

LUCIANA FLORIANO CHAVES FRADE

**A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA**

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DE PROCESSO CIVIL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – 2014

LUCIANA FLORIANO CHAVES FRADE

**A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA**

Monografia realizada em atendimento a requisito para obtenção do título de Especialista em Direito de Processo Civil no curso ministrado pela PUC – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

**ORIENTADORA: BERENICE SOUBHIE NOGUEIRA MAGRI**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
SÃO PAULO – 2014

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

À professora e orientadora Dra. Berenice, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas correções e incentivos;

À PUC, pela oportunidade de estudo e de fazer novos amigos, em especial, a Mariá Maynard, Bruna Arouca, Leonardo Ruiz, Vitor Nunes e Thiago Giacon, que diretamente fizeram parte desse trabalho, colaborando com a formação das minhas convicções e enriquecendo o meu aprendizado;

À minha filha Yasmin, que embora não tenha consciência disso, influenciou de maneira especial meus pensamentos em busca de mais conhecimentos.

## RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem como escopo a análise do princípio da fungibilidade nas tutelas de urgência como instrumento de alcance da efetividade jurisdicional, com proposta de contribuir com subsídios teóricos objetivando a máxima simplificação do seu procedimento em detrimento do formalismo exacerbado que culmina com a morosidade da Justiça, fator que gera o seu descrédito perante a sociedade nos dias atuais. Para isso, faz-se necessária a abordagem do princípio da fungibilidade e seu impacto na tutela de urgência em decorrência da inovação introduzida na legislação processual pela Lei 10.444/2002 que inseriu o parágrafo 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, com a nítida intenção de prestigiar a celeridade na prestação jurisdicional, proporcionando aos cidadãos o amplo acesso à justiça como garantia fundamental estatuída na Constituição Federal. Contudo, diante da divergência estagnada acerca do tema que gira em torno das espécies e função das tutelas de urgência, observa-se a exagerada preocupação com a análise dos seus pressupostos que acaba por desvirtuar o seu verdadeiro objetivo. O presente trabalho busca amenizar a importância acerca da classificação das espécies de tutela de urgência e enfatiza a principal característica deste tipo de tutela: a urgência, relativizando a importância dos demais pressupostos. Tudo para enriquecer o debate com o principal objetivo de alcançar a efetividade da tutela jurisdicional proposta pelo legislador através da inovação trazida por este instituto.

Palavras-chave: tutela de urgência, segurança jurídica, efetividade jurisdicional, fungibilidade de tutelas, celeridade.

## **ABSTRACT**

This scholarly work is scoped to the analysis of the principle of fungibility in the guardianship of urgency as an instrument of power of judicial effectiveness, with proposed contribute to theoretical subsidies aimed at maximum simplification of its procedure to the detriment of the excessive formalism that culminates with the slowness of Justice, factor that generates its disrepute towards society nowadays. For this, it is necessary to approach the principle of fungibility and its impact on the tutelage of urgency as a result of the innovation introduced into procedural legislation by law 10,444/2002 which entered the §7 article 273 of the code of Civil procedure, with the clear intention to honor the speed in providing judicial review, providing citizens with the wide access to justice as fundamental guarantee provided for in the Federal Constitution. However, in the face of stagnant divergence about the theme that revolves around species and function of the guardianship of urgency, the exaggerated concern with analysis of its assumptions that ultimately misrepresent their true goal. The present paper seeks to lessen the importance of classifying emergency guardianship and emphasizes the main characteristic of this type of guardianship: the urgency, relativising the importance of other assumptions. All to enrich the debate with the main objective to achieve the effectiveness of judicial protection proposed by the legislature through the innovation brought by this Institute.

**Keywords:** emergency guardianship, legal certainty, effectiveness, fungibility of judicial guardianship, Celerity.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	08
2. A FUNGIBILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO .....	11
2.1. Princípios e regras.....	11
2.1.1. Conceito de Princípios Jurídicos.....	11
2.1.2. Conceito de Regra Jurídica.....	13
2.1.3. A divergência nos critérios de distinção entre princípios e regras.....	15
2.2. A fungibilidade como norma jurídica.....	18
2.3. Princípios informadores da fungibilidade.....	23
2.3.1. Princípio da instrumentalidade das formas.....	23
2.3.2. Princípio da economia processual .....	26
2.4. Requisitos para aplicação da fungibilidade.....	28
3. TUTELAS DE URGÊNCIA.....	36
3.1. Breve histórico das tutelas de urgência.....	36
3.2. Conceito da tutela de urgência.....	41
3.3. Espécie e características das tutelas de urgência.....	47
4. A APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE NAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	56
4.1. A exposição da divergência.....	56
4.1.1. A fungibilidade de mão dupla.....	59
4.1.2. A fungibilidade de mão única.....	65
4.1.3. A infungibilidade entre as tutelas de urgência.....	70
5. CONCLUSÃO.....	76
6. BIBLIOGRAFIA.....	79

## 1. INTRODUÇÃO

A nossa sociedade vive em constante transformação. A revolução tecnológica e o avanço da ciência são os grandes responsáveis por essas mudanças, impondo ao homem contemporâneo inovações em todos os aspectos da vida social. Referidos avanços demandam novos comportamentos que se adaptam às exigências do dia-a-dia.

As mudanças sofridas ao longo dos anos e o surgimento de situações conflitantes para as quais o legislador não havia previsto uma solução demandam um trabalho intelectual complexo dos operadores do direito, forçando-os a pensar em soluções jurídicas rápidas para adequá-las a realidade que surge a cada momento, a fim de satisfazer a pretensão daquele cidadão que busca ajuda do Poder Judiciário.

A cada instante surge uma nova norma ou mini reforma das normas legais respondendo rapidamente as aspirações da sociedade. Contudo, essas inovações trazem conseqüências inesperadas e indesejadas decorrentes da divergência que surge com o seu estudo e interpretação, causando verdadeiros “nós” processuais que comprometem a prestação jurisdicional e a efetivação do direito material.

Assim, diante das inúmeras inovações e reformas inseridas no atual Código de Processo Civil, os legisladores e juristas trabalham no projeto de lei que trará uma grande reforma no sistema processual civil, atendendo às necessidades dos jurisdicionados que esperam segurança e celeridade nos conflitos.

E uma das inovações trazidas, até o momento, no referido projeto, é o instituto da tutela de urgência, agora expressa no Livro I, Parte Geral, que teve como inspiração a Lei 8952/1994 que inseriu a tutela antecipada no nosso ordenamento jurídico, e, mais recentemente, a Lei 10.444/2002, que trouxe a inovação abordada neste ensaio decorrente do parágrafo 7º, ao artigo 273, do Código de Processo Civil, acerca da fungibilidade entre as medidas cautelares e as tutelas antecipadas.

Esta novidade é de suma relevância, eis que dá uma roupagem nova à tutela de urgência, enaltecendo o seu papel dentro do Processo Civil, e, junto com as inovações, reflexões e divergências inexauríveis entre os juristas.

Considerando que a “Parte Geral” é a parte comum entre todos os Livros que se sucederem a esta, dentro dos Códigos, pode-se afirmar que a Tutela de Urgência será, e já vem sendo tratada como um instituto simples, utilizável em qualquer procedimento, por ambas as partes, desde que presente o seu principal requisito: a urgência.

A assertiva acima exposta decorre da seguinte lógica: se um cidadão busca uma tutela jurisdicional é porque possui expectativa do seu direito. Se neste direito, do ponto de vista do requerente, demonstrar-se o fator da urgência seja para antecipar os efeitos da tutela, seja para acautelar o provimento jurisdicional em outro processo, caberá ao magistrado apreciar o seu pedido, com base nas provas carreadas, deferindo-o ou não.

Esta é a finalidade do presente trabalho. Trazer subsídios para demonstrar que o procedimento da tutela de urgência, bem como o seu entendimento, pode ser simples.

Contudo, as discussões doutrinárias acerca do assunto são inúmeras. Muitos doutrinadores e magistrados dão enfoque à distinção entre as tutelas cautelares e antecipatórias, preocupando-se sobremaneira em analisar as suas características, pressupostos e requisitos, trazendo conseqüências drásticas aos jurisdicionados, dentre elas a morosidade da Justiça, quiçá a falta da prestação jurisdicional adequada.

Referida preocupação desvirtua a finalidade da norma introduzida na legislação processual civil, causando embaraços que afetam o direito de ação constitucionalmente garantido aos cidadãos.

Esse trabalho tem como objetivo pontuar as questões divergentes acerca das espécies de tutelas de urgência e demonstrar que a referida divergência não é de suma relevância para a aplicação da fungibilidade, quando caracterizada a urgência do pedido deduzido pelo requerente.

E esse posicionamento é franqueado pela inserção do parágrafo 7º, do artigo 273, do atual Código de Processo Civil, que ameniza a importância da referida classificação, cuja mensagem do legislador é justamente sobrelevar o fato da urgência nos casos que assim necessitarem.

A base deste entendimento é o Projeto do Novo Código de Processo Civil e os estudos dos operadores de direito que contribuíram para isto. Parece que a proposta trazida no referido projeto é ajudar a chegar a um consenso sobre o instituto, considerando o fim a que foi proposto que é a celeridade na efetivação do direito material, ao lado da efetividade da prestação jurisdicional baseada em um processo justo e eficaz.

Para atingir a finalidade do presente trabalho, foi necessário dividi-lo em três capítulos. O primeiro capítulo destinado ao entendimento do princípio da fungibilidade ou norma da fungibilidade, apenas. O segundo capítulo destinado às tutelas de urgência, analisando o conceito e espécies e, por fim, o terceiro capítulo, com exposição dos pontos divergentes relevantes na doutrina.

## 2. A FUNGIBILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

### 2.1 Princípios e Regras

#### 2.1.1 Conceito de princípios jurídicos

Antes da Constituição Federal de 1988, os princípios não tinham força de norma jurídica. Eram considerados idéias de direção, orientação de comportamento. Após o advento da Carta Magna e com a evolução do Direito, os princípios adquiriram força e se tornaram comandos dotados de efetividade e juridicidade.

Muitos autores defendem a corrente de que os princípios jurídicos estão em posição superior a própria Constituição Federal, considerando as normas hierarquicamente organizadas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, pois são considerados como a base que estrutura e dá fundamento à Lei Maior.

Celso Bandeira de Melo<sup>1</sup> assim se pronunciou:

*“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.*

O termo princípio pode ter muitos significados e ser utilizado em vários contextos, por isso a dificuldade na sua definição. Por exemplo, a Filosofia, a Sociologia, o Direito, possuem uma definição própria do termo princípio, cada qual sob sua ótica.

---

<sup>1</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 584.

No sentido jurídico do termo princípio, merece destaque a definição de Roque Antônio Carraza<sup>2</sup>:

*“Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.*

Plácido e Silva<sup>3</sup> define princípios da seguinte forma:

*“No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando assim, a conduta a ser tida em qualquer ação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeito axiomas”.*

Importante transcrever a definição do termo princípio no magistério de Bandeira de Mello<sup>4</sup>:

*“Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.*

No magistério de Bandeira de Mello, o princípio exerce papel fundamental no sistema normativo, dando-lhe sentido e possibilitando a sua exata compreensão.

Os princípios aparecem como linhas diretivas que fortalecem a compreensão dos setores normativos, servindo como fator de agregação às normas jurídicas, atribuindo força às regras jurídicas que se encontram sob influência do valor encontrado no princípio.

Oportuno citar os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho<sup>5</sup> acerca dos princípios:

<sup>2</sup> Carraza, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pág. 33.

<sup>3</sup> Silva, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Vol. III, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pág. 447.

<sup>4</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 1998.

*“Em Direito, utiliza-se o termo ‘princípio’ para denotar as regras de que falamos, mas também se emprega a palavra para apontar normas que fixam importantes critérios objetivos, além de ser usada, igualmente, para significar o próprio valor, independentemente da estrutura a que está agregado e, do mesmo modo, o limite objetivo sem a consideração da norma. Assim, nessa breve reflexão semântica, já divisamos quatro usos distintos: a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e d) como o limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma.”*

Diante dos ensinamentos trazidos pelos autores citados, podemos dizer que os princípios jurídicos estão sempre impregnados de valor, e, esse componente axiológico pode apresentar variações de princípio para princípio, de maneira que existem preceitos que trazem consigo fortes valores e acabam exercendo papel significativo sobre o ordenamento.

Daí a importância dos princípios no nosso ordenamento jurídico.

### **2.1.2 Conceito de regra jurídica**

A regra é uma norma jurídica que se impõe a todos como preceito dominante e indiscutível. São elas que dão concreção aos princípios jurídicos.

As regras jurídicas são enunciados descritivos e prescritivos que regulamentam o comportamento e a conduta social, ou seja, ditam o *dever ser*. Elas são aplicáveis por completo, ou não são aplicáveis.

Luiz Flávio Gomes<sup>6</sup> explica como incidem as regras se refere aos ensinamentos de Ronald Dworkin:

*“Conflito versus colisão: as regras (normalmente) disciplinam uma situação determinada; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não*

---

<sup>5</sup> Carvalho, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 159.

<sup>6</sup> Gomes, Luiz Flávio. *Normas, regras e princípios: conceitos e distinções (parte I)*. Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2074820>. Consultado em 06/03/2014.

*ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em conflito; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral (princípio da especialidade), a lei posterior afasta a anterior (princípio da posterioridade), a norma superior prepondera sobre a norma inferior (princípio da hierarquia). Muitas vezes, é um princípio que entra em ação para resolver o conflito entre duas regras.”*

Plácido e Silva<sup>7</sup> define regra da seguinte forma:

*“Do latim regula, de regere (dirigir, reger), entende-se tudo que se dispõe ou que se estabelece para servir de modo, de forma ou de ordem, a fim de que sejam conduzidas as coisas ou sejam executados os atos. (...) Juridicamente, a regra traz o sentido geral: é o modo de proceder, é a imposição de forma ou a conduta imposta no texto legal. A regra importa sempre na imposição de um princípio ou preceito geral, para ser cumprido, sem qualquer restrição.”*

Diante dos ensinamentos colacionados no presente trabalho, podemos definir regras como prescrições específicas no ordenamento jurídico que estabelecem uma hipótese e a consequência determinada, caso se verifique a subsunção da hipótese prevista.

As regras jurídicas possuem a estrutura de um juízo hipotético condicional: a hipótese descreve um fato possível de ocorrência. A consequência prescreve uma relação jurídica sob a forma de uma permissão, obrigação ou proibição.

Paulo de Barros Carvalho<sup>8</sup> divide as regras em dois grupos: regras de comportamento e regras de estrutura:

*“As primeiras estão diretamente voltadas para a conduta das pessoas, nas relações de intersubjetividade; as de estrutura ou de organização dirigem-se igualmente para as condutas interpessoais, tendo por objeto, porém, os comportamentos relacionados à produção de novas unidades deôntico-jurídicas, motivo pelo qual dispõe sobre órgãos, procedimentos e estatutem de que modo as regras devem ser criadas, transformadas ou expulsas do sistema”.*

As regras jurídicas compõem um sistema rígido de normas. Tudo que se encontra expresso neste sistema de normas, ou vale ou não vale. Referida observação desempenha importante papel no estudo das normas de direito fundamental.

<sup>7</sup> Silva, Plácido e. Vocabulário Jurídico, Vol. IV, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pág. 75.

<sup>8</sup> Carvalho, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 154.

Isso porque se adotássemos um sistema normativo baseado somente nas regras jurídicas, haveriam de ser descritas todas as situações que necessitariam de uma prescrição normativa, ou seja, todos os comportamentos que precisam ser regulados por normas, o que seria impossível.

Por isso que se defende um sistema normativo de regras e princípios, na medida em que estes são flexíveis e podem preencher as lacunas da lei.

O ordenamento jurídico apresenta lacunas e nem sempre abarca as soluções necessárias para os diversos problemas apresentados pela sociedade, na medida em que passa por constante evolução, necessitando de complemento para a solução do caso concreto.

De acordo com os conceitos trazidos pelos autores, não se deve pensar em regras sem os princípios, pois são eles que dão sustentação e elementos para o nascimento das regras.

No entanto, não existe sistema somente de princípios, eis que geraria uma insegurança normativa considerando as características do nosso sistema, que partem da norma geral para o particular.

Por outro lado, um sistema baseado na rigidez das normas expressas obsta a discussão e a flexibilidade. A legislação seria exaustiva, impedindo qualquer possibilidade de interpretação que não aquela dada pelo legislador, que, às vezes, não consegue se expressar claramente, dizendo mais ou menos do que pretendia declarar.

Contudo, entender a norma jurídica é uma tarefa árdua, na medida em que se torna difícil a diferenciação entre princípios e regras, cujo papel é relevante para a teoria do direito. A doutrina diverge nos critérios de distinção entre as espécies de norma jurídica.

### **2.1.3 A divergência nos critérios de distinção entre princípios e regras**

O direito se expressa através de normas jurídicas, que, por sua vez, se exprimem através de princípios e regras. Assim, princípios jurídicos e regras jurídicas são espécies do gênero norma jurídica.

Pode-se afirmar, então, que a distinção entre regras e princípios ocorre entre dois tipos de normas, pois ambos dizem o que *deve ser*, e são construídos a partir de expressões deônticas básicas da ordem, da permissão e da proibição.

No entanto, a distinção entre tais normas não é tarefa fácil, existindo na doutrina vários critérios utilizados para este fim.

Felipe Oliveira de Sousa<sup>9</sup> explica quais os critérios mais utilizados na doutrina e faz ressalva acerca da divergência entre eles:

*“Os critérios que são usados para elaborar a distinção entre princípios e regras mostram-se muito diversos, e, às vezes, até inconciliáveis entre si. Não há um consenso, por exemplo, se entre princípios e regras (i) há uma relação de cogeneralidade, caso em que princípios e regras seriam dois gêneros autônomos de categorias normativas, ou (ii) há uma relação de especialidade, caso em que princípios e regras seriam duas espécies de uma mesma categoria conceitual, designada, genericamente, como o termo ‘norma jurídica’, ou (iii) há uma relação não entre dois tipos conceituais claramente definidos, mas, sim, uma relação entre dois modos distintos de aplicar enunciados normativos a casos concretos”.*

A distinção entre as espécies de norma jurídica ganhou destaque na doutrina contemporânea da teoria do direito, principalmente com a obra de Robert Alexy, que parte de dois pressupostos básicos para realizar a tarefa: *(i) o de que a distinção entre princípios e regras é uma distinção entre duas espécies do gênero “norma” e (ii) o de que a distinção tem um caráter qualitativo, e não de grau.*<sup>10</sup>

Luiz Guilherme Marinoni<sup>11</sup> escolheu a classificação do autor para fazer a distinção entre princípios e regras. E cita os seus ensinamentos:

---

<sup>9</sup> Sousa, Felipe Oliveira. *O raciocínio jurídico entre princípios e regras*. Artigo disponível em [www.senado.leg.br](http://www.senado.leg.br), consultado em 05/03/2014, pág. 04

<sup>10</sup> Sousa, Felipe Oliveira. ob. cit. pág. 01.

<sup>11</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pág. 226.

*“Afirma que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ao passo que as regras são normas que podem ser cumpridas ou não, uma vez que, se uma regra é válida, há de ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Por isso, os princípios, ao contrário das regras, são chamados de mandatos de otimização, que podem ser realizados em diferentes graus, consoantes as possibilidades jurídicas e fáticas”.*

De acordo com Robert Alexy, os princípios são mandados de otimização e regras são mandados definitivos. Explica<sup>12</sup>:

*“E como mandados de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos”.*

Como se vê, a teoria de Robert Alexy é sempre lembrada pelos doutrinadores, contudo não é capaz de pacificar o assunto acerca dos critérios de distinção entre princípios e regras.

Sobre o assunto, importante transcrever a diferenciação trazida por Humberto Bergmann Ávila<sup>13</sup>:

*“Regras como normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. (...) Os princípios como sendo normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”*

Ainda sobre os critérios de distinção entre regras e princípios com o objetivo de entender o sistema normativo, não poderia deixar de mencionar a visão de Canotilho, que defende um sistema normativo aberto de regras e princípios, e corrobora toda a exposição trazida até aqui.

<sup>12</sup> Sapucaia. Rafael Vieira Figueiredo. *O modelo de regras e princípios em Robert Alexy*. [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10552](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10552). Consultado em 06/03/2014.

<sup>13</sup> Ávila, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006. p. 78 – 9

Para ele, os “*princípios são normas compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionalismos fáticos e jurídicos, enquanto que as regras impõem, permitem ou proíbem uma conduta, de forma imperativa, que é ou não cumprida. No caso de conflito, podem ser harmonizados, pesados conforme seu peso e seu valor em relação a outros princípios. Já as regras, se têm validade, devem ser cumpridas exatamente como prescritas, pois não permitem ponderações. Se não estão corretas, devem ser alteradas. Isso demonstra que a convivência dos princípios é conflitual – coexistem –, enquanto a das regras é antinômica – excluem-se (Canotilho, 1998, p. 1125)*”.<sup>14</sup>

Observa-se, destarte, que o melhor modelo de sistema normativo é o sistema composto por regras e princípios na medida em que há uma complementaridade entre um e outro, favorecendo o magistrado no momento da aplicação da regra ao caso concreto, estando disponíveis os princípios como elemento de agregação de valor à decisão tomada.

Importante ressaltar que a menção ao assunto é apenas uma forma de introdução ao objetivo proposto nesta sessão, anotando-se a ampla aceitação doutrinária acerca da distinção entre princípios e regras como uma distinção entre duas espécies de normas. É esse o objetivo deste capítulo, demonstrar que princípios jurídicos e regras jurídicas são espécies do gênero normas jurídicas.

## **2.2. A fungibilidade como norma jurídica**

A palavra fungível é derivada do latim *fungibilis*, de fungir (cumprir, satisfazer).

Na linguagem comum, a fungibilidade é definida como tudo aquilo que se gasta ou se consome.

No conceito jurídico, fungível é tudo aquilo que possa ser substituído por outra coisa.

---

<sup>14</sup> Gomes, Daniela Vasconcellos. *A distinção entre regras e princípios na visão de J. J. Gomes Canotilho*. Disponível em [www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1318](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1318). Consultado em 07/03/2014.

Para o direito material, fungibilidade significa possibilidade de troca e o artigo 85, do Código Civil Brasileiro traz um exemplo desta visão, dispondo que são bens fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

De Plácido e Silva<sup>15</sup> define fungível:

*“Embora fungível se mostre na acepção de consumível, porque fungível tem o sentido de referir-se ao que satisfaz, ou cumpre a sua função, na técnica jurídica eles se distinguem, notadamente quando se referem às coisas. A coisa fungível é a substituível. A coisa consumível é a que se anula ou desaparece desde que cumpra a sua finalidade ou dela se tenha tirado a sua utilidade. Mas, o direito emprega fungível para significar a substitutibilidade de uma coisa por outra, sem alteração de seu valor, desde que possa contar, medir ou pesar.”*

No direito processual, a grande maioria dos doutrinadores se refere ao princípio da fungibilidade na esfera recursal, utilizando-a para aproveitar o recurso da parte, que de forma equivocada e sem má-fé processual, interpôs para atacar uma decisão judicial.

Neste contexto, o princípio da fungibilidade aparece como um instrumento de colaboração para a parte que se utiliza de um recurso processual inadequado no momento de sua interposição, aproveitando-o como se o acertado fosse.

Percebe-se, neste caso, que a formalidade cede para privilegiar a finalidade e a função do processo que objetiva a entrega da tutela jurisdicional.

Esta é a tendência do direito processual moderno, onde se busca a entrega da tutela jurisdicional de forma célere e efetiva, flexibilizando a aplicação das normas e dos princípios processuais.

Sobre os princípios processuais, especificamente os aplicados aos atos processuais, Moacyr Amaral Santos<sup>16</sup> explica:

*“Diz-se que o Código de Processo Civil adotou o sistema da finalidade da lei e do prejuízo. Não deixa de estar certo. Preferimos, entretanto, dizer que o sistema das*

---

<sup>15</sup> De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Vol II, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pág. 336.

<sup>16</sup> Santos, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1997, Volume 2º, página 65.

*formas e das nulidades processuais se rege pelo princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, conforme o qual estes são havidos como válidos ou inválidos segundo os atos tenham ou não atingido sua finalidade. Implícito está no princípio que, onde o ato, embora inobservada a forma, houver atingido a sua finalidade, não haverá prejuízo, como haverá na hipótese de não haver atingido.*

O princípio da fungibilidade recursal apareceu no ordenamento jurídico brasileiro através da previsão expressa contida no artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939 assim dispunha: “*salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento.*”.

A regra prevista no Código de Processo Civil de 1939 foi uma solução diante de tantas dúvidas que existiam naquela época sobre qual o recurso adequado para atacar determinadas decisões judiciais.

No entanto, a regra antes expressa deixou de existir no atual Código diante da simplificação do sistema de recursos, contudo, o princípio da fungibilidade continuou a ser aplicado não apenas no sistema recursal, mas em outros procedimentos processuais, passando a ser entendido como um elemento importante no alcance da prestação efetiva da tutela jurisdicional.

Mário Antonio Lobato de Paiva<sup>17</sup> escreve sobre princípio da fungibilidade nos recursos:

*“Por sua vez, o princípio da fungibilidade indica que um recurso, mesmo sendo incabível para atacar determinado tipo de decisão, pode ser considerado válido, desde que exista dúvida, na doutrina ou jurisprudência, quanto ao recurso apto a reformar certa decisão judicial. Em outras palavras, ressalvados as hipóteses de erro grosseiro, a parte não poderá ser prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo o processo ser conhecido pelo Tribunal ad quem (Código de Processo Civil de 1939, art. 810).”*

Verifica-se que no direito processual o princípio da fungibilidade é bastante usado na esfera recursal e tem nítido significado de substitutividade.

---

<sup>17</sup> Paiva, Mario Antonio Lobato de. Fungibilidade Recursal no Processo Civil – Um modelo jurídico implícito. Disponível <http://www.advogado.adv.br/artigos/2001/mlobatopaiva/fungibilidaderecursal.htm>, 05/01/2014.

Tereza Arruda Alvim Wambier<sup>18</sup>, ao escrever sobre o assunto, apontou o exato momento onde há a necessidade de se aplicar a fungibilidade:

*“Necessário que se volte a repisar, correndo-se o risco da repetitividade: pressuposto da incidência deste princípio é a existência de uma ZONA CINZENTA. Esta zona cinzenta é significativa da existência de opiniões divergentes manifestadas no plano doutrinário e jurisprudência conflitante no PAÍS, (não importando, para fins de incidência do princípio da fungibilidade, que haja unanimidade a respeito do tema no Tribunal) sobre qual seja o veículo correto para formular determinado pedido ou pretensão perante o Poder Judiciário. Obviamente, esta situação não tem lugar exclusivamente no plano dos recursos. E razão genuinamente jurídica inexistente para que não se faça incidir em casos fora desta esfera o princípio da fungibilidade.”*

O posicionamento de Tereza Arruda Alvim Wambier evidencia a tendência da doutrina em utilizar a fungibilidade não apenas nos recursos, mas em outros procedimentos quando presentes os requisitos necessários para a referida aplicação.

Nelson Nery Junior<sup>19</sup> conceitua o referido princípio dentro da esfera recursal:

*“É o princípio pelo qual se permite a troca de um recurso pelo outro: o tribunal pode conhecer do recurso erroneamente interposto. A troca deve ser entendida e aplicada em seu sentido mais amplo, recebendo-se, v.g., a apelação como se agravo fosse, com todos os requisitos e circunstâncias do recurso efetivamente interposto, vale dizer, principalmente dentro do prazo legal de 15 (quinze) dias.”*

Observa-se, na definição trazida por Nelson Nery Junior, que a fungibilidade é vista como um meio de troca e muitos doutrinadores denominam este procedimento, a aplicação da fungibilidade, de *conversão* de um recurso por outro.

Com a inserção do parágrafo 7º do artigo 273, do atual Código de Processo Civil, a fungibilidade passou a ser utilizada nos procedimentos processuais, notadamente nas tutelas de urgência, tendo em vista a necessidade de adequação e aperfeiçoamento das normas processuais vigentes, a fim de que sejam aplicadas aos jurisdicionados. É chamada “*fungibilidade de meios*” por Tereza Arruda Alvim Wambier.

---

<sup>18</sup> Wambier, Tereza Arruda Alvim. *O óbvio que não se vê: A nova forma do princípio da fungibilidade*. Artigo retirado de [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br) em 21/01/2014.

<sup>19</sup> Nery Junior, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10ª ed. rev. atual. 2007 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 809.

Importante ressaltar que a fungibilidade não é vista somente como um princípio, embora, como defendido anteriormente, o princípio é visto como uma verdadeira regra a partir da construção de normas inseridas no ordenamento jurídico.

Alguns juristas, ao referirem-se à tutela de urgência, abordam a fungibilidade como uma verdadeira norma expressa no ordenamento processual civil, em virtude da inserção do parágrafo 7º, no artigo 273, do Código de Processo Civil.

Como exemplo, cita-se a Apelação Cível n. 70013216452, da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora Desa. Elaine Harzheim Macedo – jul. em 25/05/2006:

*“AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM FORÇA NO ART. 267, I, C/C O ART. 295, III, AMBOS DO CPC. CLASSIFICAÇÃO DA PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL. EFETIVIDADE DO PROCESSO. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA.*

*A Lei 10.444, de 07/05/2002, introduzindo o parágrafo 7º no art. 273 do CPC, criou regra de fungibilidade processual recíproca entre as tutelas cautelares e antecipatórias, base nos princípios da finalidade do processo, instrumentalidade das formas e da efetividade da jurisdição. Sentença extintiva desconstituída, para prosseguimento regular do feito. APELAÇÃO PROVIDA.”*

Referida observação é de suma importância, na medida em que a norma da fungibilidade pode ser vista sob duas óticas: a fungibilidade como princípio e a fungibilidade como regra.

Como visto na seção anterior, a norma jurídica é gênero do qual a regra jurídica e o princípio jurídico são espécies. Contudo, importante esclarecer que a fungibilidade é uma norma jurídica, ora vista como princípio, ora vista como regra.

Considerando a fungibilidade recursal, devemos vê-la como princípio, eis que não existe nenhum dispositivo expresso no ordenamento jurídico referindo-se ao instituto. Todavia, como vimos anteriormente, a fungibilidade recursal já foi uma regra processual no Código de 1939 e o fundamento utilizado para a construção de tal regra é agora utilizado no sistema recursal.

Desta forma, a fungibilidade recursal pode ser vista como um princípio, construída através de normas expressas na Carta Magna e legislação infraconstitucional, atual e anterior, reservando uma visão valorativa do cidadão que necessita da sua interpretação.

A fungibilidade entre as tutelas de urgência, conhecida como fungibilidade de procedimentos, é vista como uma regra jurídica, pois imediatamente descritiva, expressa no ordenamento jurídico, decorrente do parágrafo 7º, do artigo 273 do Código de Processo Civil, a qual não dá margem para discricionariedade, devendo ser aplicada tal qual manda uma regra, independente de valoração, pois contém comando com característica de aplicabilidade imediata.

Neste sentido, havendo um pedido com características de tutela antecipada ou tutela cautelar, quando devidamente preenchidos os seus requisitos, deve o magistrado deferi-lo, adequando-o à forma que entender correta, independentemente da nomenclatura atribuída à peça processual.

Referida conduta é imprescindível para concretizar a efetividade e instrumentalidade do processo.

Como explanado anteriormente, a fungibilidade ou princípio da fungibilidade é largamente utilizada tanto no sistema recursal como, atualmente, em outros procedimentos, originando-se de dois princípios processuais, quais sejam: o da instrumentalidade das formas e o da economia processual.

### **2.3. Princípios informadores da fungibilidade**

#### **2.3.1 Princípio da Instrumentalidade das formas**

O princípio da instrumentalidade das formas proporciona uma maior dinâmica ao sistema processual, evitando-se o excesso de formalismo, enaltecendo a finalidade do ato.

O referido princípio encontra correspondência nos artigos 154, caput, 244 e o artigo 250, ambos do Código de Processo Civil, assim dispostos:

*“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.”*

*“Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.*

*Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.”*

A legislação processual civil estabelece o respeito às formalidades procedimentais disciplinando as situações que ensejarão os tipos de processo e respectivos procedimentos e formas, entretanto, apresenta dispositivos que suavizam o seu rigorismo, com o objetivo de resolver a lide e facilitar a prestação da tutela jurisdicional.

Moacyr Amaral Santos<sup>20</sup> destaca a importância do princípio da instrumentalidade das formas:

*“Por este princípio, a forma se destina a alcançar um fim. Essa é a razão pela qual a lei regula expressamente a forma em muitos casos. Mas, não obstante expressa e não obstante violada, a finalidade em vista pela lei pode ter sido alcançada. Para a lei isso é bastante, não havendo razão para anular-se o ato”.*

O formalismo das normas tem como finalidade dar segurança e efetividade às relações jurídicas, flexibilizando-se no decorrer do processo quando verificada a ausência de prejuízo às partes e atingindo a finalidade do ato.

O excessivo formalismo processual, embora atribua segurança às relações processuais, muitas vezes acaba por atrasar demasiadamente o curso do processo, prejudicando o julgamento do pedido e atrasando sobremaneira a entrega da tutela jurisdicional, enaltecendo, neste caso, o meio do que o fim.

---

<sup>20</sup> Santos, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil* – São Paulo: Saraiva, 1997. pág. 67.

Em determinados casos, a flexibilização do procedimento é necessária, forçando o magistrado a adequar os atos judiciais à finalidade que se requer. O princípio da fungibilidade e da instrumentalidade das formas aparecem como institutos de colaboração para esta tarefa.

Sobre o princípio da instrumentalidade das formas, Nelson Nery Junior<sup>21</sup> explica:

*“O Código adotou o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual o que importa é a finalidade do ato e não ele em si mesmo considerado. Se puder atingir a sua finalidade, ainda que irregular na forma, não se deve anulá-lo”.*

Importante ressaltar que não se admite a idéia da utilização dos princípios aqui mencionados para procedimentos corriqueiros, como, por exemplo, aqueles que possuem o seu rito especificado na lei, aqueles que possuem competência fixada, etc.

Didier Junior<sup>22</sup>, mencionando Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, diz:

*“A flexibilidade do procedimento às exigências da causa é, no entanto, fundamental para a melhor consecução dos seus fins, em uma perspectiva instrumentalista do processo. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA sugere, para uma reforma legislativa, o estabelecimento do princípio da adaptabilidade (que ele denomina de princípio da adequação formal) como princípio geral do processo, “facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo.”*

Há momentos em que o ato processual se afasta do modelo legal para a prestação efetiva da tutela jurisdicional e este novo entendimento desperta interesse na busca por alternativas que minimizam o rigoroso formalismo, porém observando a segurança necessária para a efetividade almejada.

Observa-se, desta forma, que o formalismo empregado pelo ordenamento jurídico pátrio deve ser relativizado acompanhando a evolução da sociedade e as necessidades da demanda, aproveitando novos elementos como a fungibilidade para a materialização ao acesso à Justiça.

---

<sup>21</sup> Nery Junior, Nelson. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10ª ed. rev. atual. 2007 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 492.

<sup>22</sup> Didier Junior, Fredie Souza. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.* <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie>. Acesso em 05/01/2014.

### 2.3.2 Princípio da Economia Processual

O princípio da economia processual encontra normatividade expressa no dispositivo constitucional mais recente introduzido pela Emenda Constitucional no. 45/2004, por meio do inciso LXXVIII do artigo 5º, que assim dispõe:

*“A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.*

O princípio da economia processual se refere a uma economia de custo, de tempo e de atos, visando uma eficiente prestação jurisdicional, proporcionando uma justiça rápida e de baixo custo tanto para as partes como para o Estado, atendendo aos valores empregados na Constituição Federal de forma concreta e não apenas formal, com soluções justas, efetivas e tempestivas.

Moacyr Amaral Santos<sup>23</sup> escreve sobre o referido princípio e ensina:

*“Recomenda o princípio que se obtenha o máximo resultado na atuação da lei com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Daí o aproveitamento dos atos processuais extremos de dúvida, quando o vício atinja um outro, que possa ser suprido ou que possa ser repetido sem ofensa à finalidade processual.”*

Segundo este princípio, o processo deve render ao máximo, com a menor atividade possível, como o que ocorre nos casos de continência, conexão e litisconsórcio; mas sempre objetivando prestar uma tutela jurisdicional efetiva com observância das garantias dos cidadãos.

Sobre o referido princípio, Fernando Galvão Moura<sup>24</sup> escreve:

---

<sup>23</sup> Santos, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, Volume 2º, pág. 68.

<sup>24</sup> Moura, Fernando Galvão. Artigo “Celeridade Processual: Direito e Garantia Fundamental. A positivação de princípios constitucionais”. Acesso na internet em 10/01/2014. pág. 08.

*“O princípio da economia processual exige que se conciliem os valores tempo e segurança – o tempo ideal do processo é o necessário para que a decisão seja proferida com absoluta segurança. É aceitável, digamos assim, que a justiça perca a qualidade formal, mas alcance a eficácia social, que é a principal razão de ser do Direito – pacificação social!”*

Com o corolário dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, surge a norma da fungibilidade em que se realiza uma maior operatividade do sistema onde a norma das formalidades cede para dar espaço a finalidade e a função do processo.

Observa-se, destarte, que a fungibilidade é um princípio jurídico implícito derivado de normas detalhadas e de decisões judiciais que expressam concepções acerca de como deve ser o direito.

É o desdobramento do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, juntamente com o princípio da economia processual, porque tem como objetivo manter o ato, mesmo que de forma irregular, destinando-se a atingir a sua finalidade.

No entanto, a fungibilidade, que traz consigo o espírito da celeridade, se depara com a segurança jurídica, cujo dilema acentua-se diante de todas as reformas que buscam uma maior rapidez na tramitação processual, impondo o grande desafio do processo civil contemporâneo que reside no equacionamento do tempo e da segurança.

Como já explanado, a decisão judicial deve se concretizar no litígio no menor tempo possível, mas sempre observando o devido processo legal. A busca pela eficiência na prestação jurisdicional não deve dar espaço à precipitação e a segurança não pode ser confundida com eternização.

Ocorre que a celeridade e a segurança jurídica nem sempre estão em harmonia, contudo, devem conviver da melhor maneira possível. Neste quadro que se introduz a fungibilidade como uma alternativa para a simplificação dos procedimentos.

Em contrapartida, existe a questão do formalismo nos procedimentos, cuja finalidade é impor uma certa ordem dos atos processuais, sem a qual desencadearia uma disputa desordenada entre as partes, surgindo a insegurança tão repudiada no processo, possibilitando

a ocorrência de arbitrariedades pelo órgão julgador. Desta forma, a formalidade dos atos é imprescindível para coibir esses desajustes.

No entanto, a formalidade não pode ser aplicada com exageros em alguns procedimentos, pois resultará na tramitação retardada e desnecessária do processo. Desta forma, verifica-se fundamental importância a tarefa legislativa e o ativismo judicial, com a colaboração das partes, através do diálogo entre os sujeitos processuais, com o fim de alcançar uma justiça efetiva e célere.

Mais uma vez, a fungibilidade aparece como um importante elemento para afastar as conseqüências nefastas do formalismo excessivo em busca do resultado eficiente do processo.

#### **2.4. Requisitos para aplicação da fungibilidade**

O princípio da fungibilidade deve ser invocado quando presente o seu real significado.

Para que a referida norma mereça incidência faz-se necessária a presença de alguns requisitos. Entendo que o principal requisito para a aplicação da fungibilidade seja o da dúvida objetiva.

Alguns doutrinadores entendem que a fungibilidade somente deva ser aplicada na ausência de outros requisitos também, como erro grosseiro, má-fé e tempestividade.

Como dito alhures, a utilização do princípio da fungibilidade teve como origem o sistema recursal. Com a evolução da legislação, referido instituto também evoluiu e hoje é aplicado no sistema recursal e em outros procedimentos, hoje aceito como um instituto de aplicação geral em busca da efetividade e celeridade da prestação jurisdicional.

O requisito básico para fazer uso da fungibilidade, utilizando-se um recurso ao invés do outro, é o de que deve haver realmente dúvida quanto ao recurso escolhido, mas uma dúvida fundamentada, com argumentos apontados pela doutrina ou pela jurisprudência, como aquela dúvida derivada de impropriedades terminológicas encontradas no próprio texto do

Código ou como aquela divergência apontada pela jurisprudência quanto ao recurso correto a ser utilizado para determinada decisão judicial.

Nery Junior<sup>25</sup> assim define a dúvida objetiva:

*“Por dúvida objetiva deve entender-se a divergência existente na doutrina e/ou jurisprudência sobre o recurso correto cabível contra determinado pronunciamento judicial”.*

Observa-se que, diante de um sistema simples, em que a dúvida é excepcional, exige-se que exista dúvida suficientemente generalizada na doutrina ou na jurisprudência a respeito do recurso próprio, não bastando a insegurança pessoal do profissional do direito.

Sendo evidenciada a polêmica no caso concreto, o recurso escolhido deve ser conhecido, sob pena de denegação da justiça e ofensa às garantias constitucionais da parte, aplicando-se o princípio da fungibilidade como base para decisão judicial.

Sobre a dúvida objetiva para a aplicação do princípio da fungibilidade, Arruda Alvim<sup>26</sup> escreve:

*“O sistema vigente padece, em muitos pontos, da clareza que foi almejada, com relação à exata tipificação de quais recursos caberiam em determinados casos, e, por isso mesmo, fica impedida a percepção inequívoca do recurso adequado, para que se pretendesse não houver mais espaço à aplicação desse princípio da fungibilidade. Na verdade, muitas hipóteses deixam margem para a dúvida objetiva; vale dizer, doutrinadores e magistrados debatem-se em muitos aspectos, opinando aqueles de uma ou outra forma e decidindo estes, a seu turno e, também, diferentemente, a respeito de uma mesma hipótese”.*

Eis, então, a dúvida objetiva capaz de ensejar a aplicação da fungibilidade, aproveitando o ato praticado pela parte como se o correto fosse.

Importante transcrever trecho da exposição de Tereza Wambier<sup>27</sup>, em palestra proferida no 2º Seminário de Processo Civil do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, entre

---

<sup>25</sup> Nery Junior, Nelson. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10ª ed. rev. atual. 2007 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 810.

<sup>26</sup> Arruda Alvim. Anotações sobre a teoria geral dos recursos. Teresa Arruda Alvim Wambier; Nery Junior (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, 1999, p. 58.

<sup>27</sup> Wambier, Teresa Arruda Alvim. O agravo e o conceito de sentença, *in Revista de Processo*, ano 32, n. 144, fev./2007, p. p. 243-256.

17 e 18/08/06, realizada em Porto Alegre (RS), na qual observa “a dúvida é sempre objetiva”:

*“Esse princípio (da fungibilidade) [...], deve incidir todas as vezes em que estiver presente o pressuposto da tal “dúvida objetiva”. As aspas da expressão “dúvida objetiva” se devem à circunstância de que, rigorosamente, a dúvida jamais é objetiva. A dúvida é sempre subjetiva, pois se instala no estado de espírito do intérprete”.*

Como já explanado, o princípio da fungibilidade ingressou no ordenamento jurídico brasileiro através de regra expressa no Código de Processo Civil de 1939 e para que fosse aplicado, deveria inexistir *má-fé* e *erro grosseiro*.

Temia o legislador de 1939 que, em razão da previsão legal da fungibilidade, fosse desvirtuada toda a lógica dos institutos processuais, o que ocasionaria verdadeiro caos no sistema judiciário. A almejada segurança conferida à parte não poderia ser mais importante que a coerência e funcionalidade do sistema, exigindo-se que a sua aplicação fosse moderada, restrita aos casos objetivamente duvidosos.

Desta forma, o legislador de 1939 deixou expressa a necessidade de aferir a ausência dos requisitos *má-fé* e *erro grosseiro*.

Nos dias atuais, a inovação acerca da fungibilidade nas tutelas de urgência acentuou a divergência na doutrina acerca dos requisitos necessários para a sua aplicação.

Como vimos, o requisito básico é da dúvida objetiva, mas alguns doutrinadores entendem que o erro grosseiro, a má-fé e a tempestividade também devam ser analisados no momento da utilização da fungibilidade.

Primeiramente, importante ressaltar que os elementos determinantes na concretização do pronunciamento judicial são o conteúdo e a finalidade a que se presta, e não a forma ou denominação que o magistrado lhe emprestou ao proferi-lo.

A prática de um ato dentro de um processo tem uma finalidade. É esta que deve ser analisada sob todos os ângulos.

A idéia de ausência de erro grosseiro, na época do Código de Processo Civil de 1939, está associada à aferição de dúvida apta a justificar o equívoco no momento da escolha do ato. Esse conceito evoluiu para a dúvida objetiva, como analisamos anteriormente.

Assim, entendo que o requisito da ausência de erro grosseiro esteja pressuposto no requisito “*dúvida objetiva*”.

No entanto, quando o assunto é o princípio da fungibilidade, leia-se muito na doutrina e jurisprudência o erro grosseiro como o requisito básico para aplicação ou não deste instituto.

O erro grosseiro é aquele erro que afasta totalmente a possibilidade de aplicação da fungibilidade e aparece quando a parte utiliza um recurso, no lugar do outro, afrontando de maneira flagrante os princípios e regras básicas do sistema recurso do Código de Processo Civil ou quando a jurisprudência é absolutamente unânime quanto ao cabimento do outro recurso, que não aquele escolhido, contra a decisão recorrida.

Recentemente o Tribunal Superior do Trabalho editou a orientação 412, que assim está descrita:

*“Agravo inominado ou agravo regimental. Interposição em face de decisão colegiada. Não cabimento. Erro grosseiro. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal. (Divulgada no DeJT 14/02/2012)*

*É incabível agravo inominado (art. 557, §1º, do CPC) ou agravo regimental (art. 235 do RITST) contra decisão proferida por Órgão colegiado. Tais recursos destinam-se, exclusivamente, a impugnar decisão monocrática nas hipóteses expressamente previstas. Inaplicável, no caso, o princípio da fungibilidade ante a configuração de erro grosseiro.”*

Observa-se que, neste exemplo, havia uma dúvida que possibilitaria a aplicação da fungibilidade, tendo em vista a polêmica acerca do assunto. Em outras palavras, não configura o erro grosseiro diante da divergência sobre a matéria.

Contudo, após a edição da referida orientação, entendo que a dúvida objetiva não existe mais, haja vista a pacificação de entendimento da matéria no órgão competente.

O outro requisito citado no Código de 1939 acerca da aplicação da fungibilidade é a ausência da má-fé.

Referido requisito está ligado à aferição da tempestividade do recurso interposto erroneamente no lugar daquele que seria adequado. Um clássico exemplo é a interposição do recurso de apelação, cujo prazo é de 15 dias, quando o correto seria o agravo, cujo prazo fatal é de 10 dias. Caso a apelação (recurso inadequado) seja interposta a partir do 11º dia de prazo, evidencia-se a intempestividade diante do recurso adequado que seria o Agravo.

Neste caso exemplificado, o jurisdicionado teria cinco dias a mais de prazo para a interposição do referido recurso, considerado pela jurisprudência, a alteração da legislação processual em benefício de uma das partes, o que seria ilegal.

*“Conhecer de um recurso por outro, ainda que ocorra erronia, pode configurar violação de norma processual infraconstitucional, e não ofensa ao princípio constitucional de que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal)”.* (RTJ 135/1.232).<sup>28</sup>

A questão da tempestividade na aplicação da fungibilidade é bastante difundida na atualidade e uma das principais conseqüências da sua adoção.

Vejamos um exemplo de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

*“AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PREVISTO NOS ARTIGOS 522 E SEQUINTE DO CPC CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. ERRO GROSSEIRO. RECURSO QUE, ADEMAIS, SERIA MANIFESTAMENTE INTEMPESTIVO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Na linha da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio da fungibilidade pressupõe a existência de dúvida fundada quanto ao recurso adequado, e, além disso, que se atenda aos demais requisitos formais do recurso cabível, dentre eles a tempestividade. 2. No caso, além de constituir erro grosseiro a interposição do agravo de instrumento previsto no artigo 522 e seguintes do Código de Processo Civil contra decisão que nega seguimento a recurso especial, não foi observado o prazo de cinco dias do agravo interno, que seria o recurso cabível na espécie. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.”* (STJ, AgRg no AgRg no REsp 847.667/PE, 6. T., v. u., j. em 13/04/10, rel. Min. Celso Limongi. Dje 03/05/10).

<sup>28</sup> Negrão, Theotonio. José Roberto Ferreira Gouvêa. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. – 36. ed. atual. até 10 de janeiro de 2004. – São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 562.

Verifica-se que se exige o respeito ao prazo do recurso considerado adequado pelo órgão julgador, sob pena de ser considerado intempestivo. Este é o posicionamento majoritário da jurisprudência, como pode se retirar das anotações de Theotônio Negrão<sup>29</sup>:

*“Art. 496: 10c. “A adoção do princípio da fungibilidade exige sejam presentes: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro, que se dá quando se interpõe recurso errado quando o correto encontra-se expressamente indicado na lei e sobre o qual não se opõe nenhuma dúvida; c) que o recurso erroneamente interposto tenha sido agitado no prazo do que se pretende transformá-lo”. (RSTJ 58/209). No mesmo sentido: RSTJ 109/77.”*

*“Art. 496: 11. É possível conhecer do agravo de instrumento como apelação, ou vice-versa?  
Sim, desde que não haja erro grosseiro e, também (embora não seja pacífico), que o recurso errado haja sido interposto no prazo do recurso cabível”.*

Em que pese o entendimento majoritário da jurisprudência acerca do assunto, não deve ser interpretado desta forma.

Não se pode exigir, confirmando-se a existência da dúvida objetiva, que a escolha do instrumento entendido como adequado pelo interprete seja feita antes do esgotamento da interposição do outro considerado correto, eis que a aplicação do princípio da fungibilidade pressupõe que se admite a via utilizada desde que preenchidos os seus próprios requisitos e não os requisitos do recurso considerado correto, pois aí não estaríamos falando em fungibilidade.

Alexandre de Freitas Câmara<sup>30</sup>, ao criticar este posicionamento, escreveu:

*“Ocorre que o entendimento tradicional acerca da aplicação do princípio da fungibilidade entre recursos sempre foi manifestação de um desvio de perspectiva. E era exatamente essa perspectiva desviada que nos impedia de aceitá-lo. É que, ao “receber um recurso como se fosse o outro”, o que o Estado-juiz faz, a rigor, não é considerar os recursos fungíveis, mas conversíveis. E o princípio aplicável não é o “princípio da conversibilidade”, mas o princípio da fungibilidade. Fungível, como se sabe, é aquilo que pode ser substituído por outro. Ora, ao receber a apelação como agravo (ou vice-versa), não se está a substituir um recurso pelo outro, mas se converte um recurso no outro. Não é disto, insista-se, que se trata quando da aplicação do referido princípio.”*

E continua o seu raciocínio:

<sup>29</sup> Negrão, Theotônio. José Roberto Ferreira Gouvêa. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. – 36. ed. atual. até 10 de janeiro de 2004. – São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 562, 563.

<sup>30</sup> Câmara, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 64 – 66.

*“Assim, por exemplo, se a parte interpôs apelação, e não agravo, não se deve converter aquela neste, mas se receber a apelação interposta, e julgá-la como apelação que é, admitindo-se tal recurso como um substituto do que normalmente se consideraria adequado. Do mesmo modo, interposto agravo em lugar de apelação, deve-se julgar o agravo, pelo procedimento previsto para esta espécie recursal, não se lhe convertendo em apelação, que recurso interposto não é.”*

E conclui da seguinte forma:

*“Importante notar, por fim, que a dúvida objetiva alcança não só o nomen iuris do remédio a ser utilizado, mas também seus requisitos de admissibilidade, inclusive quanto ao prazo. Assim, por exemplo, no caso de se ter interposto apelação no lugar do agravo, não se pode aplicar o princípio da fungibilidade para, posteriormente, se considerar o recurso inadmissível por intempestividade. A aplicação do princípio da fungibilidade leva a que se admita a via utilizada, desde que presentes os seus próprios requisitos de admissibilidade (e não os requisitos da outra via, que não foi empregada).”*

Nery Junior <sup>31</sup> compartilha do mesmo posicionamento ao enfatizar que *“exigir-se que a apelação seja interposta no prazo menor, em 10 (dez) dias, é deixar de aplicar o princípio da fungibilidade, configurando ofensa ao princípio constitucional do acesso à justiça”*.

Nota-se que a má-fé representada pela interposição do recurso escolhido pelo demandante, findo o prazo daquele considerado o correto, não pode servir de argumento para a inaplicabilidade do princípio da fungibilidade, eis que devem ser analisados os requisitos da fungibilidade para a sua utilização e não os requisitos do recurso ou procedimento que se considera correto pelo órgão julgador.

Havendo a dúvida objetiva, no caso concreto, a meu ver, está configurado o requisito básico para a aplicação do princípio da fungibilidade, tornando-se inoperantes os demais requisitos trazidos pela doutrina e jurisprudência, como a ausência de erro grosseiro, ausência de má-fé e tempestividade.

No caso do uso da fungibilidade nas tutelas de urgência, entendo que o requisito da dúvida objetiva está caracterizado expressamente em virtude da própria norma que a insere na legislação processual.

---

<sup>31</sup> Nery Junior, Nelson. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10ª ed. rev. atual. 2007 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 809.

Todos os requisitos mencionados, em que pese o entendimento contrário, estão pressupostos na dúvida objetiva, e, estando esta caracterizada, perfeitamente possível aplicar-se a fungibilidade tanto nos recursos como em outros procedimentos, como no caso à tutela de urgência.

### 3. TUTELAS DE URGÊNCIA

#### 3.1. Breve histórico das tutelas de urgência

Para alcançarmos o objetivo deste trabalho, importante estudar a origem da tutela de urgência e o seu acompanhamento decorrente da evolução da sociedade, eis que as modificações econômicas, políticas e culturais sofridas ao longo da história da civilização humana influenciam diretamente no processo e no procedimento dos atos jurisdicionais.

No Século XVII nasceu o Estado Liberal através de um poderoso movimento social influenciado pelas idéias do filósofo John Locke, com o uso de teorias cujo principal objetivo é a defesa da liberdade política e econômica, em detrimento do controle do Estado sobre a economia e a vida das pessoas.

Nesta época, as Constituições preocupavam-se em proteger o indivíduo do Estado<sup>32</sup> e os juízes eram tidos como seres inanimados, apenas serviam para ser a boca da lei. A lei era insuscetível de interpretação. O Estado intervinha apenas para garantir a liberdade individual; a atividade jurisdicional era restrita com previsão das conseqüências jurídicas dos atos praticados diante da preocupação com a segurança jurídica da classe emergente.

Arruda Alvim<sup>33</sup> assim descreve:

*“Nos pontos centrais do tecido legislativo, preponderavam textos normativos minuciosos, com mais elementos definitórios das situações/conduitas em que deveriam incidir, de tal sorte que essa técnica legislativa estabelecia condições de previsibilidade para o maior controle sobre os juízes, i. e., preponderância radical de mens legislatoris. Ainda que fossem utilizados conceitos vagos, estes não se alojavam em pontos capitais dos sistema jurídico, diferentemente do que atualmente ocorre. Some-se, ainda, a alta significação dos princípios na atualidade, em contraposição à desconfiança compreensível dos legisladores franceses em relação aos juízes, porque eram oriundos da antiga nobreza.”*

---

<sup>32</sup> Alvim, Arruda. “A evolução do direito e a tutela de urgência”. Publicado na Revista Jurídica, ano 57. Abril 2009, vol. 378, publicação de NOTADEZ, ISSN-01033379, páginas 45 a 72.

<sup>33</sup> Alvim, Arruda. Ob. Cit. Pág. 46

O Estado Liberal foi marcado pela defesa da liberdade individual, no qual o Estado desempenhava o pequeno papel de garanti-la. A vontade humana determinava a solução das obrigações. Enfim, a preocupação com os direitos patrimoniais dos indivíduos era incompatível com a visão social imposta em algumas legislações.

A tutela cautelar, nesta época, era pouco exigida, eis que era preferível aguardar a solução definitiva do processo, em homenagem a segurança jurídica tão respeitada na época, em face das soluções provisórias que poderiam ser revogadas a qualquer momento.

A passagem do Estado liberal para o Estado social demandou certo período de tempo e foi marcada pela alteração do tipo de civilização, onde a sociedade agrária evoluiu para uma sociedade industrial, e os interesses voltaram-se às relações econômicas e sociais.

Essa evolução foi percebida a partir do século XVIII, pelos países Itália, Espanha, França e Alemanha<sup>34</sup>, onde o processo cautelar passou a ter autonomia e se destacar como forma específica de jurisdição, influenciando os valores respeitados na época, como a segurança, passando a sobrelevar a efetivação imediata do direito.

O poder geral de cautela foi identificado por Chiovenda, atribuindo à função cautelar uma função autônoma diversa daquelas exercidas pelo juiz, e, juntamente com Calamandrei, difundiram o tema acerca das tutelas cautelares.

Observa-se que as tutelas cautelares e poder geral de cautela passaram a desempenhar papel relevante com a chegada do Estado Social.

O Estado Social “*é o resultado de um compromisso histórico entre as classes trabalhadoras e os detentores do capital.*”<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Bedaque, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*. 5ª edição, rev. ampl. São Paulo: Malheiros, pág. 31.

<sup>35</sup> Santos, Boaventura. *Estado social, estado providência e de bem-estar*, retirado na internet em 28/01/2014. <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/Estado-social-estado-providencia-e-de-bem-estar/6/26294>

A partir do Século XIX surge uma mentalidade voltada à construção de novos direitos, denominados “sociais” e tem como principais fundamentos o regime democrático, a soberania popular e a justiça distributiva.<sup>36</sup>

Pode-se afirmar que o Estado Social teve origem em três acontecimentos da época: a Constituição de Weimar de 1919 (um ícone social-democrático); a Constituição Mexicana de 1917 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia revolucionária (socialista), de 1918.

Em suma, a preocupação com os direitos sociais deram sentido ao princípio da isonomia, que antes era apenas formal, agora com sentido prestacional, voltado aos direitos dos cidadãos que vivem situações diferenciadas de inferioridade social, econômica e cultural e, por isso, precisam da tutela do Estado.

O Estado Social visava à igualitária distribuição dos direitos individuais e foram introduzidos na nossa legislação a partir da Constituição de 1934.

No Brasil, na época Brasil-colônia, a legislação era influenciada pelo Código Filipino, promulgado em 11 de janeiro de 1603, pelo rei D. Felipe II de Espanha e I de Portugal. Segundo os historiadores, as Ordenações Filipinas “*eram o retrato legislativo do direito comum praticado na Europa medieval*”<sup>37</sup>.

Mesmo após a Proclamação da República, a legislação brasileira continuou sob a influência das Ordenações Filipinas, mas agora com aplicação das regras inseridas pelo Regulamento 737, de 1850, considerado o Código Comercial.

O Regulamento 737, de 1850, trazia algumas normas que possibilitavam ao juiz tomar decisões urgentes, fundadas na cognição sumária.

---

<sup>36</sup> Alvim, Arruda. Ob. Cit. Pág. 55

<sup>37</sup> Fux, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da Tutela antecipada), São Paulo: Saraiva, São Paulo, 1996, pág. 179.

Com a Constituição de 1891, os Estados obtiveram autorização para legislar infraconstitucionalmente sobre processos e, a partir de 1905, começaram a surgir os primeiros códigos, como da Bahia, São Paulo e Minas Gerais.

A Constituição de 1934 restabeleceu o sistema de “unidade” do processo, atribuindo a União competência exclusiva para elaboração de leis processuais, com a competência supletiva dos Estados.

É na Constituição de 1934 que surgiu a previsão dos direitos sociais e individuais, com atuação forte do Estado para proteger os referidos direitos, inclusive prevendo instrumentos para a sua defesa, como mandado de segurança e a ação popular.

A partir daí, o juiz passou a ter papel relevante na sociedade, colocando a sua disposição instrumentos voltados à realização das garantias e direitos insculpidos na Constituição Federal.

Outorgada a Carta de 1937, prevaleceu a unidade processual, sobrevivendo o Código de 1939.

O Código de Processo Civil de 1939, no artigo 675, já dispunha sobre o poder geral de cautela, possibilitando ao juiz determinar providências para acautelar o interesse das partes em hipóteses específicas. O texto assim dispunha:

*“Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:  
“I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;  
“II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes;  
“III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa”.*

Da leitura do Código de Processo Civil de 1939, na parte do processo cautelar, percebe-se que as tutelas de urgência possuíam procedimento simples, pois bastava a demonstração dos requisitos para que o juiz pudesse tomar a providência que achasse necessária para acautelar o interesse das partes.

Muito interessante o inciso II do referido artigo, ao dispor que antes da decisão da lide, caso seja provada ameaça de dano, poderá o juiz tomar as providências que achar adequada para preservar o direito da parte. Entendo que aqui já se confundiam as espécies de tutela de urgência, eis que não só tratava da técnica da tutela cautelar como também da tutela antecipada, espécies do gênero tutela de urgência.

Contudo, naquela época, a jurisprudência relutava em admitir as cautelares atípicas.

O atual Código de Processo Civil ampliou o poder geral de cautela e fez constar no artigo 798 que o juiz pode conceder qualquer tutela cautelar, ainda que não esteja disciplinada especificamente pelo legislador.

Luiz Fux<sup>38</sup> comenta o atual Código:

*“O Código de 1973, no afã de dar um passo à frente na matéria, instituiu livro próprio para o processo cautelar, previu inúmeros procedimentos específicos e sem prejuízo estatuiu o “poder cautelar genérico”, que sob a nossa ótica se subdivide num poder cautelar e num poder-dever de segurança pertinente à defesa do direito material da parte por força da responsabilidade judicial exurgida da propositura da ação e do próprio monopólio da jurisdição”.*

A partir daí, pacificou-se o entendimento de que a tutela cautelar não se restringe às medidas típicas, podendo o juiz conceder outras medidas atípicas, adequando-se ao interesse das partes.

E o poder geral de cautela decorre da própria Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV, ou seja, é tratado como uma garantia constitucional. Assim, diante da simples ameaça de lesão a algum direito, é dever do juiz prestar a tutela jurisdicional.

O Poder Geral de Cautela passou a ser tratado como dever-poder geral de cautela.

No entanto, as medidas cautelares vinham sendo utilizadas de forma inadequada, e em muitos casos passaram a satisfazer o direito material, distanciando-se da finalidade da medida cautelar, que é de assegurar a utilidade do futuro provimento jurisdicional.

---

<sup>38</sup> Fux, Luiz, Ob. Cit., página 183-184.

Desta forma, notou-se a necessidade de previsão de soluções urgentes para as questões que não se limitavam a acautelar outro processo e sim questões daquele mesmo processo.

Sobre a questão, Desirê Bauermann<sup>39</sup> lembra:

*“Essa exigência prática gerou intensa discussão doutrinária com o intuito de fixar os limites do poder geral de cautela preconizado pelo art. 798 do CPC: ou autorizava a adoção somente de medidas verdadeiramente cautelares, aptas a garantir o resultado do processo principal, ou englobava também a possibilidade de antecipar o próprio resultado do processo principal, concedendo-o desde já, de forma provisória e sujeito a confirmação posterior”.*

Surgiu, então, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, no artigo 273, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 8.952 de 1.994, como forma de solucionar a divergência acerca das cautelares atípicas que, em muitos casos, antecipavam a tutela jurisdicional.

Em 2002 a Lei 10.444 trouxe o parágrafo 7º no artigo 273, possibilitando a aplicação do princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipatórias. Isso significa que não importa a natureza e o procedimento da medida pleiteada pela parte, o juiz deverá concedê-la em quaisquer de suas formas ou técnicas, desde que presentes os seus requisitos.

Por força da fungibilidade a parte pode ingressar com mero pedido no curso do processo para obter a mesma providência que seria obtida por meio da ação cautelar em processo autônomo, por isso a afirmação de que o Processo Cautelar tende a cair em desuso, e, de fato, foi excluído do Novo Código de Processo Civil, nos termos do Projeto que se encontra em andamento.

### **3.2 Conceito da tutela de urgência**

Para entendermos as tutela de urgência, torna-se imperioso entendermos a tutela jurisdicional, e, para tanto, a definição do seu conceito.

---

<sup>39</sup> Bauermann, Desirê. *As tutelas de urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, ano 38, 224, Outubro/2013, Revista dos Tribunais, pág. 427.

Tutela jurisdicional pode ser entendida como o resultado do direito de ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional, ambos os direitos conferidos na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV, o qual dispõe:

*“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”*

O cidadão deduz a sua pretensão em juízo e ao Poder Judiciário cabe apreciar o seu pedido, reconhecendo-o ou não. Essa tarefa exercida pelo Poder Judiciário é a prestação jurisdicional cuja consequência *in concreto* é a tutela jurisdicional.

E esta definição está de acordo com o entendimento de Marcus Destefenni<sup>40</sup> que escreve:

*“A prestação jurisdicional é dever do Estado. Qualquer cidadão, alegando a violação de uma regra jurídica pode invocar a prestação jurisdicional. Trata-se do direito de ação, assegurado constitucionalmente. A ‘tutela jurisdicional’ se dá através do processo. Este, por sua vez, deve ser efetivo”.*

No entanto, obter a tutela jurisdicional, entendida como o resultado do direito de ação, não significa a obtenção do direito pleiteado, haja vista que a dedução do direito de ação é a pretensão do demandante em face do réu e não necessariamente o reconhecimento deste direito.

Desta forma, a tutela jurisdicional engloba a tutela do direito. Neste sentido, Marinoni<sup>41</sup> é enfático ao estabelecer a diferença entre as tutelas:

*“Há tutela do direito quando a sentença e a decisão interlocutória reconhecem o direito material. Isso significa que a tutela jurisdicional engloba a sentença de procedência (que presta a tutela do direito) e a sentença de improcedência (que não presta a tutela do direito, embora constitua resposta ao dever do Estado de prestar tutela jurisdicional)”.*

Importante trazer a definição de tutela jurisdicional de Frederico Marques<sup>42</sup> como exemplo das definições tradicionais trazidas pela doutrina:

---

<sup>40</sup> Destefenni, Marcus. ob. cit. pág. 141.

<sup>41</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pág. 146.

*“A tutela jurisdicional é a tutela que o Estado exerce, processualmente, sobre as relações intersubjetivas litigiosas, a fim de dar a cada um o que é seu mediante a aplicação do direito objetivo.”*

No entanto, para que a tutela jurisdicional se realize e encontre a sua finalidade, há necessidade de um processo e um procedimento que, por vezes, implica em um espaço de tempo até que fique maduro para a efetivação da tutela pretendida.

A demora do processo, que, devido a vários fatores pode tornar-se excessiva, traz prejuízo ao demandante que postula a alteração do “*status quo*”. Referidos fatores, como andamento processual, recursos, etc., são responsáveis pela lentidão da Justiça que constitui um grave problema social e traz ônus aos titulares do direito que necessitam da tutela jurisdicional para realizá-los.

Esses aspectos negativos colaboram para a evidente injustiça social, principalmente àqueles litigantes que estão desprovidos dos seus direitos.

A lentidão do processo e a demora para a efetivação da tutela jurisdicional sempre foram alvos de estudos e tentativas de aperfeiçoamento dos operadores do direito, a fim de combater esse mal que atormenta a sociedade.

Esse estudo circunda, basicamente, dois valores fundamentais ao direito processual civil: a efetividade e a segurança, que contrastam e vivem em permanente conflito. Ou seja, a necessidade de que o processo dure o tempo necessário para a correta apuração do direito e que esta exigência não se prolongue por mais tempo que o necessário.

Neste contexto que se inserem as tutelas de urgência, espécies do gênero tutelas diferenciadas, sendo estas tutelas jurisdicionais diferentes da tutela jurisdicional prestada no procedimento ordinário considerando todas as etapas, desde o início até o final do processo, onde se encontra maduro para a sentença, emergindo um dos valores mais respeitados no processo que é a segurança jurídica.

---

<sup>42</sup> Marques, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. I 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

As tutelas diferenciadas foram criadas para garantir um procedimento adequado às demandas postas em juízo, a fim de garantir a efetiva prestação jurisdicional aos que delas necessitam, em contrapartida ao procedimento ordinário que se apresenta, nos dias atuais, muito lento.

Athos Gusmão Carneiro<sup>43</sup>, ao escrever sobre a lentidão do processo e a origem das tutelas diferenciadas, explica:

*“Cumpre, pois, uma redistribuição dos ônus do processo decorrentes do passar do tempo. Pata tanto, impuseram-se formas diferenciadas de tutela, quer buscando abreviar, embora mantida a cognição exauriente, a prolação da sentença de mérito com eficácia de coisa julgada material; quer através de técnicas de preservação provisória e temporária dos interesses daquele litigante que, tendo em seu favor uma aparência de bom direito, razoavelmente possa invocar prejuízo grave decorrente da duração do processo”.*

E termina o seu raciocínio ditando exemplos do que seria a tutela diferenciada, como o procedimento sumário regulado no artigo 275 e seguintes do Código de Processo Civil, o procedimento sumaríssimo aplicado aos Juizados Especiais Cíveis e aos Juizados Especiais Federais, o artigo 330 que traz o julgamento antecipado da lide, as cautelares e as medidas antecipatórias.

No que tange especificamente aos dois últimos exemplos de tutela diferenciada, assunto que interessa ao presente trabalho, destacam-se na doutrina e jurisprudência como tutelas de urgência, conforme veremos a seguir.

Tutela de urgência é a tutela jurisdicional concedida com fundamento na cognição sumária e antes do tempo necessário para o amadurecimento do processo e apuração do direito, quando presentes os requisitos da urgência e a plausibilidade do direito que se requer, por isso tratada como tutela diferenciada.

Daniel Carnio Costa<sup>44</sup> define as tutelas de urgência:

*“As tutelas de urgência têm fundamento direto na CF de 1988, sendo consideradas decorrência inarredável do Estado Democrático de Direito e dos princípios*

---

<sup>43</sup> Carneiro, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela*. Rio de Janeiro: Forense. 2002. 4ª edição, pág. 05-06.

<sup>44</sup> Costa, Daniel Carnio. *Tutelas de Urgência (individuais e coletivas)* Curitiba: Juruá, 2013. pág. 39.

*constitucionais do acesso à Justiça – bem como de seus corolários, a inafastabilidade da jurisdição e o direito de ação - , da eficiência e do devido processo legal, sob a ótica da isonomia, da duração razoável do processo e da proporcionalidade.*

*Inicialmente deve-se estabelecer que as tutelas de urgência são as medidas judiciais que visam neutralizar o periculum in mora, resguardando a utilidade do provimento final e protegendo a pretensão contra os efeitos deletérios da demora na definição do processo”.*

Observa-se na definição de Daniel Carnio que as tutelas de urgência destinam-se a neutralizar o *periculum in mora*, requisito próprio das tutelas cautelares. Contudo, inicialmente refere-se às tutelas de urgência como instrumento de eficiência e do devido processo legal, destacando o direito à duração razoável do processo, característica própria das tutelas antecipadas.

Eduardo Righi<sup>45</sup> refere-se às tutelas de urgência como tutelas diferenciadas, contudo faz ressalva inviabilizando o seu requerimento como tutela satisfativa. Explica:

*“As tutelas diferenciadas, próprias para as situações de urgência, baseiam-se em técnica de cognição sumária, mas esta não pode ser autônoma, pois em respeito à garantia constitucional do devido processo legal, é necessário dispor de um processo exauriente ao seu lado”.*

Referida ressalva é oportuna, pois existe na doutrina discussão acerca da possibilidade da aplicação da fungibilidade às tutelas de urgência (cautelar e antecipação de tutela), e um dos pontos em que reside a controvérsia é a natureza jurídica das tutelas, sendo que uma é preventiva e outra é satisfativa, como veremos no próximo capítulo.

Sobre as tutelas diferenciadas, Jean Carlos Dias<sup>46</sup> enaltece os motivos pelos quais se faz necessária a sua existência e aduz a possibilidade da tutela de urgência ser requerida com o objetivo de antecipar o provimento final, ou seja, de forma satisfativa:

*“A Jurisdição efetiva, depende, assim, da multifacetária oferta de tutelas, como meio de adequar-se à multiplicidade dos conflitos. O reconhecimento da tutelabilidade do direito material no âmbito de um conflito, enfim, decorre da necessária diversidade de meios colocados à disposição dos jurisdicionados para provocar e receber a atuação jurisdicional.*

---

<sup>45</sup> Righi, Eduardo. *Direito Fundamental ao Justo Processo nas Tutelas de Urgência*. Curitiba: Juruá, 2007. pág. 98.

<sup>46</sup> Dias, Jean Carlos. *Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade*. Curitiba: Juruá, 2003. pág. 186 – 187.

*(...) A tutela de urgência como defendemos tem a única finalidade de eliminar um risco potencial de periclitção do objeto do processo, seja por meio da conservação seja por meio da entrega antecipada ao requerente”.*

Ainda, a respeito das tutelas de urgência, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>47</sup> destaca como “tutelas sumárias” e escreve o seguinte:

*“São modalidades de tutela jurisdicional que, com variações decorrentes das especificidades da relação de direito material ou de técnicas legislativas, podem ser classificadas numa categoria única, à qual se mostra adequada a denominação tutelas de urgência”.*

Em nota, Bedaque<sup>48</sup> explica:

*“A tutela de urgência, é na verdade, modalidade de tutela jurisdicional diferenciada, cuja característica fundamental consiste no fator tempo, ou seja, é prestada de forma mais rápida, assegurando, com isso, a utilidade do resultado...”.*

Por fim, Bedaque conclui seu posicionamento:

*“Entre várias alternativas, como a gratuidade da justiça para os necessitados, a simplificação da forma, a instituição de órgãos especiais para a solução de questões menos complexas, existe a tendência de adotar tutelas de urgência, destinadas a solucionar o litígio com maior rapidez, ainda que com limitações à atividade cognitiva do juiz, ou apenas a assegurar condições favoráveis à obtenção desse resultado pelas vias normais.*

*(...) Por fim, a tutela de cognição de sumária pode ser adotada em relação àqueles direitos de conteúdo não exclusivamente patrimonial, sempre que houver risco de dano irreparável, capaz de comprometer a efetividade da tutela jurisdicional.”*

Percebe-se que a tutela diferenciada é vista sob vários ângulos pelos doutrinadores, no entanto, todos são catedráticos ao enfatizar que as tutelas de urgência são espécie de tutelas diferenciadas e possuem como característica principal a “urgência”.

Marcos Destefenni<sup>49</sup> também se refere às tutelas de urgência como tutelas sumárias e diferenciadas. Quanto à tutela jurisdicional diferenciada, ele explica:

---

<sup>47</sup> Bedaque, José Roberto dos Santos. Obra citada nota 3, pág. 26.

<sup>48</sup> Bedaque. Jose Roberto dos Santos. Obra citada, pág. 26.

<sup>49</sup> Destefenni, Marcos. *Natureza Constitucional da Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. pág. 150.

*“Partindo, pois, da idéia de que o processo é um instrumento cuja finalidade é a prestação jurisdicional através da concessão da tutela jurisdicional (proteção) àquele que demonstrou ser titular de um direito material, há que se buscar uma adequação do processo (instrumento) a essa finalidade.*

*Sem essa adequação, deixará o processo de ser efetivo. E o que se busca é exatamente a efetividade do processo.*

*Sendo assim, dentro da temática da busca da efetividade do processo, destaca-se a questão da diferenciação da tutela jurisdicional, ou seja, “da tutela jurisdicional diferenciada”.*

Quanto à tutela sumária, Destefenni<sup>50</sup> explica:

*“É muito mais justa, às vezes, a prestação jurisdicional urgente do que a prestação jurisdicional tradicional, fundada na idéia de um contraditório amplo (e quase interminável). Assim, se a verdadeira preocupação dos juristas deve ser com a justiça, não há como desprezar a prestação jurisdicional diferenciada. Nesse contexto, ganha importância o estado das chamadas tutelas sumárias, talvez como a principal forma de se garantir a efetividade da prestação jurisdicional. A “sumarização” do processo consiste, fundamentalmente, em produzir um corte no conflito de interesses, cindi-lo em partes, permitindo, inclusive, que seja levado ao juiz o conhecimento de apenas uma parte do conflito de interesses”.*

Nota-se que a tutela de urgência, como tutela diferenciada, é vista pelos doutrinadores como um instrumento hábil à viabilização da justiça, eis que através dela permite-se cindir o processo a fim de conseguir um provimento provisório ao demandante que conseguiu provar a necessidade desse adiantamento, cuja demora inviabilizaria a sua pretensão e o provimento final. Neste caso, diz-se que a tutela jurisdicional foi efetiva.

Com todos esses conceitos, evidencia-se a tendência dos doutrinadores referirem-se à tutela de urgência como um instrumento único eficaz para combater a demora do processo no caso em que se requer uma providência imediata, sob pena de inviabilizar a prestação jurisdicional.

Contudo, devemos lembrar que, embora seja esta a tendência na doutrina de unificar a tutela de urgência tendo em vista a aplicação da fungibilidade, lembramos que aquela possui duas espécies: a tutela cautelar e a tutela antecipada.

### **3.3 Espécies e características das tutelas de urgência**

---

<sup>50</sup> Destefenni, Marcus. ob. cit. pág. 155

Inicialmente convém lembrar que as classificações das tutelas jurisdicionais sofreram alterações e, portanto, aquela classificação tradicional que divide a tutela jurisdicional em tutela de conhecimento, de execução e cautelar considera-se defasada em face do surgimento das tutelas diferenciadas, entre as quais se encaixam as tutelas de urgência.

As espécies de tutelas de urgência que interessam ao presente trabalho são as decorrentes do artigo 273, parágrafo 7º, do Código de Processo Civil, ou seja, a tutela cautelar e a tutela antecipada, para as quais é admitida a aplicação da fungibilidade.

Pode-se dizer que a tutela de urgência é caracterizada pela urgência (analisando-se o fator tempo), é prestada em curto espaço de tempo, quiçá de forma imediata, assegurando a utilidade do resultado, e pela sumariedade da cognição exercida pelo juiz.

Convém desde logo acentuar o significado da palavra urgência. Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>51</sup> traz uma noção:

*“Que é urgência? Que coisa deve ser havida como urgente? Mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido será inalcançável ou o dano que se requer evitar consumir-se-á ou, no mínimo, existirão sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora”.*

Esta característica deve estar presente nas espécies de tutelas de urgência, cuja ausência na sua demonstração acarretará o seu indeferimento de plano. Em outras palavras, o perigo da demora do provimento final deve ser demonstrado cabalmente no pedido do requerente, juntamente com as provas que se fizerem necessárias.

Para Lucas Pereira Baggio<sup>52</sup> a urgência *“seria uma situação de fato qualificada juridicamente, da qual decorreria verdadeira exigência para a prática de um ato, indispensável e imediatamente necessário, funcionando como pressuposto para a*

---

<sup>51</sup> Melo, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 77.

<sup>52</sup> Baggio, Lucas Pereira. *Tutela jurisdicional de urgência e as exigências do direito material*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, pág. 68.

*modificação do procedimento estabelecido para os casos normais, ainda que já acelerados ou sumarizados.”*

Sérgio Sérvulo da Cunha<sup>53</sup> define “urgente” como “*tudo aquilo que não pode ser deixado para depois*”.

O dicionário Aurélio<sup>54</sup> traz a definição de “urgência” e “urgente”:

*“urgência. 1. Qualidade de urgente. 2. Caso ou situação de emergência, de urgência”.*

*“urgente. 1. Que urge; que é necessário ser feito com rapidez. 2. Indispensável, imprescindível. 3. Iminente, impendente.”*

Nota-se que a palavra urgência está sempre associada ao tempo, proposta de uma forma antagônica à demora.

Essa é a principal característica que define o pedido do demandante como uma tutela de urgência. Os demais requisitos serão analisados pelo magistrado no momento da sua apreciação.

Convém lembrar que as tutelas de urgência têm características próprias, como a urgência, cuja consequência é a apreciação imediata ou em curto espaço de tempo e a cognição sumária.

São elas a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Joaquim Felipe Spadoni<sup>55</sup> é catedrático ao explicitar as duas espécies de tutelas de urgência:

---

<sup>53</sup> Cunha, Sérgio Sérvulo. *Dicionário Compacto do Direito*. 2ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>54</sup> Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. – 3ª ed. rev. ampl. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

<sup>55</sup> Spadoni, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência/ coordenação Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim. – Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 298.

*“Para tratamento dessas situações urgentes, que demandam imediata intervenção jurisdicional, sob pena de se concretizar a ineficácia do provimento final antes que o mesmo possa ser validamente proferido, foi criada a chamada tutela de urgência, que se utiliza, no direito brasileiro hodierno, de duas técnicas diferenciadas para a sua atuação: a tutela cautelar e a tutela antecipada”.*

Spadoni<sup>56</sup> define a tutela cautelar:

*“É o provimento jurisdicional levado a efeito quando existe um estado de ameaça ao devido processo legal a que têm direito as partes litigantes no processo principal. É provimento que procura evitar que o ato receado, impeditivo de adequação e eficácia do processo principal, se realize”.*

Quanto à tutela antecipada, escreve:

*“A antecipação de tutela está consubstanciada em um provimento jurisdicional que antecipa os efeitos práticos do julgamento final de procedência pretendido pelo autor, permitindo, assim, a satisfação total ou parcial do direito alegado, em momento anterior ao regularmente estabelecido pelo procedimento”.*

Destefenni<sup>57</sup> classifica as tutelas urgentes e provisórias como tutela antecipatória e tutela cautelar e as define da seguinte forma:

*“A tutela antecipatória é uma espécie de tutela provisória que tem função satisfativa, pois através da antecipação dos efeitos da tutela final permite-se a fruição do bem pretendido através do processo”.*

*“A tutela cautelar se deixa definir, de uma perspectiva funcional, como aquela forma de tutela jurisdicional que visa a eliminar ou neutralizar um periculum in mora, ou seja, que se destina a garantir determinadas circunstâncias fáticas que, uma vez verificadas, obstarão a efetividade de tal prestação”.*

Importante ressaltar que as tutela cautelar e tutela antecipada, embora sejam espécies do gênero tutelas de urgência, possuem características próprias. Algumas características se assemelham, outras a diferenciam.

Como dito alhures, a característica principal das tutelas de urgência é a própria urgência. No entanto, analisaremos as principais características dessas tutelas.

Como vimos, a tutela cautelar é um provimento jurisdicional que visa dar garantia de efetividade ao processo principal, que pode ser de conhecimento ou de execução. Por isso a

---

<sup>56</sup> Spadoni, Joaquim Felipe. ob. cit. página 300 e 303.

<sup>57</sup> Destefenni, Marcus. ob. cit. página 201 e 212.

doutrina a qualifica como tutela preventiva, pois tem por objetivo evitar a ocorrência de um dano capaz de comprometer a efetividade da tutela jurisdicional que se espera no processo principal.

Esta característica a diferencia da tutela antecipada, pois nesta a finalidade é antecipar os efeitos da tutela final, permitindo ao requerente o uso, gozo e fruição do bem que somente conseguiria ao final do processo. Desta forma, a tutela antecipada destaca-se como tutela satisfativa, pois com o seu deferimento ocorrerá o adiantamento de alguns efeitos materiais, embora seja provisória.

Essa classificação não é pacífica na doutrina, eis que alguns autores defendem que a tutela cautelar também é satisfativa, uma vez que o deferimento do pedido nos autos do processo cautelar nada mais é do que a satisfação do pedido do requerente.

Este sentido é o que defende Cássio Scarpinella Bueno<sup>58</sup>. Vejamos:

*“O que é ‘antecipar’ para muitos não passa de mero ‘acautelamento’ para outros e vice-versa. Até porque, espero mesmo que tenha conseguido demonstrar isso precedentemente, a tutela cautelar, em si mesma considerada, é satisfativa. Qualquer providência, por mais cautelar que possa ser, só ‘acautela’ situação de direito material veiculada em outro processo, em outra ação, que lhe é externa, embora referencial. No que diz respeito à cautelar, ela é satisfativa. O que o autor pede ao Estado-juiz em sede de ação cautelar e lhe é concedido – liminarmente, como é mais comum no foro ou na sentença; a final, isso não faz diferença – é, no âmbito da ação cautelar, satisfativo: uma liminar concedida no âmbito de uma ação cautelar tem natureza antecipatória dos efeitos cautelares (!).”*

Mesmo diante do brilhante entendimento acima exposto, filio-me ao entendimento da maioria que destaca a tutela cautelar como tutela preventiva, considerando o objetivo do seu pedido em relação ao objeto do processo principal, que visa o seu acautelamento.

Mas referida característica não é obstáculo para a aplicação da fungibilidade.

Diante da sua função que é garantir a efetividade do processo principal, a tutela cautelar ganha outra característica que é a instrumentalidade, pois contribui para garantir o ideal funcionamento da justiça que se persegue em outro processo, o principal. Alguns autores a chamam de instrumento do instrumento.

---

<sup>58</sup> Bueno, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2ª. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.pág. 140.

Neste ponto, a tutela antecipatória diferencia-se da cautelar, pois naquela não há qualquer resquício de instrumentalidade, visto que o deferimento do seu pedido é a satisfação, ainda que parcialmente, do pedido do requerente que, ao final do processo, será deferido ou não, obtendo-se, assim, a prestação jurisdicional.

Outra característica da tutela cautelar é a provisoriedade. Significa que a solução nela prevista é temporária até a chegada da decisão final do processo principal. Embora a decisão do processo cautelar seja definitiva, é provisória para o processo principal, pois dele é dependente.

Esta característica identifica, também, a tutela antecipada. É provisória porque a tutela concedida em sede de urgência somente permanecerá se, no decorrer e ao final do processo, os fundamentos que a embasaram se consolidarem, tornando-se, então, definitiva.

Alguns autores ressaltam a provisoriedade enfatizando a causa da urgência. Ou seja, a tutela de urgência somente se justifica enquanto perdurar a causa que evidencia a urgência. Cessada a urgência, não há motivo que justifique a tutela de urgência.

Por serem provisórias, as tutelas podem ser modificadas e revogadas até a sentença definitiva, bastando que os argumentos que embasaram o seu deferimento se tornem frágeis ou a urgência, caracterizada inicialmente, tenha cessado.

Importante frisar que a revogabilidade e a modificação destas tutelas podem ser requeridas e apreciadas inclusive em instância superior, mediante as provas que se fizerem necessárias.

A revogabilidade é uma característica decorrente da sumariedade, sendo esta uma característica comum às tutelas de urgência.

As tutelas de urgência são concedidas através da cognição sumária realizada superficialmente pelo juiz, eis que a prova exigida neste tipo de tutela não é de certeza, e sim de mera plausibilidade em favor da presteza; o que se exige para o deferimento da tutela de

urgência é a probabilidade do direito, consubstanciado no “*fumus boni iuris*” ou verossimilhança das alegações.

É o que explica Athos Gusmão Carneiro<sup>59</sup>:

*“Não há dúvidas, outrossim, em que existem características comuns às medidas antecipatórias e às medidas cautelares: umas e outras supõem um juízo de verossimilhança das pretensões do postulante (aparência do bom direito, mais intenso nas AT, menos intenso quando pressuposto à concessão de providências cautelares) e supõe, igualmente, regra geral, o caráter de medidas de urgência”.*

E a sumariedade se justifica porque, como vimos, o pedido se reveste de urgência devendo ser apreciado no tempo necessário para que a tutela seja eficaz e efetiva em contramão da tutela jurisdicional tradicional que se obtém ao fim do processo, após cognição exauriente que atribui certeza e segurança jurídica à decisão proferida.

No entanto, esta característica não se restringe a estas proposições. Reside nesta questão um dos principais elementos de discórdia na aplicação da fungibilidade chamada de mão dupla.

Isso porque os requisitos inerentes a cada tipo de tutela são diferentes, sendo que na tutela cautelar exige-se o *fumus boni iuris* e na tutela antecipada exige-se a verossimilhança das alegações fundada em prova inequívoca.

Importante destacar que a tutela antecipada analisada neste trabalho para o fim almejado, que é a possibilidade de aplicação da fungibilidade, não considera as hipóteses descritas nos incisos II e III do artigo 273, do Código de Processo Civil, mas tão somente aqueles casos em que são requeridas as tutelas com base na urgência onde se faz a exigência de prova inequívoca e verossimilhança das alegações.

Para estes casos, o juiz profere decisão com base em prova não exauriente, na medida em que se trata de juízo de verossimilhança, conforme prevê o artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil. É neste ponto que alguns autores destacam a diferença da tutela cautelar que impossibilita a aplicação da fungibilidade, como veremos no próximo capítulo.

---

<sup>59</sup> Carneiro, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pág. 51.

Outra característica importante da tutela antecipada é a reversibilidade, pois conforme o artigo 273, parágrafo 2º do Código de Processo Civil “*não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*”.

Compreende-se tal característica, pois, como vimos, a tutela antecipada é provimento provisório e de cognição sumária, e os argumentos que a embasaram podem se tornar frágeis e a decisão ser revogada, devendo as partes retornar ao *status quo ante* a decisão que a concedeu.

Entendo que esta característica também é inerente à tutela cautelar, pois qualquer provimento que se mostrar irreversível, ainda que seja para acautelar o provimento final do processo principal, não poderá ser concedido, à medida que a sua natureza é provisória até que se efetive com a sentença definitiva.

Desta forma, a revogabilidade, reversibilidade, modificabilidade, provisoriedade são características próprias das tutelas de urgência, que, a meu ver, expressam a mesma mensagem, ressaltando o estado de precariedade das tutelas de urgência, as quais direcionam a uma decisão definitiva, madura, fundamentada na cognição exauriente do magistrado.

Contudo, as diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada não podem servir de empecilho para a aplicação da fungibilidade, pois, hoje, o que mais interessa é a produção de resultados efetivos enquanto durar o processo, garantindo ao cidadão a prestação jurisdicional eficiente.

E as tutelas de urgências são vistas como um instituto de colaboração dentro do direito processual, que, por sua vez, é visto como um instrumento para a efetivação do direito material.

A busca pelo direito do cidadão torna-se prioridade em detrimento da escolha acertada do meio a ser utilizado nesta busca.

A inserção do parágrafo 7º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, é claro ao permitir a fungibilidade entre as tutela antecipada e cautelar e vice-versa, chamada pela doutrina como fungibilidade de mão dupla.

Alguns autores são contrários à fungibilidade de mão dupla, aceitando apenas a fungibilidade da tutela antecipada pela tutela cautelar, mas jamais a tutela cautelar pela tutela antecipada, conhecida como fungibilidade de mão única.

Outros juristas defendem, ainda, a infungibilidade entre as medidas, destacando a diferença nas suas funções, o que impede a referida conversão.

Entretanto, questões técnicas que são importantes, mas não são prioridades, pois meramente formais, não podem impedir a referida fungibilidade ou conversão, como alguns autores preferem chamar, entre as medidas, eis que desnaturaliza a finalidade deste instituto tão importante para a efetividade da Justiça.

## 4. A APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

### 4.1 A exposição da divergência

As tutelas de urgência, cujas espécies tutela cautelar e antecipada, possuem características próprias e comuns, o que possibilita a aplicação da fungibilidade, tal como propõe o parágrafo 7º do artigo 273, do Código de Processo Civil.

O que essas tutelas têm em comum? A urgência, considerando o fator tempo, da qual decorre a apreciação sob cognição sumária exercida pelo magistrado e a necessidade de ser apreciada em curto espaço de tempo, quiçá de forma imediata, a fim de atender o objetivo deste tipo de tutela, que é a efetividade da prestação jurisdicional.

Outras características as tornam muito semelhantes também, como visto anteriormente, o que dificulta demasiadamente a sua distinção. Todavia, existe um ponto em que elas se diferenciam.

Em que as espécies de tutelas de urgência se diferenciam? No seu efeito jurídico ou função. Uma é destinada a proteger o bem da vida que se pleiteia no processo principal, por isso chamada de tutela preventiva; a outra é destinada a entregar antecipadamente esse bem ao seu titular, por isso chamada de tutela satisfativa. Ambas necessitam de provas ou indícios de que o requerente é o titular do direito pleiteado.

Verifica-se, destarte, que na tutela antecipada o verbo é satisfazer; na tutela cautelar o verbo é assegurar.

A análise das duas espécies de tutelas de urgência traz como conseqüência a dificuldade de identificar uma delas para determinadas situações concretas, deparando-se com uma “zona de penumbra” conforme definição de Tereza Arruda Alvim<sup>60</sup>, onde nem a doutrina nem a jurisprudência entram em consenso acerca da opção mais adequada.

---

<sup>60</sup> Wambier, Tereza Arruda Alvim. *O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 08, 2005, p. 740.

E o resultado da referida divergência é a morosidade da justiça, quiçá a ausência da prestação jurisdicional efetiva, na medida em que o surgimento da referida dúvida no caso concreto pode acarretar, precocemente, o indeferimento da tutela pleiteada.

É nesta seara que se encontra a questão tormentosa trazida pela doutrina e pela jurisprudência acerca da aplicação da fungibilidade às tutelas de urgência, conforme disciplina o artigo 273, parágrafo 7º, do Código de Processo Civil.

O fato da tutela cautelar e tutela antecipada possuírem efeitos jurídicos diferentes é visto por alguns doutrinadores como obstáculo à aplicação do princípio da fungibilidade, pois uma tutela é assecuratória; a outra é satisfativa.

Como consequência do pedido da tutela preventiva, a descrição fático/jurídica, acompanhada das provas carreadas aos autos, deverá possuir congruência com esta natureza e será fundada no acautelamento do bem que se persegue no outro processo, o principal, sendo que neste processo é que deverão estar carreadas as provas destinadas à tutela satisfativa.

Contudo, se o pedido é de tutela antecipada, o quadro fático-jurídico e provas deverão ter congruência com a função satisfativa da pretensão, apresentando a prova inequívoca do seu direito. Tudo isso deverá ser analisado pelo juiz, considerando a valoração da prova e os requisitos necessários para cada tipo de tutela.

Para aqueles que entendem pela infungibilidade entre as tutelas, os fatos e fundamentos deduzidos nos autos de uma tutela assecuratória não servirão para a tutela antecipada, pois desempenham papéis diferentes no processo.

Os fatos e as provas utilizados para requerer uma tutela não servirão para embasar outra tutela de função diferente, pois produzem resultados diversos.

É certo que, com a inovação trazida pelo parágrafo 7º, do artigo 273 do CPC, houve um abrandamento da regra que vincula o juiz ao pedido da parte, conferindo-lhe a possibilidade de conceder medida diversa daquela deduzida nos autos.

Ressalva-se que a *fumaça do bom direito*, o pressuposto inerente às tutelas cautelares, é entendido como alguma prova do fato que se alega no processo principal, ainda que o valor probatório seja reduzido.

Em outras palavras, os fatos e fundamentos bem como as provas da tutela cautelar sempre terão correspondência com os fatos, fundamentos e prova da tutela satisfativa, do qual será sempre dependente. Eis um argumento que derruba a corrente que entende pela infungibilidade das medidas.

Todavia, na tutela antecipada exige-se a verossimilhança das alegações baseada em prova inequívoca, direcionando a posição de que o juízo de probabilidade na tutela cautelar é menos intenso que na tutela antecipada.

Para os seguidores desta posição, a prova exigida na tutela cautelar não é suficiente para autorizar a fungibilidade recebendo-a como tutela antecipada, eis que aqui se exige a “prova inequívoca”.

Para alguns autores, a aplicação da fungibilidade é plenamente possível, tendo em vista que o requerente do direito a ser tutelado demonstrará e provará o alegado na sua petição, independentemente do nome que dará a sua peça processual.

Ou seja, descritos os fatos, o requerente deverá prová-los de acordo com a sua descrição. A valoração da prova apresentada será realizada pelo juiz, independentemente da nomenclatura da tutela, se cautelar ou antecipada.

A doutrina chama de fungibilidade de mão dupla.

Enfim, são esses os pontos divergentes mais relevantes que rodeiam o estudo das tutelas de urgência.

Em suma, identificam-se na doutrina três correntes acerca da aplicação da fungibilidade, são elas: a) a corrente que entende pela sua aplicação nas duas direções, conhecida como fungibilidade de mão dupla; b) a corrente que entende pela aplicação da fungibilidade em apenas uma direção, tal como expressa o dispositivo da lei e, por fim, c) a

corrente que entende pela infungibilidade entre as tutelas de urgência, destacando as diferenças substanciais entre elas.

Passemos a análise de cada uma:

#### **4.1.1 A fungibilidade de mão dupla**

O parágrafo 7º do artigo 273, do CPC, é claro ao dispor que o juiz poderá deferir a medida cautelar pleiteada a título de tutela antecipada, no processo de conhecimento, caso verifique a presença dos requisitos necessários.

Utilizando-se da interpretação literal do dispositivo, resta concluir que a mensagem passada pelo legislador é no sentido da aplicação da fungibilidade apenas em um único sentido, qual seja requerida a tutela antecipada, verifica-se que a medida correta é a tutela cautelar.

A conversão neste sentido é largamente aceita em prol da celeridade e economia processual, da instrumentalidade do processo e do desapego ao excesso do formalismo, bem como porque os requisitos da tutela antecipada possuem um juízo de probabilidade mais rígido do que o da tutela cautelar.

Todavia, existe a questão acerca da fungibilidade inversa, ou seja, deduzido o pedido como tutela cautelar e verificada que a medida correta é a tutela antecipada, poderia o magistrado receber o pedido como tutela antecipada?

A doutrina não é pacífica neste sentido, mas há fortes argumentos que fundamentam a posição que aceitam esta fungibilidade, chamada de mão dupla, pois verificada nos dois sentidos, da tutela antecipada convertendo-se em tutela cautelar e vice-versa, da tutela cautelar para a tutela antecipada.

Tal posicionamento justifica-se na teoria ou princípio da substanciação, no qual diz que o demandante deverá provar os fatos deduzidos nos autos. A fundamentação e a escolha da técnica mais adequada são realizadas pelo magistrado.

A Teoria da Substanciação, consagrada pelo nosso ordenamento jurídico, é a teoria segundo o qual os fatos narrados vinculam o juiz, tornando-se irrelevante a fundamentação jurídica e a nomenclatura da petição. Deve haver congruência entre os fatos narrados e o pedido e as provas carreadas aos autos.

Candido Rangel Dinamarco<sup>61</sup> é um dos fortes defensores desta posição, admitindo a possibilidade de se deferir tanto a cautelar em processo de conhecimento, como a tutela antecipada em processo cautelar:

*“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).”*(sem grifos no original)

Sobre a Teoria da Substanciação, pede vênias para transcrever trecho do acórdão proferido no Recurso Especial n. 795.348 – RS, relatado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça João Otávio de Noronha<sup>62</sup> em que cita os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco:

*“Destarte, discorrendo sobre a suscitada "Teoria da Substanciação" em relação ao pedido e a causa de pedir, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO assevera que: "vige no sistema processual brasileiro o sistema da substanciação, pelo qual os fatos*

<sup>61</sup> Dinamarco, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 92-94.

<sup>62</sup> Recurso Especial n. 795.348 – RS, Relator: Min. João Otávio de Noronha, Data da decisão: 18.05.2010.

*narrados influem na delimitação objetiva da demanda e conseqüentemente da sentença (art. 128) mas os fundamentos jurídicos não. Tratando-se de elemento puramente jurídico e nada tendo de concreto relativamente ao conflito e à demanda, a invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao Juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados para o que levará em conta a narrativa de fatos contida na petição inicial, a prova realizada e sua própria cultura jurídica, podendo inclusive dar aos fatos narrados e provados uma qualificação jurídica diferente daquela que o demandante sustentara (narra mihi factum dabo tibi jus)". (in Instituições de Direito Processual Civil - p. 132, editora Malheiros - 6ª edição - 2009). Extrai-se, portanto, de tais ensinamentos que não obstante a liberdade conferida ao magistrado para qualificar juridicamente como bem lhe aprouver a pretensão narrada pelo autor, deve fazê-lo nos limites expressos do pedido e da causa de pedir sustentada na petição inicial, ante ao "principio dispositivo", também reinante no Processo Civil Brasileiro".*

Desta forma, provando-se os fatos alegados na petição, o nome atribuído à peça processual perde relevância, tornando-se supérflua a discussão acerca da técnica adequada, eis que o juiz decidirá conforme o pedido e a causa de pedir, com base nos fatos e provas submetidos a sua apreciação.

Neste contexto, a corrente que defende a fungibilidade de mão dupla, embora pontue algumas diferenças entre a tutela cautelar e tutela antecipada, não traz qualquer ponto significativo capaz de impedir a aplicação da fungibilidade entre elas, sendo pacífico o entendimento de que basta a coerência entre descrição fático-jurídica, pedido e provas.

Neste mesmo sentido, Daniel Mitidiero<sup>63</sup> é catedrático ao defender o seu posicionamento. Vejamos:

*“Nessa linha, nosso Código de Processo Civil prevê a fungibilidade entre os pedidos de tutela satisfativa e de tutela cautelar (art. 273, parág. 7º, CPC). Se a parte, pela descrição fático-jurídica, requer providência diversa daquela que seria adequada para tutela de sua situação jurídica, pode o juiz, encontrando alegado e provado o direito àquela providência que seria a devida, prestar a tutela jurisdicional própria à posição jurídica sustentada pela parte interessada. Pouco importa se a parte pediu antecipadamente tutela satisfativa quando era o caso de tutela cautelar ou se formulou pedido de tutela cautelar quando seria o caso de requerer tutela satisfativa – há intercambiabilidade plena entre essas formas de tutela jurisdicional à luz do artigo 273, parágrafo 7º., CPC. O que interessa para sua aplicação é que a parte alegue a prove os requisitos próprios à tutela adequada para a proteção de sua esfera jurídica”.*

---

<sup>63</sup> Mitidiero, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pág. 163-164.

Contudo, a questão acerca do aspecto procedimental das demandas que envolvem as tutelas de urgência é algo que necessita de um aprofundamento.

É que o deferimento de uma tutela cautelar, quando o pedido era de tutela antecipada, no âmbito de um procedimento comum, não produziria prejuízos à parte ré, eis que existe a possibilidade de ampla dilação probatória a favor desta, em consonância com as garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório, permitindo proferir resultado após um processo justo.

Contudo, a celeuma gira em torno do deferimento de uma tutela antecipada nos autos de uma medida cautelar, verificando que esta técnica escolhida é incorreta. Como deve agir o magistrado neste caso, considerando que o processo cautelar possui prazos menores e procedimento diferente com restrição da produção probatória, cuja consequência é a violação do devido processo legal?

Alguns autores filiados a essa corrente defendem a adaptação do procedimento, como vimos acima, Cândido Rangel Dinamarco.

Referida adaptação poderá ser identificada e apontada pelo magistrado, podendo fazer de ofício ou requerendo a emenda da inicial através de uma decisão interlocutória, não causando qualquer prejuízo ao réu, oportunizando-lhe o contraditório e a ampla defesa.

Neste mesmo sentido, Nelson Nery Junior<sup>64</sup> explica:

*“Fungibilidade. Cautelar incidental. 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 da 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).”*

---

<sup>64</sup> Nery Junior, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10ª ed. rev. atual. 2007 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 531.

Nery ainda aponta a possibilidade da fungibilidade da cautelar incidental para a tutela antecipada<sup>65</sup>:

*“Fungibilidade. Tutela antecipada. 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 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.”*

Conforme os ensinamentos esposados acima, verifica-se que a adaptação dos procedimentos entre as tutelas de urgência é perfeitamente viável, bastando que o magistrado adéqüe o pedido ao procedimento mais apto a afastar o risco de inutilidade da prestação jurisdicional.

A adequação de procedimentos é um assunto atual em vista do fenômeno que surge no direito processual civil brasileiro, do qual se extrai a possibilidade de, num só processo, obter-se várias tutelas jurisdicionais decorrentes de diferentes procedimentos, objetivando a diminuição de processos.

Desta forma, a fungibilidade entre as tutelas de urgência aparece como um instrumento que evita a proliferação de processos, contudo, propicia a efetivação da prestação jurisdicional.

Sobre a conversão de procedimento, importante trazer ementa de julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª região<sup>66</sup>, nos autos do Agravo de Instrumento AGTR 44062 CE 0018994-32.2002.4.05.0000, publicado em 05/07/2004.

*“PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONVERSÃO DA MEDIDA CAUTELAR EM TUTELA ANTECIPADA. ADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. ART. 273 , PARÁGRAFO 7º CPC . CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES. DISPENSÁVEL. CONCURSO PÚBLICO. FIXAÇÃO DE LIMITE MÁXIMO DE IDADE PARA PARTICIPAR EM CONCURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTO. PRESENÇA*

<sup>65</sup> Nery Junior, Nelson. ob. cit. pág. 531

<sup>66</sup> Julgado disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca> no dia 26/02/2014.

*DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. - O parágrafo 7º do art. 273 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 10.444, de 07/05/2002. 6 permite a conversão da medida cautelar em tutela antecipada, dando assim o direito positivo guarida ao princípio da fungibilidade, aplicando-o a esses dois institutos processuais. - Quando o procedimento puder se adaptar ao pedido, evidentemente, a prestação da jurisdição haverá de ser feita, porque a forma não pode causar obstáculo ao conteúdo. "Dessa forma," em face da aplicação do princípio da fungibilidade, a medida cautelar deve ser recebida como um pedido de antecipação de tutela nos autos do recurso interposto, devendo ser deferido tal pedido na mesma forma como são deferidos todos os pedidos de antecipação de tutela. (Precedentes do STJ). - Dispensável a citação de concursando como litisconsortes necessários, eis que os candidatos, mesmo aprovados, não titularizam direito líquido e certo à nomeação. Precedentes do STJ). - É dispensável a fixação, mediante lei, o limite de idade para o ingresso nas Forças Armadas. Podendo este requisito ser delimitado por ato administrativo (edital). (Precedente desta 1ª Turma e do STF). - Agravo de Instrumento provido."*

Observa-se que a adaptação dos procedimentos é plenamente aceita por uma parte da doutrina e da jurisprudência, em prol da fungibilidade de mão dupla, bastando demonstrar a congruência entre os fatos, pedido e provas para que o juiz aprecie e qualifique a pretensão de acordo com a sua convicção, podendo deferir cautelar incidental nos autos do procedimento comum, bem como convertendo a medida cautelar em procedimento comum, quando presentes os pressupostos necessários, podendo, inclusive, requerer que a parte emende a inicial e faça a adequação do pedido à técnica correta.

No entanto, referido posicionamento não é pacífico na doutrina e jurisprudência, recebendo fortes críticas fundamentadas.

Paulo Afonso Brum Vaz aborda a questão e conclui pela impossibilidade de adequação dos procedimentos:<sup>67</sup>

*"Pensamos que, em linha de princípios a fungibilidade autorizada pelo novo § 7º do art. 263 do CPC não abarca a hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela de direito material postulada em processo cautelar. Nem poderia, sob pena de grave subversão da ordem processual e da natureza dos institutos. Se admitida a possibilidade de se deferir antecipação dos efeitos da tutela em processo cautelar, teríamos ferido de morte o princípio do devido processo legal, em seu aspecto processual. As partes têm o direito subjetivo ao rito definido em lei. Pretensão que tenha por objeto o reconhecimento da fruição do direito material objeto do litígio deve ser vertida no processo de conhecimento. Antecipação dos efeitos da tutela corresponde a uma pretensão meritória de direito material, portanto, não pode ser postulada em processo cautelar (no processo cautelar seria possível a antecipação da tutela cautelar, que corresponde à liminar que adianta os efeitos da cautela). Existe uma substancial distinção entre os modelos processuais estabelecidos para cada uma das espécies de tutela, sendo o da cautelar deficitário em relação à*

<sup>67</sup> Vaz, Paulo Afonso Brum. *Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade* (§ 7º do art. 273 do CPC). Revista de Processo, v.32, n.144, fev.07, p.23-37.

*antecipação de tutela. O prejuízo processual do requerido seria evidente, seja porque os prazos são mais exíguos, seja porque a instrução probatória no processo cautelar é limitada, em razão da cognição superficial que o caracteriza, ou ainda porque, sob o ponto de vista dos efeitos recursais, o regime é diverso.”*

Sob o ponto de vista do citado autor, a conversão da tutela cautelar em tutela antecipada, seguindo esta o procedimento daquela, estaria violando o princípio constitucional do devido processo legal, trazendo inúmeros prejuízos à parte ré.

Realmente neste ponto o doutrinador tem razão. Contudo, não parece razoável o magistrado tomar a referida decisão de dar prosseguimento à tutela antecipada no procedimento próprio da tutela cautelar, restando evidente a violação à garantia constitucional do devido processo legal.

Como defendemos anteriormente, o magistrado poderá oportunizar a emenda da inicial e, caso seja realizada pelo requerente, não haverá qualquer prejuízo ao réu.

Enfim, são essas as divergências e os argumentos que fundamentam a posição doutrinária e jurisprudencial que se filiam a teoria da fungibilidade de mão dupla ou duplo sentido, a qual eu também me filio.

#### **4.1.2 A fungibilidade de mão única**

Identifica-se na doutrina outra corrente que admite a fungibilidade em uma só direção, aquela expressa no dispositivo que inseriu o parágrafo 7º ao artigo 273, do CPC, que diz “*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*”.

Realizada uma leitura atenta do referido dispositivo, fazendo uso da interpretação literal, percebe-se que o legislador permite apenas ao juiz receber a tutela antecipada como se fosse cautelar, sendo este o pedido correto. Contudo, não mencionou a hipótese contrária, do recebimento da cautelar como tutela antecipada, verificando que este seria o pedido correto.

Pergunta-se: É possível esta conversão diante da omissão da lei?

A resposta desta corrente doutrinária é negativa, pelas razões seguintes:

A resposta justifica-se no juízo de verossimilhança exigido nas tutelas, visto que são gradualmente diferenciados. Enquanto na tutela antecipada exige-se prova inequívoca, na tutela cautelar exige-se *fumus boni iuris*, o que, segundo os adeptos da corrente, impede a conversão ou fungibilidade.

Arruda Alvim<sup>68</sup> defende esta posição e expõe a justificativa referindo-se ao parágrafo 7º, do art. 273, do CPC:

*“A ‘fungibilidade’, no caso, ocorre da antecipação da tutela para a medida cautelar, e – como acentuamos – não inversamente. Isto porque em conformidade com o que decorre da lei, e, do entendimento assente, os requisitos da antecipação da tutela – ainda que em substância possam ser coincidentes – expressam exigência maior da lei comparativamente da medida cautelar. Com isto significou o legislador que, pedindo-se o mais o juiz poderá vir a conceder o menos. Mas não inversamente”.*

Para esta corrente, somente é possível a chamada fungibilidade de mão única ou em uma só direção, ou seja, aquela aplicada no caso em que, feito o pedido como tutela antecipada, o que se requer, corretamente, é a tutela cautelar.

Athos Gusmão<sup>69</sup> filia-se a este posicionamento e justifica-se nos ensinamentos de Arruda Alvim:

*“Conforme Arruda Alvim, cuida-se de uma fungibilidade em uma só direção, e isto porque os requisitos para a AT, ainda que em substância possam ser coincidentes, expressam exigência maior em confronto com os da medida cautelar; ou seja, pedindo-se o mais o juiz poderá vir a conceder o menos, mas não inversamente.”*

Uma das fortes razões que fundamentam esta posição é que a prova exigida na tutela cautelar é menos rigorosa que a prova exigida na tutela antecipada, e, portanto, a prova

<sup>68</sup> Alvim, Arruda. *Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei n. 10.444 de maio de 2002. “Inovações sobre o Direito processual civil: tutelas de urgência*. Coordenadores Arruda Alvim Eduardo Arruda Alvim, Editora Forense: Rio de Janeiro. 2003, página 9.

<sup>69</sup> Carneiro, Athos Gusmão. Ob. Cit, pág. 52.

apresentada nesta servirá para o deferimento daquela, mas jamais admitida inversamente, pois insuficiente para deferir a tutela antecipada.

Desta forma, conclui-se que o juízo de probabilidade é mais rigoroso na apreciação da tutela antecipada do que na tutela cautelar, razão pela qual inoperante a fungibilidade inversa ou progressiva, admitindo-se apenas a forma expressada no dispositivo de lei, interpretando-se literalmente o dispositivo.

Lúcio Delfino<sup>70</sup> leciona contra a interpretação literal do dispositivo e ensina:

*“Contudo, a doutrina, em sua maioria, já se ergueu contra uma possível interpretação literal do art. 273, parág. 7º, do CPC. Acertadamente, o entendimento prevalecente exalta-se no rumo de que a fungibilidade de tutelas deve ser vista em mão dupla, admitindo-se, assim, sua utilização também naquelas situações em que reclamam antecipação de tutela transvestida em pedido cautelar liminar.”*

Outra questão suscitada pela doutrina acerca da impossibilidade de se aplicar a fungibilidade progressiva, diz respeito ao aspecto procedimental que implicaria esse deferimento, na medida em que as tutelas possuem procedimentos diversos.

Já comentamos acerca deste assunto na seção anterior, mas é oportuna a exposição da divergência e seus argumentos.

Vimos que o recebimento de um pedido de tutela antecipada como tutela cautelar é possível diante do procedimento comum estabelecido para aquela medida, a qual oportuniza amplitude no contraditório, não oferecendo riscos de cerceamento de defesa ao réu.

Contudo, a tutela cautelar possui procedimento diverso, com juízo de verossimilhança restrito ao *fumus boni iuris* e contraditório com prazos processuais diminuídos em relação ao procedimento comum, o que afrontaria sobremaneira o princípio do devido processo legal.

Willian Santos Ferreira<sup>71</sup> entende não ser possível a conversão de procedimentos entre as tutelas de urgência. Pede vênia para transcrever o seu posicionamento:

---

<sup>70</sup> Delfino, Lucio. *Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência*. In Revista de Processo nº 122. São Paulo: RT, pág. 209.

<sup>71</sup> Ferreira, Willian Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 218.

*“Conversibilidade inversa no pleito cautelar para antecipatório: é possível? É muito mais simples responder afirmativamente a esta pergunta, mas para nós na cautelar haver um pedido de natureza antecipatória e sua conversibilidade, não nos parece possível, pois a antecipação necessita encontrar-se no processo principal.”*

No mesmo sentido é o posicionamento de Paulo Afonso Brun Vaz<sup>72</sup>. Importante transcrever um trecho da sua obra onde pontua o assunto:

*“Antecipação dos efeitos da tutela corresponde a uma pretensão meritória de direito material, portanto, não pode ser postulada em processo cautelar (no processo cautelar seria possível a antecipação da tutela cautelar, que corresponde à liminar que adianta os efeitos da cautela). Existe uma substancial distinção entre os modelos processuais estabelecidos para cada uma das espécies de tutela, sendo o da cautelar deficitário em relação à antecipação de tutela. O prejuízo processual do requerido seria evidente, seja porque os prazos são mais exíguos, seja porque a instrução probatória no processo cautelar é limitada, em razão da cognição superficial que o caracteriza, ou ainda porque, sob o ponto de vista dos efeitos recursais, o regime é diverso.”*

Em suma, esses são os argumentos e fundamentos que corroboram a referida posição doutrinária que aponta o impedimento da fungibilidade nas duas direções ou a fungibilidade progressiva. Ressalta a importância da interpretação literal do dispositivo de lei; a rigidez do juízo de probabilidade exigido na tutela antecipada e, por fim, a inadequação do procedimento das tutelas.

Em que pese o brilhantismo dos ensinamentos da referida posição doutrinária, esta não merece prosperar, pois fungibilidade se dá entre espécies semelhantes, onde uma pode substituir a outra e vice-versa.

Não existe fungibilidade em uma só direção. Pode-se argumentar outro fundamento para justificar a possibilidade de substituir a medida cautelar pela tutela antecipada apenas, mas jamais fundamentar a referida substituição na norma da fungibilidade, pois esta não é.

Ao referir-se à norma da fungibilidade deve-se entender pela possibilidade de sua aplicação nos dois sentidos.

---

<sup>72</sup> Vaz, Paulo Afonso Brum. *Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade* (§ 7º do art. 273 do CPC). Revista de Processo, v.32, n.144, fev.07, p.23-37.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>73</sup> faz uma observação peculiar acerca desta posição. Para ele “*não há fungibilidade em uma só direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um*”.

Neste mesmo sentido, tornam-se oportunas as palavras de Cristiano Barata Morbach<sup>74</sup> acerca da fungibilidade:

*“Ora, se o legislador construiu uma ‘ponte’ no sistema, é lógico que ela poderá ser atravessada tanto para um lado como para o outro, e não apenas de um lado pra o outro. Parece-nos, data maxima venia, que a idéia trazida pelo § 7º do artigo 273 do CPC é a de reavivar o relacionamento interrompido das duas principais tutelas de urgência no Brasil, na medida em que proporciona a aplicação da fungibilidade como possível solução para a confusão que ainda atinge a doutrina e jurisprudência pátrias.”*

A norma da fungibilidade deve ser entendida como instrumento de celeridade, razoabilidade e ponderação na oportunidade de apreciação do pedido, evitando que a denominação inadequada se torne óbice quando verificados os pressupostos inerentes a forma correta.

Portanto, a discussão acerca da direção da fungibilidade imposta pelo legislador não é relevante diante da finalidade desta importante norma. É o caso concreto que direcionará o magistrado acerca da técnica a ser utilizada, a fim de cumprir o objetivo perseguido que é a efetividade da prestação jurisdicional.

Por fim, convém ressaltar que, em obra mais recente, Arruda Alvim<sup>75</sup> alterou seu posicionamento e aderiu à corrente que admite a fungibilidade nas duas direções, diminuindo, desta forma, a força da posição doutrinária ora estudada, principalmente dos autores que embasavam as suas posições na do autor ora mencionado.

Importante transcrever trecho da obra que expressa referida observação:

---

<sup>73</sup> Dinamarco, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros. 4ª ed., 2002, pág. 92.

<sup>74</sup> Morbach, Cristiano Barata. *A fungibilidade de mão dupla no campo das tutelas de urgência*. Artigo publicado em junho/2004. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/5391/a-fungibilidade-de-mao-dupla-no-campo-das-tutelas-de-urgencia>. Consultado em 01/03/2014.

<sup>75</sup> Alvim, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 16ª edição rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág. 918.

*“Portanto, em prol da efetividade da tutela jurisdicional, passa-se a adotar a tese de que, em certos casos, o parágrafo 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. (...) O que se pode dizer, no caso, é que há, expressa e implicitamente, uma fungibilidade “de duas mãos” prevista na lei, ou seja, a da hipótese em que a tutela antecipada impropriamente requerida poderá vir a valer como medida cautelar, bem como a de que esta poderá valer como aquela, desde que presentes os pressupostos que justificam as duas espécies de tutelas de urgência”.*

Observa-se que, agora, o autor menciona claramente a possibilidade de substituição de uma medida por outra, corroborando a posição acima mencionada de que a fungibilidade é uma regra que se impõe a institutos semelhantes, ou se aplica a todas as hipóteses ou não se trata de fungibilidade.

#### **4.1.3. A infungibilidade entre as tutelas de urgência**

Verificamos, ainda, a existência de outra corrente contrária a aplicação da fungibilidade nas tutelas de urgência, seja para qual direção for.

Esta corrente é liderada por Ovídio Araújo Baptista da Silva<sup>76</sup> que aponta diferenças substanciais entre a tutela cautelar e tutela antecipada e não admite a fungibilidade entre elas, em hipótese alguma, pois inadmissível, na visão deste jurista, a aceitação das cautelares satisfativas.

Como vimos anteriormente, a tutela antecipada trazida pela Lei 8.952/1994 foi uma solução encontrada pelo legislador para atender o problema enfrentado na prática forense diante da utilização desenfreada das tutelas cautelares satisfativas, sobrevivendo, destarte, o instituto da tutela antecipada disciplinada no artigo 273, do CPC.

Para esta corrente, a função das tutelas influencia na prática da referida conversão, pois uma é tutela de simples segurança e a outra é tutela satisfativa. Cada uma se destina a

---

<sup>76</sup> Silva, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pág. 03.

atingir um objetivo e desempenha um papel dentro do processo civil, razão pela qual inoperante a fungibilidade.

Referida posição baseada na obra de Ovídio de Araújo Baptista da Silva traz argumentos substanciais e relevantes que distinguem uma tutela da outra, obstaculizando a fungibilidade entre elas.

Para ele, a tutela cautelar se distingue da tutela antecipada, na medida em que aquela tem autonomia procedimental e esta é apreciada nos autos do processo principal e sempre será dependente deste. A tutela cautelar assegura direitos sem, no entanto, satisfazê-los; enquanto na tutela antecipada há a satisfação do direito da parte através da antecipação dos efeitos da sentença. A tutela cautelar serve para segurança da execução; a tutela antecipada é a execução para segurança. A tutela é utilizada para combater o risco de dano iminente, enquanto a tutela antecipada serve para combater o perigo de dano irreparável.

Essas são as principais diferenças entre as tutelas apresentadas pela posição do doutrinador, que não admite fungibilidade entre elas.

Diante da posição acima exposta, ousamos atribuir ao parágrafo 7º, do artigo 273, do Código de Processo Civil a qualidade de ilegal em face da diversidade das espécies de tutelas ora analisadas, inadmitindo, desta forma, a aplicação da fungibilidade por serem absolutamente diferentes.

Referida observação é fruto da leitura da obra de Jaqueline Mielke Silva<sup>77</sup> que comenta a posição de Ovídio Baptista da Silva sobre as tutelas de urgência:

*“O projeto original do artigo 273 foi elaborado por Ovídio BAPTISTA DA SILVA, que claramente distingue tutela antecipada de tutela cautelar. Ou seja, a partir de uma leitura isolada do artigo 273 poderíamos afirmar que o Código de Processo Civil adotou o modelo de tutela de urgência de Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA, em que pese conter algumas incongruências e disparidades que não se afinam com o pensamento deste processualista. Entretanto, o legislador manteve a teoria de Piero CALAMANDREI no Livro III, que trata do Processo Cautelar. Ou seja, o artigo 273 contempla a tese de um doutrinador que não aceita a existência de cautelares satisfativas e todo o livro das*

---

<sup>77</sup> Silva, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, pág. 41.

*cautelares continua ainda contemplando as idéias de outro processualista que expressamente as cautelares satisfativas.”*

Para o doutrinador, as espécies de tutelas são diferentes significativamente, inviabilizando a fungibilidade.

Pede vênia para transcrever um trecho da sua obra<sup>78</sup> onde aponta a diferença:

*“O que deveria caracterizar a tutela cautelar – ao contrário do modo como a concebe a doutrina dominante – seria a circunstância de ser ela uma forma especial de proteção jurisdicional de simples segurança, equivalente a uma forma de tutela preventiva e não-satisfativa do pressuposto e provável direito material ou processual a que se presta auxílio judicial”.*

Ovídio Batista diferencia basicamente a tutela cautelar e a tutela antecipada enaltecendo o verbo a que se refere cada uma, atribuindo à tutela cautelar o verbo “assegurar” e à tutela antecipada o verbo de “satisfazer”.

E continua os seus ensinamentos<sup>79</sup>:

*“Satisfazer o direito é declará-lo existente. Eis a razão fundamental que determina a dependência da demanda cautelar, pois, não tendo ela capacidade para declarar o direito com força de coisa julgada, haverá de fazer parte de uma lide de maior amplitude, capaz de permitir um debate judicial amplo e profundo, a legitimar a formação da coisa julgada”.*

Observa-se da leitura da sua obra que é contrário à sumarização processual, sendo essa mais uma razão que corrobora o entendimento pela infungibilidade entre as medidas de urgência.

O referido autor critica a doutrina moderna, evidenciando o seu posicionamento fundado no Estado Liberal, onde a segurança jurídica era o valor consagrado na época. Pede vênia para transcrever um trecho onde se verifica a referida crítica<sup>80</sup>:

---

<sup>78</sup> Silva, Ovídio Batista. Do processo cautelar, página 36. 4ª edição, 2009, Rio de Janeiro: Forense.

<sup>79</sup> Silva, Ovídio A. Baptista da. ob. cit. pág. 36.

<sup>80</sup> Silva, Ovídio A. Baptista da. ob. cit. página 08.

*“Com efeito, não haverá nada mais danoso aos “homens de negócios” do que uma vitória provisória, sujeita a ter seus efeitos anulados em virtude do resultado de uma demanda posterior, onde o vencido se volte contra o vencedor – agora posto na condição de réu – para roubar-lhe senão a primeira sentença no que ela contenha de reconhecimento do direito do vencedor, ao menos as vantagens econômicas conseguidas no processo sumário anterior, o que, sob o ponto de vista da moral capitalista, será, sem dúvida, ainda mais indesejável.(...) E, como se sabe, os processos sumários não podem oferecer a segurança que seria desejável, posto que a redução da lide que eles realizam deixa necessariamente margem a uma demanda subsequente, a ameaçar o resultado prático da primeira demanda. É neste ponto que emerge a indiscutível superioridade do Procedimento Ordinário, na medida em que a ordinariade permite a plenariade da demanda judicial, de modo a que o processo civil atenda às exigências e valores do individualismo liberal do século XIX, quais sejam, o respeito quase sagrado à liberdade individual do demandado, a quem se deveria assegurar ampla e exauriente defesa; (...)”*

Ressalta-se a congruência da referida posição.

Nota-se que os argumentos trazidos por Ovídio Baptista da Silva são fundados na segurança jurídica da decisão do litígio, que somente se obtém após a cognição exauriente realizada pelo magistrado, repudiando as decisões sumárias que objetivam a celeridade do processo.

Por isso a crítica à doutrina moderna que aceita e fundamenta a sumarização das decisões, em busca da celeridade processual. Contudo, segundo o autor, a celeridade processual pode trazer desastrosas conseqüências, eis que possibilita o erro, já que o processo não está maduro para a referida decisão, enaltecendo o procedimento ordinário.

Pontes de Miranda<sup>81</sup>, ao explicar a natureza das ações cautelares, faz uma exposição que corrobora a posição destacada:

*“NATUREZA DAS AÇÕES DE MEDIDAS CAUTELARES. – As medidas cautelares, ou medidas preventivas, são todas as que atendem à pretensão de segurança do direito, da pretensão, ou da prova, ou da ação.*

Referindo-se aos juristas que estudavam a natureza das ações cautelares, Pontes de Miranda<sup>82</sup> teceu crítica e escreveu:

---

<sup>81</sup> Miranda, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil – tomo XII, arts. 796-889*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, pág. 03-04.

<sup>82</sup> Miranda, Pontes de. ob. cit. pág. 04.

*“No fundo, todos confundiam a antecipação ou adiantamento da execução (que normalmente viria após a sentença de cognição completa), tal como ocorre nas ações executivas de títulos extrajudiciais, notadamente no art. 585, II, e a asseguaração da prestação, essa mesma só peculiar a algumas ações cautelares, pois é ausente qualquer ‘execução’ nas ações de produção antecipada da prova e na maioria das ações de exibição”.*

E continua o seu raciocínio<sup>83</sup>:

*“Cautelares, designação empregada, hoje, pelo Código de 1973, são os processos que tendem a assegurar pretensão, não a satisfazer e a liberar. (...) Não há, propriamente, provisoriedade na decisão que neles se profere; há cautela, segurança. Por isso mesmo, é erro dizer-se que são sempre instrumentos a serviço da providência final, ou que preparam pura eficácia de decisão definitiva. A confusão em juristas que dizem isso, repetindo processualistas italianos, é de lamentar-se profundamente, porque se toma por preparatório o que previne, e não prepara. (...) Nas ações cautelares não há antecipação da eficácia que teria a sentença na ação própria. Há mandamentalidade com conteúdo de segurança”.*

Como se observa, Pontes de Miranda também ressalta a finalidade precípua das tutelas cautelares de assegurar, distinguindo-as das tutelas antecipatórias, e traz argumentos contundentes que corroboram a posição ora estudada, que prega a infungibilidade entre as tutelas de urgência.

Isso porque, repita-se à exaustão, não se pode falar em fungibilidade entre espécies ou institutos diferentes, pois, segundo a corrente, a fungibilidade se dá entre espécies semelhantes qualitativamente e quantitativamente.

Diante dos ensinamentos propiciados pelo estudo desta corrente, pode-se afirmar que a infungibilidade das tutelas de urgência está enraizada na natureza jurídica das espécies, por apresentarem sensíveis diferenças, segundo esta posição, impossibilitando a aplicação da fungibilidade entre elas.

Enfim, essas são as principais colocações que fundamentam a referida posição doutrinária acerca da fungibilidade das tutelas.

Embora referida posição seja muito bem fundamentada, inclusive no valor preponderante no processo civil que é a segurança jurídica, não parece acompanhar a

---

<sup>83</sup> Miranda, Pontes de. ob. cit. pág. 07 e 08.

evolução do processo civil brasileiro, que hoje clama por soluções céleres e efetivas nos litígios.

Esta assertiva decorre do sincretismo processual, um fenômeno recentemente verificado no processo civil brasileiro que traz a possibilidade de, em um único processo, obter-se várias tutelas jurisdicionais resultantes de diferentes procedimentos.

A fungibilidade entre as tutelas de urgência é um instrumento que acompanha esse fenômeno do processo civil em busca da efetividade da prestação jurisdicional, por isso o entendimento de que a fungibilidade de mão dupla ou em duplo sentido é o modelo que mais se adéqua às aspirações da sociedade no que tange à prestação da tutela jurisdicional.

## CONCLUSÃO

Conforme vimos no decorrer deste estudo, o princípio da fungibilidade é um importante instrumento de efetividade do processo, e, conseqüentemente, um aliado dos operadores do direito que buscam um processo célere e justo, no intuito de simplificar o sistema jurídico.

A busca pela efetividade da tutela jurisdicional surge da preocupação com a lentidão do processo, com o formalismo exacerbado e outras exigências estabelecidas pelo legislador, fazendo com que a fungibilidade ganhe destaque na doutrina e jurisprudência como assunto atual e relevante.

O princípio da fungibilidade, antes utilizado apenas no sistema recursal, passou a ser estudado e aplicado também nos procedimentos, principalmente no que tange às tutelas de urgência, após a introdução do parágrafo 7º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, que atribuiu à fungibilidade a qualidade de regra jurídica.

Desta forma, a fungibilidade passou a ser um instrumento indispensável dentro do processo civil, ora utilizada como regra jurídica entre as tutelas de urgência, ora aplicada como princípio no sistema recursal, podendo ser aproveitada, ainda, em outros procedimentos, quando demonstrado o requisito da dúvida objetiva.

Entre as tutelas de urgência a fungibilidade é de suma importância, pois aparece como um símbolo de otimização da formalidade processual, na medida em que, através dela, é possível substituir a tutela antecipada pela tutela cautelar e vice-versa, possibilitando ao magistrado o aproveitamento dos meios processuais que objetivam a mesma finalidade.

Vimos que as duas espécies de tutelas de urgência diferenciam-se, basicamente, pela natureza jurídica e efeitos que produzem, apesar de compartilharem da mesma finalidade, qual seja promover a celeridade processual em detrimento da demora na tramitação do processo até a decisão definitiva.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência divergem sobre a possibilidade de aplicação da fungibilidade entre as espécies de tutela, cuja controvérsia gera insegurança na oportunidade de aplicação do referido instituto, causando resultado contrário ao esperado pelo legislador quando introduziu a norma ao sistema jurídico.

Parte da doutrina resiste em aceitar a fungibilidade de mão dupla ou nos dois sentidos, como vimos o melhor modelo que se encaixa na proposta da norma da fungibilidade e das tutelas de urgência.

Para esta corrente, não é possível a fungibilidade nos dois sentidos, aceitando somente a fungibilidade em um só sentido, da tutela antecipada para a tutela cautelar, sendo inadmitida inversamente. Justifica o posicionamento na interpretação literal do dispositivo que introduziu a norma, bem como na existência de incompatibilidade de procedimentos e natureza jurídica dos institutos.

Existe, ainda, a corrente minoritária que não admite a fungibilidade entre os institutos, enfatizando seu posicionamento na diferença da natureza jurídica das tutelas, na medida em que a fungibilidade somente pode ser utilizada entre institutos semelhantes qualitativamente e quantitativamente.

Contudo, em que pese o entendimento contrário fundado em robustos argumentos, estes não merecem prosperar.

Vimos que a prática forense, antes com referências pautadas como absolutas, está relativizando-se, e a aplicação da fungibilidade é um exemplo disso. Tal fato demonstra a evolução da humanidade, onde se busca um sistema dinâmico, rebatendo conceitos estáticos.

A fungibilidade é um desdobramento dos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas caracterizando-se como regra no sistema processual civil, no tange às tutelas de urgência, na medida em que se encontra expressamente prevista no ordenamento jurídico, afastando qualquer margem de dúvidas do seu caráter de decidibilidade.

Neste contexto, a fungibilidade deve ser regra entre as tutelas de urgência, quando evidenciada a dúvida objetiva. E aqui ressalta a indiferença da fungibilidade de pedidos e fungibilidade de procedimentos, pois parece que o legislador atribuiu ao magistrado o poder de adequar o pedido do demandante, a fim de aproveitar os atos processuais já praticados.

Demonstrada a urgência no pedido deduzido em juízo, deve o magistrado adequá-lo a forma que mais atender a efetividade da prestação jurisdicional, utilizando-se dos institutos legais e disponíveis para tal adequação, sendo irrelevante a discussão acerca da natureza jurídica das tutelas ou o procedimentos que demanda cada uma delas.

Isso porque, nos ditames da Teoria da Substanciação, basta a dedução do pedido em juízo, congruente com o quadro fático e provas, para que o magistrado decida qual o melhor procedimento a ser seguido, sem se ater a maiores detalhes ligados ao formalismo radical imposto pelas regras de direito processual.

Importante observar que a tendência do direito processual é combinar procedimentos que resultem em diferentes tutelas jurisdicionais dentro de um mesmo processo, cada uma decorrente de um procedimento adequado ao tipo de pretensão posta em juízo, fenômeno conhecido como sincretismo processual, evitando, desta forma, a proliferação de processos.

É neste sentido que aparece a fungibilidade entre as tutelas de urgência. Um caminho que acompanha esse fenômeno do sincretismo processual.

Parece-me que o escopo primordial buscado pelo legislador, com a introdução ao sistema normativo da regra da fungibilidade, é proporcionar aos cidadãos a tutela jurisdicional de forma efetiva, possibilitando desfrutar com plenitude o resultado conseguido no processo.

**BIBLIOGRAFIA**

ALVIM, Arruda. *Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei n. 10.444 de maio de 2002. “inovações sobre o Direito processual civil: tutelas de urgência.* Coordenadores Arruda Alvim Eduardo Arruda Alvim, Editora Forense: Rio de Janeiro. 2003.

ALVIM, Arruda. Anotações sobre a teoria geral dos recursos. Teresa Arruda Alvim Wanbier; Nery Junior (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, 1999.

ALVIM, Arruda. *A evolução do direito e a tutela de urgência.* Publicado na Revista Jurídica, ano 57. Abril 2009, vol. 378, publicação de NOTADEZ, ISSN-01033379.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil.* 16ª edição rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

BAGGIO, Lucas Pereira. *Tutela jurisdicional de urgência e as exigências do direito material.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

BAUERMANN, Desirê. *As tutelas de urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil.* Revista de Processo, ano 38, 224, Outubro/2013, Revista dos Tribunais.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência.* 5ª edição, rev. ampl. São Paulo: Malheiros.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada.* 2ª. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 17. ed. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela.* Rio de Janeiro: Forense. 2002. 4ª edição.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 21ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Daniel Carnio. *Tutelas de Urgência (individuais e coletivas)* Curitiba: Juruá, 2013.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. *Dicionário Compacto do Direito.* 2ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva. 2003.

DELFINO, Lucio. *Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência*. In Revista de Processo nº 122. São Paulo: RT.

DESTEFENNI, Marcos. *Natureza Constitucional da Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002.

DIAS, Jean Carlos. *Tutelas de Urgência – Princípio sistemático da fungibilidade*. Curitiba: Juruá, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigo>. Acesso em 05/01/2014.

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

FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. – 3ª ed. rev. ampl. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA. Willian Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

Gomes, Daniela Vasconcellos. *A distinção entre regras e princípios na visão de J. J. Gomes Canotilho*. Disponível em [www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1318](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1318). Consultado em 07/03/2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Normas, regras e princípios: conceitos e distinções (parte I)*. Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2074820>. Consultado em 06/03/2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. I 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil – tomo XII, arts. 796-889*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORBACH, Cristiano Barata. *A fungibilidade de mão dupla no campo das tutelas de urgência*. Artigo publicado em junho/2004. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/5391> Consultado em 01/03/2014

MOURA, Fernando Galvão. Artigo “Celeridade Processual: Direito e Garantia Fundamental. A positivação de princípios constitucionais”. Acesso na internet em 10/01/2014.

NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10ª ed. rev. atual. 2007 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. – 36. ed. atual. até 10 de janeiro de 2004. – São Paulo: Saraiva, 2004.

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. *Fungibilidade Recursal no Processo Civil – Um modelo jurídico implícito*. Disponível <http://www.advogado.adv.br/artigos/2001>. Consultado em 05/01/2014.

RIGHI, Eduardo. *Direito Fundamental ao Justo Processo nas Tutelas de Urgência*. Curitiba: Juruá, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1997, Volume 2º.

SANTOS, Boaventura. *Estado social, estado providência e de bem-estar*, retirado na internet em 28/01/2014. <http://www.cartamaior.com.br>

SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SOUSA, Felipe Oliveira. *O raciocínio jurídico entre princípios e regras*. Artigo disponível em [www.senado.leg.br](http://www.senado.leg.br), consultado em 05/03/2014.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência/ coordenação Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *O óbvio que não se vê: A nova forma do princípio da fungibilidade*. Artigo retirado de [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br) em 21/01/2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O agravo e o conceito de sentença, in *Revista de Processo*, ano 32, n. 144, fev./2007.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 08, 2005.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§ 7º do art. 273 do CPC). *Revista de Processo*, v.32, n.144, fev.07.