O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação de tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis, isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um. Bem pensando, nem precisaria a lei ser tão explícita a esse respeito, porque é regra surrada no direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito. Nenhum juiz deixa de anular um contrato por dolo, só pela circunstância de o autor, equivocadamente, ter qualificado como coação os fatos narrados. 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. Tal é também o significado e a medida de aplicação da correlação entre o provimento jurisdicional e a demanda, de muito em direito processual (arts. 128 e 460). É da jurisprudência pacífica que “inexiste dissenso entre o julgado e o libelo quando considerados exatamente os fatos descritos na inicial, não importando que lhe tenha sido emprestada qualificação jurídica não mencionada expressamente na inicial (STJ). Essa observação realça o duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes, acima demonstrado, porque mesmo sem o novo parágrafo do art. 273, o juiz já estaria autorizado a dar a sua própria qualificação jurídica aos fatos narrados pelo autor – e isso se aplica indiferentemente a todas as espécies de processos e aos pedidos que neles se deduzem (processo de conhecimento ou cautelar, pedido de cautelar ou de antecipação, etc). Esse parágrafo tem, porém a virtude de ser explícito e específico, abrindo caminho à exorcização do fantasma da radical distinção entre medidas cautelares e antecipatórias.”⁸

Interessante questão a ser abordada no tema da mão dupla da fungibilidade é o aspecto procedimental. Isso porque o deferimento de cautelar no âmbito do processo de conhecimento não gera maiores problemas, na medida em que se está diante do procedimento comum que confere amplos meios de defesa ao réu.

Por outro lado, não se desconhece que o rito cautelar pressupõe prazos mais curtos e restrições no tocante à produção probatória. Por conta disso, Nelson Nery Júnior entende que é possível a mão dupla da fungibilidade, desde que o requerente faça a adequação do seu

7 NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 1º março de 2006. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 92-94.

pedido. Assim, a cautelar só seria indeferida diante da impossibilidade de ser adaptada ao pedido de tutela antecipada.⁹

Dessa forma, admitir a fungibilidade entre as tutelas de urgência é também reafirmar o caráter instrumental do processo, de forma a impedir que os rigores técnicos da lei obstem o jurisdicionado de obter o que de direito em tempo oportuno.

É unânime que a parte não pode ser prejudicada por questões formais ou por divergências de entendimento entre o advogado e o magistrado. Observando que ambas as teses são defensíveis, deve ser aplicado o princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, seja no caso literal da lei, que é quando há uma providência cautelar pleiteada a título de tutela antecipada, ou no sentido inverso, quando o pedido de tutela antecipada é formulado em medida cautelar. Agindo assim, estará o magistrado concedendo proteção ao direito da parte, desde que preenchidos os requisitos para a concessão da medida alterada.

A discussão sobre a fungibilidade vem sendo pacificada no sentido de que realmente deve funcionar em mão-dupla. Ou seja, feito um pedido cautelar no bojo de um processo de conhecimento, deverá o juiz de ofício conhecê-lo e decidi-lo se o pleito é tutela antecipada, levando em consideração a presença dos requisitos que dão ensejos à sua concessão e vice-versa.

7 CONSEQUÊNCIAS DA FUNGIBILIDADE

O dispositivo legal que autorizou a aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência, a bem da verdade, abriu caminho para uma série de possibilidades não expressas na norma. Justificam-se as seguintes possibilidades para incidência da fungibilidade:

- 1) admissão de medida cautelar nominada e inominada sob rótulo antecipatório;
- 2) admissão de medida cautelar nominada e inominada sob o rótulo cautelar;
- 3) pedir medida cautelar e conceder outra medida cautelar;
- 4) pedir medida cautelar nominada ou inominada e receber tutela antecipada;
- 5) pedir antecipação de tutela e receber medida cautelar, e
- 6) pedir antecipação de tutela e receber outra tutela antecipada.¹⁰

Este leque de possíveis adaptações no manejo das tutelas de urgência encontra fundamento nos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, bem

⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 1º março de 2006. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 460.

¹⁰ Disponível em: <http://www.uems.br/portal/biblioteca/repositorio/2012-02-07_08-35-55.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2013.

como na tendência atual de se permitir cognição e execução num único processo. É a volta do sincretismo em prol da efetividade do sistema processual.

Pelo princípio da economia processual, em termos gerais, espera-se obter o máximo de aproveitamento da lei com o mínimo dispêndio de atos processuais. Entende-se que o processo deve ter o mínimo possível de atos materiais, mas visando ao máximo de resultados práticos. Assim, a escolha errônea de técnicas de urgência, quando constituírem apenas obstáculos à efetividade processual, deve ser preterida em favor dos resultados práticos que a jurisdição necessita atingir.

A fungibilidade, portanto, aplicada em tantas variáveis quanto possíveis, encontra no princípio da economia processual um de seus grandes baluartes, uma vez que, ao oportunizar a concessão de medidas urgentes, mesmo que solicitadas por meio inadequado, garante àquele que tem pressa na obtenção da tutela jurisdicional a segurança de não se ver no prejuízo em função de formalismos.

Ademais, o princípio da instrumentalidade das formas também pode ser tomado como parâmetro para justificação da fungibilidade, tal qual disciplinada pela Lei 10.444/2002. Tal princípio prevê que determinado ato poderá ser considerado válido mesmo que não tenha obedecido à formalidade prevista em lei, desde que alcance sua finalidade. É o que se determina nos arts. 154 e 244 do CPC:

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.

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Por certo que total desprezo pela forma dos atos processuais implicaria em atribuir ao magistrado arbitrariedade em suas decisões, já que estaria livre para o acatamento ou não de qualquer manifestação das partes. Todavia, insistir na rigidez e inflexibilidade do processo, não raro, importa em denegação da justiça.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 182), “é preferível transigir com a pureza dos institutos do que (sic) sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário [...]”.

De fato, a instrumentalidade das formas consiste também em firme alicerce para a estruturação da fungibilidade das tutelas urgentes.

Feitas as ponderações acerca dos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, cumpre destacar brevemente o processo sincrético na atualidade. A noção de sincretismo processual hodiernamente está atrelada à possibilidade de num único processo conceber-se as funções cognitiva, executiva e cautelar.

A alteração trazida pelo § 7º do art. 273 leva ao entendimento de que o processo de conhecimento atingiu quase a plenitude do sincretismo das funções jurisdicionais, pois, na própria relação jurídica processual com função cognitiva, podem ser alcançadas a tutela cautelar e a tutela executiva, via tutela específica ou antecipada.

Desse modo, tem-se que, com a antecipação de tutela, já havia a possibilidade de conciliar as funções cognitiva e executiva do processo, possibilitado também a cumulação de cognição e cautela, já que, no próprio processo de conhecimento, está o juiz autorizado a conceder medida cautelar, independentemente de nova ação.

Logo, a busca pelo sincretismo das funções jurisdicionais é mais um elemento determinante para que não somente aplique-se a fungibilidade nos moldes do § 7º do art. 273, mas também em suas variantes doutrinárias.

Por todo o exposto é que a nova regra introduzida pela Lei 10.444/2002 provocou demasiada empolgação numa gama de processualistas que apostam no estabelecimento de um regime jurídico único para as tutelas de urgência, tal como se dá no ordenamento jurídico italiano que tem, no art. 700 de seu estatuto processual, regra geral para as tutelas emergenciais.

A busca pela universalização das tutelas de urgência apoia-se no fato de que tanto a técnica cautelar quanto a técnica antecipatória visam, em última análise, prevenir a ocorrência de danos irreparáveis na esfera dos direitos daquele que as reivindica.

Logo, da concentração do regime jurídico das tutelas de urgência, resulta a possibilidade do magistrado, sempre que presentes os pressupostos autorizadores do pleito em questão, conceder o provimento apto a solucionar a emergência do caso em concreto, independentemente da forma como se deu o requerimento da medida.

8 A UTILIDADE DO PROCESSO CAUTELAR PERANTE À FUNGIBILIDADE

Com a inserção expressa da fungibilidade entre as tutelas de urgência no § 7º do art. 273 do CPC, parte dos processualistas brasileiros passaram a acreditar no fim do processo cautelar como meio de assegurar direitos que corram o risco de dano iminente.

Isto se deu pelo fato de que, prevendo o legislador a possibilidade da parte obter medida assecuratória no bojo do processo de conhecimento, tal qual reza o referido § 7º - já que o juiz poderá assim proceder em virtude da fungibilidade dos institutos - restaria, então, prejudicado o uso do processo cautelar, pela inutilidade aparente do mesmo face à alteração legislativa, pois, ao admitir a possibilidade de se pedir a tutela cautelar na própria ação de conhecimento, o legislador promoveu uma verdadeira revolução na concessão das

denominadas tutelas de urgência. Assim, não se justifica mais o ajuizamento de uma ação cautelar incidental autônoma, uma vez que, a partir de agora, pode o autor cumular o pedido principal e cautelar num único processo.

Não se pode negar, por certo, que a alteração inserida pela Lei 10.444/2002 no regime das tutelas de urgência implica num enxugamento do processo cautelar, todavia, imaginar sua total exclusão do ordenamento parece medida um tanto precipitada e extrema.

Num primeiro momento, a tutela cautelar continuará sempre diferindo da tutela antecipada quanto aos seus efeitos imediatos, pelo que subsistirá mesmo se obtida via processo de conhecimento. Logo, não se deve confundir processo cautelar com tutela cautelar. O processo refere-se ao instrumento a ser utilizado para requerer a medida assecuratória enquanto a tutela é o próprio provimento a ser concedido.

Ademais, mesmo com a previsão legal da possibilidade de se operar a fungibilidade entre as tutelas de urgência, existem situações em que o processo cautelar ainda se afigura como a técnica mais adequada à disposição do jurisdicionado.

Assim, considerando que diante do atual estágio do processo civil brasileiro ainda há muito que se percorrer para introduzir-se verdadeiro sincretismo entre as funções jurisdicionais de modo a possibilitar a adoção de um regime jurídico único para as tutelas de urgência, pode-se dizer que o processo cautelar ainda desempenha papel relevante dentro do ordenamento jurídico.

Vale destacar que a fungibilidade não tem o condão de aniquilar o processo cautelar, ao qual se dedica um livro inteiro do estatuto processual brasileiro. Cognição, execução e cautela em processos distintos correspondem à estrutura sobre a qual se afirmou a ciência processual no Brasil. Embora prejudicial à efetividade do processo, tal modelo normativo é o que ainda vige.

A bem da verdade é que a fungibilidade entre as tutelas de urgência não veio com o propósito de eliminar as diferenças existentes entre as mesmas. Quando se paira a dúvida de qual medida a ser requerida, mostra-se a alteração inserida pelo § 7º do art. 273 do CPC de grande relevância, já que impede que determinada exigência técnica comprometa a tutela efetiva de direitos. Não obstante, quando ausente qualquer dúvida, o processo cautelar continuará subsistindo e atuando no campo que lhe compete.

A fungibilidade entre as tutelas de urgência constitui verdadeira manifestação do poder geral de cautela que possibilita ao magistrado conferir, a quem tem um direito emergente, sua pronta satisfação. Isto não significa, todavia, que o legislador não faça mais distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. Ambas subsistem cada qual com suas

características próprias. O que se pretende evitar, apenas, é que não se radicalize tal diferenciação ao ponto de se denegar justiça.

8 CONCLUSÃO

As tutelas de urgência se mostram como efetivos instrumentos para evitar o dano à parte premida por uma situação de urgência, diante da moderna concepção do processo civil como um meio para a efetiva concretização do direito material. Nestas situações, existe a iminência da ocorrência de uma lesão irreparável ou de difícil reparação.

As cautelares surgiram da necessidade de proteger o bem ameaçado, o qual fora postulado em uma lide, em que, não ocorrendo essa proteção, de nada adiantaria o juiz deferir o pedido do autor. É uma forma de prevenir a eficácia do processo principal.

O legislador introduziu no Código de Processo Civil, em seu artigo 273, a chamada tutela antecipada, pois a medida cautelar não tem poder de satisfazer antecipadamente a pretensão do autor, mas sim assegurar provisoriamente essa pretensão. Buscando de forma mais célere e justa e desde que preenchidos os requisitos necessários, o magistrado poderá deferir o pedido feito pelo autor.

A tutela antecipada é uma antecipação do próprio pedido na petição inicial. Enquanto que a antecipação de tutela é considerada uma tutela satisfativa, a medida cautelar é considerada uma medida preventiva.

Para a concessão da tutela cautelar, era necessária a propositura de um processo autônomo, preparatório ou incidental, por meio do qual a parte pleiteava medida assecuratória que tinha por escopo instrumentalizar outro processo dito principal. Tal medida não se prestava a satisfazer direitos, mas apenas evitar que, no trâmite do processo principal, a decisão restasse inócua pelo exaurimento do bem litigioso em virtude da demora processual. Assim, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, concedia-se a tutela cautelar.

Quando se tratava de conferir, desde logo, o direito material à parte, a medida apropriada era a tutela antecipatória que, podendo ser revogada a qualquer tempo, tinha seus efeitos coincidentes com o resultado a ser obtido na sentença final. Porquanto satisfativa, a tutela antecipatória requer a verossimilhança das alegações baseada em prova inequívoca.

Nesse contexto, a Lei 10.444/2002 representou um grande avanço, na medida em que possibilitou a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, possibilitando a proteção da parte que aparentemente tem razão em detrimento dos formalismos que sempre nortearam o processo civil.

Era a consagração da fungibilidade entre as tutelas de urgência. Embora a lei tenha se referido à aplicação do instituto tão só no sentido tutela antecipada-tutela cautelar, doutrina e jurisprudência, em sua maioria, admitem-nas também no sentido inverso. Fundamenta-se a fungibilidade no próprio poder geral de cautela que, por sua vez, atende ao princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual.

Porém, há limites para que se opere essa fungibilidade. Devem ser respeitadas as garantias constitucionais do processo, principalmente no tocante àquele sobre quem vai recair os efeitos do deferimento da tutela de urgência. Isto é, a ampla defesa e o contraditório não podem ser maculados por conta de uma pretensa fungibilidade entre as espécies de tutela de urgência.

A fungibilidade entre as tutelas de urgência não autoriza a crer na equiparação entre tutela cautelar e tutela antecipada. Cada qual subsiste com suas características próprias e efeitos díspares. A alteração legislativa se propôs apenas a impedir que o rigor técnico da lei dificultasse, à parte, o provimento de seu pedido em razão da via eleita para elucidá-lo.

Nesse aspecto, surge a crítica à mão dupla da fungibilidade, principalmente no tocante à impropriedade da via eleita – falta de interesse processual, na medida em que para parte da doutrina é inviável o deferimento de uma tutela antecipada que prescinde de análise sumária do mérito da relação jurídica litigiosa, no âmbito do processo cautelar.

Observa-se que o rito cautelar é mais estrito, tendo em vista o prazo de defesa e a escassa dilação probatória. O deferimento de uma medida tão gravosa como a tutela antecipada no bojo de um processo cautelar pode, a princípio, configurar prejuízo à ampla defesa do réu, o que seria, em tese, inconstitucional.

Para ultrapassar essa questão, alguns juristas entendem que, nesse caso, a fungibilidade só pode se operar se o autor alterar o rito processual adotado, adequando sua fundamentação e seu pedido à natureza da providência requerida – antecipação de tutela, o que se entende ser medida mais razoável, tendo em vista que preserva o processo, ou seja, evita uma sentença extintiva sem resolução do mérito, mas ao mesmo tempo não implica em prejuízo ao réu, na medida em que o rito será alterado para que seja possível a concessão da tutela de urgência, prevenindo-se o dano que está na iminência de ocorrer.

Por outro lado, no caso de risco de perecimento de bens jurídicos relevantes, a fim de que o jurisdicionado não fique sem a necessária proteção estatal, a tutela antecipada deve ser deferida mesmo antes da adequação do procedimento, sanando-se essa questão em momento posterior.

Desta forma, o processo será efetivamente instrumental e atingirá seu objetivo que é ser um meio para que se chegue à pacificação dos conflitos com justiça, garantindo-se o atendimento pleno do princípio constitucional do acesso à jurisdição.

Diante do exposto, considera-se a aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência um grande avanço para o processo civil brasileiro, já que prima pela efetividade e instrumentalidade do processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº. 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 19 abr. 2013.

_____. **Lei nº. 8.952**, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm>. Acesso em: 19 abr. 2013.

CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**. 15. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. v. 2.

DINAMARCO, C. R. **A reforma da reforma**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DONIZETTI, E. **Curso didático de direito processual civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

NERY JÚNIOR, N. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 1º março de 2006. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012.

SILVA, O. A. B. da. **Curso de processo civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2.