

RENATA LOZANO

A FUNGIBILIDADE NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

SÃO PAULO

2015

RENATA LOZANO

A FUNGIBILIDADE NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Trabalho de Conclusão da Pós Graduação – Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica, como exigência para conclusão do curso sob orientação do Professor Doutor José Maria Camara Junior.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

SÃO PAULO

22 de MARÇO de 2015

Dedico o presente para meus pais que sempre se esforçaram para me proporcionar boas condições de estudo.

Aos meus professores desta Universidade
sempre muito atenciosos em seus
ensinamentos.

RESUMO

Observando o ordenamento jurídico brasileiro, existem ainda muitas omissões e contradições interpretativas sobre o mesmo.

Para que fosse possível o aprofundamento no tema proposto, qual seja: “*a fungibilidade nas tutelas de urgência*”, foi necessário, inicialmente, estudar o conceito e origem da tutela antecipada e das medidas cautelares, bem como aprofundar os conhecimentos em fungibilidade seus desdobramentos e possíveis soluções doutrinárias apontadas.

RESUMEN

Observando el sistema jurídico brasileño, todavía hay muchas omisiones y contradicciones interpretativas en él.

Para que sea posible para profundizar en el tema propuesto, que es: “fungibilidad en tutela de emergencia”, era necesario primero estudiar el concepto y origen de la tutela anticipada y medidas cautelares y profundizar el carácter fungible conocimiento de sus consecuencias y posibles soluciones sugeridas doctrinal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
Capítulo 1 – DA TUTELA ANTECIPADA.....	10
1.1 Conceito	10
1.2 Ordenamento jurídico atual.....	14
1.3 Pressupostos autorizadores para concessão da tutela antecipada	15
Capítulo 2 – DA MEDIDA CAUTELAR	18
2.1 Conceito	18
2.2 Ordenamento jurídico atual.....	21
2.3 Pressupostos autorizadores para utilização da medida cautelar.....	25
2.4 Diferenças entre Tutela Antecipada e Medida Cautelar	28
Capítulo 3 – DA FUNGIBILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	30
3.1 Conceito	30
3.2 Breve Histórico	33
Capítulo 4 – A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ARTIGO 273 DO CPC PARA UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE.....	35
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS.....	41

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a análise dos institutos da tutela antecipada e da medida cautelar diante da fungibilidade entre as tutelas de urgência.

As cautelares estão dispostas a partir do artigo 796 do Código de Processo Civil, sendo que os procedimentos cautelares específicos são: Arresto, Sequestro, Caução, Busca e Apreensão, Exibição, Produção Antecipada de Provas, Alimentos Provisionais, Arrolamento de Bens, Justificação, Protesto, Notificações e Interpelações, Posse em nome do Nascituro, Atentado, Protesto e Apreensão de Títulos.

Ocorre que o legislador não conseguiu prever, dentre as cautelares, todos os possíveis problemas que a parte poderia ter, antes ou no decorrer do processo para utilizar-se dessa medida e assegurar um direito ou preservar prova, por exemplo.

Para tanto, a doutrina e a jurisprudência começou a admitir cautelares não existentes taxativamente no CPC, pois a situação prática carecia de uma tutela de urgência.

Os pedidos e as decisões se pautavam no poder geral de cautela, pois a parte não poderia ser prejudicada naquilo em que tinha direito apenas por não constar na legislação vigente.

Em 1994, o legislador alterou a redação do artigo 273 do CPC criando a tutela antecipada, que preenchidos os requisitos do *fumus boni iuri* e do *periculum in mora*, tinham o poder de antecipar pedido da parte.

Para acabar com o conflito existente e a confusão gerada na utilização dessas medidas judiciais o legislador achou por bem acrescentar o parágrafo 7º ao artigo 273.

A inclusão deste artigo em 2002 pela Lei nº 10.444 possibilitou a fungibilidade entre as medidas cautelar e antecipação de tutela.

Vale aqui ressaltar que a fungibilidade, tanto no Direito Civil como no Direito Processual, traz uma ideia de substituição sem prejuízo jurídico em decorrência da própria natureza, semelhante, dos objetos a serem substituídos.

A fungibilidade no Direito Processual serviu para por fim a algumas discussões quando havia confusão entre a medida adequada a se tomar no início ou no decorrer do processo. Não se pode aplicar a fungibilidade quando há erro material da parte na medida correta a ser tomada. Quando há erro material, este deve ser corrigido ou a parte fica com o prejuízo quando não há a oportunidade de correção.

A jurisprudência vem aplicando esse artigo para fundamentar decisões onde foi negada a antecipação de tutela por entender o magistrado se tratar de cautelar.

Em relação à aplicação do § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil para quando a parte autora pede antecipação de tutela quando na verdade o pedido tem natureza cautelar não há qualquer divergência entre os tribunais. Esse assunto já se encontra pacificado.

As divergências de entendimento ocorrem quando se fala na aplicação inversa do referido artigo, ou seja, quando a parte autora faz pedido cautelar quando na verdade este tem natureza de antecipação de tutela. Neste caso tanto a jurisprudência como a doutrina divergem.

Não parece viável indeferir pedido que deveria ser antecipação apenas porque foi pedido como medida cautelar, desde que preenchidos os requisitos de natureza de antecipação de tutela.

Outros princípios para justificar a interpretação extensiva do dispositivo legal aqui discutido são a segurança jurídica e efetividade do processo, que vão muito além do princípio da celeridade processual.

Assim, fala-se de um processo efetivo onde as partes vão poder “lutar” com todos os requisitos processuais existentes sem ter o perigo ou a surpresa de a parte contrária estar escondendo algo que fosse essencial para a justiça.

Capítulo 1 – DA TUTELA ANTECIPADA

1.1 Conceito

Com o escopo de agilizar a prestação jurisdicional, o Código de Processo Civil sofreu alterações da maior importância, que bem compreendidas e aplicadas, podem atender plenamente aos pedidos das partes, mantendo-se na vanguarda das modernas legislações processuais.

A antecipação dos efeitos da tutela, incluída no Código de Processo Civil a partir da lei 8.952/94, representou inovação importante em nosso sistema processual, por permitir provimento provisório ao autor, que pode ter seu pedido atendido de forma parcial ou integral antes do julgamento definitivo. Com ela, antes da entrega definitiva da prestação jurisdicional, propicia-se ao autor a fruição, total ou parcial, do direito¹.

Apresenta-se como "instrumento de efetivo acesso à ordem jurídica justa, de forma a evitar que a necessidade de servir-se do processo para obter um provimento se reverta em um dano para quem tem razão."²

Consiste na antecipação da decisão de mérito, com o atendimento provisório do pedido, antes que se debata a causa e se complete a instrução processual.

É a medida processual que possibilita ao autor da ação a obtenção antecipada dos direitos que seriam alcançados somente com o trânsito em julgado da sentença, a fim de evitar os danos materiais decorrentes da demora do processo.

Para tanto, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam, prova inequívoca de verossimilhança, reversibilidade, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito

¹ TELHO, Eloína Correa Gomes Moreira de Mendonça. Tutela antecipada no Código de Processo Civil brasileiro. 2002. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/4713/tutela-antecipada-no-codigo-de-processo-civil-brasileiro>> Acesso em 25 de fevereiro de 2015.

² LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.4/5

protelatório do réu e incontrovérsia dos pedidos formulados. Note-se que o juiz não pode concedê-la de ofício, devendo, no entanto, fundamentar a sua decisão, concessiva ou denegatória³.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior⁴:

... diz-se na espécie que há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder à parte um provimento que, de ordinário, somente deveria ocorrer depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia e prolatada a sentença definitiva.

Nas palavras de Luiz Felipe Bruno Lobo⁵:

... antecipar a tutela nada mais é do que dar a gozar dos efeitos do bem da vida perseguido, de modo precoce e provisório, antes mesmo de ter sido levada a efeito a tutela em sua plenitude, e antes da prestação imediata – sentença.

Nas lições de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁶:

... é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos.

Importante faz-se perceber que "a tutela antecipada não significa solução definitiva da causa, nem pode criar fatos consumados. Ainda que dotada de eficácia imediata, não pode prescindir da sentença final, que poderá mantê-la ou revogá-la."

7.

³ Tutela Antecipada. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/980/Tutela-antecipada>>. Acesso em 10 de janeiro de 2015

⁴ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 19 ed., vol.2. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.606-7

⁵ LOBO, Luiz Felipe Bruno. *A Antecipação dos Efeitos da Tutela de Conhecimento no Direito Processual Civil e do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 24

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. Atualizado até 22.02.2001. 5 ed. São

⁷ LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, p.35

A tutela antecipada é, sim, forma de adiantamento de efeitos do provimento final, de cunho satisfativo, mas em caráter provisório e revogável.

Vale destacar, que a antecipação de tutela, enquanto fenômeno processual ensejou entre nós, num primeiro passo, o julgamento antecipado da lide, logo após o encerramento da fase postulatória – com o que se sepultavam as provas e os propósitos procrastinatórios -, e agora, num passo gigante, antecipa *initio litis* a própria pretensão material, com o que diminuirá o número das defesas infundadas, também imbuídas de propósitos meramente protelatórios⁸.

O artigo 273 do Código de Processo Civil, a redação dada pela Lei 10.444/2002, tem o seguinte teor:

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

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

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

§ 1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Acrescentado pela L-008.952-1994)

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º - A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

⁸ ALVIM, J. E. Carreira. Tutela Antecipada. Curitiba: Editora Juruá, 2007

§ 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

1.2 Ordenamento jurídico atual

Conforme já mencionado, a tutela antecipada introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei 8952/1994 foi uma grande inovação legislativa que visa a efetividade e celeridade processual com a finalidade da entrega da prestação da tutela jurisdicional de forma justa ao autor.

Trata de uma tutela de urgência que possui dois requisitos obrigatórios que são a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações e outros dois que são facultativos que são a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*) ou quando fique caracterizado o manifesto propósito protelatório do réu.

Por tratar-se de uma tutela de cognição sumária tem como característica a provisoriedade, podendo tal decisão ser modificada a qualquer tempo, devendo ser salientado que essa decisão deve ser devidamente fundamentada.

Havendo deferimento ou indeferimento de tal pedido o processo continuará correndo até o final eis que tal tutela não possui um procedimento próprio.

Com a promulgação da Lei 10.444 de 10/05/2002 foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de fungibilidade das tutelas cautelares e das antecipadas e com a análise literal do parágrafo 7º do artigo 275 houve a permissão da fungibilidade regressiva, ou seja, a alteração da tutela antecipada para a tutela cautelar⁹.

⁹ GARCIA, Fábio Bittecourt. A tutela antecipada: uma análise doutrinária do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. 2009. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2173>> Acesso em 10 de janeiro de 2015

1.3 Pressupostos autorizadores para concessão da tutela antecipada

Com base na redação do artigo 273, *caput*, do CPC, verifica-se que o legislador instituiu pressupostos genéricos para concessão do provimento antecipatório, quais sejam, prova inequívoca e verossimilhança da alegação, indissociáveis da antecipação de tutela.

Para qualquer hipótese de tutela antecipada, referido dispositivo legal, impõe a observância de dois pressupostos genéricos:

- a) prova inequívoca; e
- b) verossimilhança da alegação.

Como se trata de uma medida de caráter satisfativo, antes mesmo do debate e instrução da causa, a lei condiciona certos cuidados de ordem probatória.

Além da aparência de direito (*fumus boni iuris*), exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em “prova inequívoca”.

A prova inequívoca indicada deve ser entendida não como uma verdade absoluta, mas sim como uma prova valiosa, apta a propiciar ao juiz o convencimento da verossimilhança do alegado, até porque poderia se entender um paradoxo falar-se em prova inequívoca e, ao mesmo tempo, em juízo sumário¹⁰.

É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual de autorizar uma sentença de mérito favorável à outra parte que invoca a tutela antecipada, caso a causa pudesse ser julgada desde logo. No momento pode haver prova suficiente para a acolhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu, o quadro de convencimento, pode resultar alterado e o juiz terá de julgar a lide contra o autor¹¹.

Ressalte-se que a referida prova inequívoca não deverá ser necessariamente documental, todavia, terá que ser clara o suficiente que não se

¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.76

¹¹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 42 ed., vol.2. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 2007, p.758

possa duvidar de sua força probatória, a fim de que possa possibilitar ao julgador o convencimento necessário para concessão da medida¹².

Quanto à “verossimilhança da alegação”, refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, mas apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu¹³.

Além dos pressupostos genéricos acima mencionados, o artigo 273 do CPC condiciona o deferimento da tutela antecipada a dois outros requisitos, a serem observados de maneira alternativa, ou seja:

- a) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
- b) o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; ou
- c) quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação, denominado "*periculum in mora*" deve ser entendido como algo real, concreto, não idealizado, hipotético, sob pena de não lograr a antecipação da tutela, vez que o risco hipotético não configura o "*periculum in mora*", não havendo necessidade de subtrair do réu o direito ao contraditório antes que seja proferida alguma decisão judicial¹⁴.

O abuso de direito de defesa é configurado quando a possibilidade da manobra processual levada a efeito pelo réu possui chances mínimas de obter sucesso, apesar de estar prevista no ordenamento jurídico, ficando claro para o julgador que a demora na prestação jurisdicional ao autor é descabida e fruto de abuso do réu. Assim, diante da previsão contida no inciso II do art. 273, os meios de

¹² MORAES, Rodrigo Cavalcante Pessoa. A subsistência dos efeitos da tutela antecipada ante a sentença de improcedência. 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/8936/a-subsistencia-dos-efeitos-da-tutela-antecipada-ante-a-sentenca-de-improcedencia>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015

¹³ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 42 ed., vol.2. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 2007, p.758

¹⁴ *Ibidem*

defesa totalmente infundados, poderão, juntamente com os pressupostos genéricos, ensejar antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional¹⁵.

No que tangerem ao *item c*, na espécie, afastado o pedido não contestado no litígio. O reconhecimento dessa exclusão, embora o § 6º do art. 273 o situe no campo da tutela antecipada, representa por sua extensão e profundidade, um verdadeiro e definitivo julgamento antecipado da lide, pelo que ficará sujeito às consequências da coisa julgada, pois o fato decorre do provimento na situação do novo §6º é um julgamento fracionado do mérito da causa¹⁶.

¹⁵ MORAES, Rodrigo Cavalcante Pessoa. A subsistência dos efeitos da tutela antecipada ante a sentença de improcedência. 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/8936/a-subsistencia-dos-efeitos-da-tutela-antecipada-ante-a-sentenca-de-improcedencia>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015

¹⁶ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 42 ed., vol.2. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 2007, p.756

Capítulo 2 – DA MEDIDA CAUTELAR

2.1 Conceito

Com a finalidade de assegurar a eficácia de uma medida cognitiva ou executiva, a medida cautelar foi criada no ordenamento jurídico. Ela busca assegurar a utilidade de um processo de conhecimento ou de execução para que haja julgamento efetivo da causa sem prejudicar as partes envolvidas, resguardando seus interesses.

Na lição de Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁷:

...a medida cautelar, deverá durar enquanto não sobrevém a sentença de mérito (definitiva). Se dissermos, portanto, que o processo cautelar é provisório, estaremos, definitivamente, atrelando-o ao processo principal, porque não há provisório que viva sem o definitivo.

Contudo, existem algumas cautelares das quais são chamadas de satisfativas, ou seja, satisfazem o pedido do processo, sem necessitar de uma ação principal, como exemplo a Medida Cautelar de Exibição de Documentos ou Apreensão de Coisas ou Pessoas, nas quais após a sentença proferida muitas vezes não há o processo principal, haja vista que a parte conseguiu a medida pretendida e não, necessariamente, terá uma próxima medida com aquele documento, por exemplo.

As cautelares estão dispostas a partir do artigo 796 do Código de Processo Civil existindo dois tipos de cautelares: i) Medidas Cautelares específicas, quais sejam, arresto, sequestro, busca e apreensão, justificação, protesto entre outras; ii) Medida Cautelar Inominada que foi criada, haja vista que o problema enfrentado no processo que poderia lesionar alguma das partes não estava tipificado no ordenamento jurídico pátrio.

¹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Teoria da Ação Cautelar*, Revista de Processo, vol. 59, p. 187, julho de 1990.

Nas lições de Humberto Teodoro Junior a medida cautelar é a providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse do litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal¹⁸.

A medida cautelar tem suas características próprias como:

- 1) autonomia: o processo cautelar foi criado como um terceiro gênero de processo existente no Código de Processo Civil. Sua autonomia se dá pelo fato de que tem procedimento próprio a ser seguido, com regras próprias e não depende necessariamente dos outros procedimentos para ser distribuído, sendo assim autônomo.
- 2) Instrumentalidade ou Acessoriedade: apesar de autônomo o processo cautelar é acessório do processo principal que deve ser proposto após 30 dias da distribuição da cautelar. Sua serventia é para proteger o processo principal, sendo apensada a este.
- 3) Urgência: como o próprio nome diz a cautelar só deve ser proposta se houver o *periculum in mora*.
- 4) Preventividade: a cautelar tem o intuito de afastar algum perigo do processo que pode prejudicar o resultado final e, por consequência, uma das partes.
- 5) Provisoriedade: o processo cautelar acaba junto com a sentença do processo principal e por isso tem a característica de ser provisório. Ele não acompanha o processo até seu trânsito em julgado, mas somente até a sentença ou até o perigo iminente se afastar.
- 6) Revogabilidade: podendo ser revogada a qualquer tempo pelo juiz, quando assim entender ser necessário.

Desta forma, pode-se verificar que a medida cautelar foi criada no Processo Civil para assegurar algo na ação que poderia não existir ou ser prejudicado caso ocorresse no momento oportuno no processo principal, podendo prepará-lo o que

¹⁸ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 42 ed., vol.2. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 2007, p.540

ocorre antes da distribuição da ação principal ou ocorrer durante este processo (incidental).

2.2 Ordenamento jurídico atual

As medidas cautelares não sofreram muitas alterações ao longo dos anos, haja vista que ao invés de prever todas as medidas necessárias para cautelar todos os fatos que podem ocasionar algum problema no decorrer do processo, a doutrina criou a medida cautelar inominada que foi amplamente aceita no meio jurídico, pois criou amplitude nas possibilidades de proteção às partes e ao processo.

José Carlos de Godoy¹⁹ ensina que:

O Código de Processo Civil de 1939 já conhecia quase a exemplo do de 1973 os dois tipos, ou sejam, as medidas inominadas e as inominadas (arts. 675 e 676).

O atual CPC prescreve de forma perfeitamente distinta as medidas cautelares específicas e as inominadas, estas reguladas pela autorização do art. 798 que dá ao Juiz um poder geral de cautela.

Nesse mesmo sentido Nelson Luiz Pinto²⁰:

O Poder Cautelar Geral do Juiz, vem disciplinado no art. 798 do CPC (LGL\1973\5), e significa que o Juiz não está adstrito aos procedimentos cautelares disciplinados no Código, podendo determinar as medidas provisórias que julgar adequadas à proteção do direito da parte, mas sempre a requerimento desta.

Vejamos a redação do mencionado artigo:

Art. 798 - Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

¹⁹ GODOY, José Carlos de. *As Novas Leis que Modificaram o CPC*, Revista de Processo, vol. 720, p. 350, outubro de 1995.

²⁰ PINTO, Néelson Luiz. *Medidas Cautelares – Poder Cautelar Geral de Juiz, Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 5, p. 975, outubro de 2011.

No código de Processo Civil as cautelares estão dispostas no Livro III. As disposições gerais estão nos artigos 796 ao 812 do CPC que basicamente elencam as regras gerais para as cautelares, independentes de sua classificação, quais sejam: o juiz tem o poder de cautela, podendo, sem pedido da parte, determinar medidas cautelares durante o processo; dispõe que a cautelar pode ser proposta antes ou durante o processo principal; o prazo para contestar a cautelar é de 5 dias; indica que a ação principal deve ser proposta em 30 dias, dentre outros.

Sem entrar nas especificidades das medidas cautelares, Marinoni, em lições de Ovidio Baptista da Silva²¹, faz algumas considerações referente a finalidade da medida cautelar, o processo principal e o fato do processo e das partes necessitarem de proteção jurisdicional:

A doutrina clássica afirma que a tutela cautelar se destina a dar efetividade à jurisdição e ao processo. A ideia de que a tutela cautelar objetiva garantir a efetividade da jurisdição é, de certa forma, consequência do conceito que vê na jurisdição apenas a função de dar atuação à vontade da lei.

[...]

Contra-pondo-se à teoria clássica – que, repita-se, não relacionava a função jurisdicional com a tutela do direito material - , surgiu a teoria que atribuiu à função cautelar a proteção de um direito aparente submetido a perigo de dano iminente. Nesta direção, a tutela cautelar não protege o processo, mas sim o direito. Ovídio Baptista da Silva conseguiu demonstrar a superioridade desta teoria, ao evidenciar que a tutela marcada pela característica da “provisoriedade” – qualidade que advém da sumariedade da cognição e significa a contradição da ‘definitividade’ da tutela prestada ao final do processo – nem sempre é uma tutela cautelar. O que define a cautelaridade não é a provisoriedade ou a circunstância de a tutela ser concedida no curso do processo de conhecimento,

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: Processo Cautelar, vol. 4, São Paulo: RT, 2008, p. 20.

mas sim a sua função diante do direito material. A tutela que satisfaz o direito material, ainda que no curso do processo – tutela antecipatória -, não pode ser confundida com a tutela cautelar, pois esta última não tem o escopo de realizar ou satisfazer o direito, mas apenas assegurá-lo.

Nos artigos 813 a 887 contem as regras para as medidas cautelares especiais, quais sejam:

- 1) Arresto
- 2) Sequestro
- 3) Caução
- 4) Busca e apreensão
- 5) Exibição
- 6) Produção Antecipada de Provas
- 7) Alimentos Provisionais
- 8) Arrolamento de bens
- 9) Justificação
- 10) Protestos, Notificações e Interpelações
- 11) Homologação do Penhor Legal
- 12) Posse em nome do nascituro
- 13) Atentado
- 14) Protesto e Apreensão de títulos

Já no artigo 888 e 889 do mesmo ordenamento jurídico traz outras medidas cautelares provisionais elencadas no artigo 888.

Desta forma, verifica-se que no CPC de 1973 o legislador se preocupou não somente em taxar as medidas cautelares, mas em esclarecer o que já tinha no CPC de 1939 que seriam as cautelares inominadas para que nenhuma parte tenha seu direito prejudicado no processo, por não haver a indicação taxativa no Código de Processo Civil. Afinal, o processo não pode se tornar uma armadilha para as partes

e os advogados, mas é o meio pelo qual se utiliza a legislação para satisfazer seus direitos.

2.3 Pressupostos autorizadores para utilização da medida cautelar

Para conceder uma medida cautelar é imprescindível o *fumus boni iuris* (possibilidade de existência do direito afirmado pelo autor) e o *periculum in mora* (risco de ineficácia do provimento final).

O *fumus boni iuris* ou fumaça do bom direito é requisito para a concessão de medidas judiciais provisórias mesmo não sendo previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil, mas é totalmente indispensável.

A parte deve demonstrar de forma cabal que tem razão e fundamento para o pedido pleiteado e ainda, provas que demonstrem que ela pode sofrer danos em razão da demora da demanda principal.

O professor Humberto Theodoro Júnior ensina que o *fumus boni iuris* deve, na verdade, corresponder, não propriamente a probabilidade de existência do direito material, mas sim a verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado.²²

Nesse sentido:

...o *fumus boni iuris* não se refere, como pode parecer ao observador menos atento, aos fundamentos da cautela, representados pela situação de risco e pela necessidade de intervenção preventiva do judiciário. A referência ao direito acautelado se faz necessária porque não seria legítima a concessão de proteção a um direito que, ainda sob a forma de mera pretensão, se afigura inadmissível frente ao ordenamento. Assim sendo, se me irrogo a condição de credor para pedir arresto ou sequestro, tenho que fazer menção a uma obrigação com os requisitos que a lei imprime para a concessão do sequestro. É sobre este direito material, que será objeto da ação acautelada, ou que constitui a situação sobre a qual incide a

²² TEODORO JR, Humberto, *Processo Cautelar*, 17. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1998 p. 73.

cautela, que se refere a fumaça do bom direito, que se caracteriza pela viabilidade dele frente ao ordenamento.²³

O *periculum in mora* ou o perigo da demora é o fundado receio que o direito do autor sofra alguma lesão grave ou de difícil reparação.

Nos ensinamentos de Ovídio Baptista da Silva²⁴:

Não é propriamente, como pensava Chiovenda, o perigo de retardamento da prestação jurisdicional que justifica a ação cautelar. É o perigo em si mesmo, referido à possibilidade de uma perda, sacrifício ou privação de um interesse juridicamente relevante e não o perigo de um retardamento na prestação jurisdicional.

Outro artigo da Revista *Âmbito Jurídico*²⁵ explica:

Dentro do *periculum in mora* identificamos, portanto, duas situações, uma representando um evento, ato ou fato jurídico que pode por em risco o bem da vida pretendido; outra representado pelo fator temporal e que se materializa na premência de intervenção posto que a via ordinária do processo de execução ou de conhecimento não será suficientemente célere para impedir a consumação do risco. Aqui, no *periculum in mora*, iremos encontrar a invocação dos dispositivos pertinentes e constantes do livro de processo cautelar, que representaram o fundamento legal da tutela. O fundamento de fato é composto pelos fatores já mencionados do provável evento danoso e da premência temporal.

Destaca-se que a petição, preferencialmente, deverá ser instruída com as provas ou possibilitar a sua produção no curso do processo, bem como, demonstrar

²³ MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Cautelares Satisfativas?, Revista *Âmbito Jurídico*, 2002. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4735> Acesso em 15 de março de 2015.

²⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*. 3a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 28

²⁵ Cautelares Satisfativas?, Revista *Âmbito Jurídico*, <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/4735.pdf>

a existência de real perigo, seja pela iminência, seja pela demora que o processo pode ter até seu término.

Apesar de regulamentado a partir do artigo 796 do CPC não pode-se esquecer dos requisitos prescritos nos arts. 282 e 39, I, que também são aplicados às medidas cautelares.

2.4 Diferenças entre Tutela Antecipada e Medida Cautelar

Contudo antes de adentrar ao próximo capítulo vale ressaltar a diferença entre tutela antecipada e cautelar.

Apesar das reformas dadas ao CPC as cautelares satisfativas, que nada mais são do que as atuais tutelas antecipadas, foram criadas na época em que o código entrou em vigor para suprir uma lacuna na lei que não previa a tutela antecipada, mas que por sua vez era extremamente necessária para a parte que necessitava antecipar seu pleito por risco de sofrer algum tipo de lesão irreparável.

Sendo assim, a tutela antecipada foi criada no ordenamento jurídico para 'consertar' a anomalia jurídica que ocorria nas ações judiciais, contudo falhou no sentido de excluir as chamadas cautelares satisfativas do rol das Medidas Cautelares previstas no Código de Processo Civil, criando por sua vez, confusão jurídica nesse sentido, haja vista que uma tutela antecipada está prevista no rol das medidas cautelares.

Desta forma, prevê-se que a medida cautelar e a tutela antecipada têm diferenças gritantes.

A cautelar serve para segurança para a execução do processo. Já a antecipação da tutela é a execução para a segurança. Neste se antecipa o pedido principal da parte no início do processo, antes da dilação probatória. Na primeira, se acautela o processo para que o juiz possa ter pleno conhecimento sem prejudicar as provas que poderiam ser utilizadas para garantir o direito pretendido.

Nos ensinamento de Chicuta²⁶:

Salta clara que a proteção de natureza cautelar guarda similitude com a antecipação de tutela, mas as semelhanças são apenas formais. A providência cautelar é efêmera, tanto assim que cessa sua eficácia quando o juiz declara extinto o processo principal, com ou sem julgamento de mérito (art. 808, III, do CPC (LGL\1973\5)), enquanto a antecipação consubstancia a própria

²⁶ CHICUTA, Kioitsi. *Tutela Antecipada, Medidas Cautelares, liminares e o Registro de Imóveis*, Revista de Direito Imobiliário, vol. 48, p. 70, Janeiro de 2000.

prestação jurisdicional perseguida, com possibilidade de eficácia permanente. A medida cautelar, outrossim, é concedida para assegurar efeito prático do processo principal, de que é dependente (arts. 796 e 798 do CPC (LGL\1973\5)), ao passo que a tutela antecipada constitui a própria providência que se demandou, nada obstante limitada na sua eficácia.

Fica clara, portanto, a diferença entre as tutelas de urgência existentes no nosso ordenamento jurídico, uma vez que apesar de muitas semelhanças entre as duas sua natureza é completamente diferente, mas pode confundir os mais desatentos.

Capítulo 3 – DA FUNGIBILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

3.1 Conceito

A fungibilidade é atribuída a tudo que pode ser substituído por outra da mesma espécie. O maior exemplo de bem fungível é o dinheiro, pois quando se empresta determinado valor a alguém, não se espera que as mesmas cédulas dadas serão as devolvidas para o credor. O importante nesse caso é devolver o valor em si e não as cédulas monetárias dadas no empréstimo.

A fungibilidade, assim como no direito material, pode ser aplicada no direito processual. Ela é aplicada quando a parte utiliza de um andamento processual diferente do constante na lei, mas como há dúvidas na doutrina qual a medida correta para o caso concreto se aceita tanto a medida prevista na lei de forma clara como a medida não prevista, mas aceita por questões de interpretações da lei ou lacunas.

Geralmente utiliza-se o princípio da fungibilidade nos recursos, pois o Código de Processo Civil não conseguiu prever todos os possíveis recursos e andamentos processuais existentes, deixando lacunas para várias interpretações. A exemplo do despacho com natureza jurídica de sentença na parte não contestada pela parte ré. Nesse exemplo a lei não deixa claro qual recurso usar, haja vista que como a natureza jurídica do despacho é de sentença, podendo utilizar a Apelação, mas o processo correrá da parte controversa e, portanto, a decisão é proferida por um despacho que puramente na lei deveria ser recorrido por meio de Agravo.

Neste exemplo, como existe dúvida na doutrina em qual recurso é o apropriado, utiliza-se o princípio da fungibilidade, onde o juiz poderá aceitar qualquer um dos recursos dependendo da interpretação que se faz da lei.

Desta forma, o princípio da fungibilidade não pode ser aplicado para quando ocorrer erro grosseiro da norma e das leis. A lei existe para ser aplicada em sua

forma plena e os princípios para nortear sua aplicação e não para ajudar àqueles que não utilizaram o meio correto para ter seu direito atendido.

Nas palavras de Gustavo de Medeiros Melo²⁷:

Nesse sentido, o princípio da fungibilidade vem a ser um desdobramento de sua projeção na medida em que prestigia a substância em detrimento das formas. Essa concepção finalista do processo diante do direito material cuidou de expandir a fungibilidade para o território dos recursos e do procedimento das ações.

Nesse sentido Joaquim Felipe Spadoni²⁸:

É que a aplicação da fungibilidade é derivada de uma "zona de penumbra" existente nas leis sobre qual a medida adequada para o caso concreto, e não derivada de vontade ou subterfúgio daquele que pleiteia a medida incorreta.

Só se pode admitir que o requerente percorra caminho equivocado quando a sua escolha não esteja bem definida pelo próprio ordenamento ao qual está submetido, quando o equívoco é provocado pelo próprio sistema legal. Mas, quando este ordenamento é claro e inequívoco a respeito de qual o trilho a ser seguido pelo jurisdicionado, a lei deve ser atendida e aplicada na exata medida de sua clareza e definição.

Teresa de Arruda Alvim Wambier²⁹ traz de forma esplendida o conceito do princípio aqui explicado e porque deve-se utilizá-lo com cautela:

Acho relevantíssimo que se compreenda que esse princípio é um princípio típico da processualística contemporânea e não significa, em absoluto, uma brecha para o caos. Na verdade, parece-me

²⁷ MELO, Gustavo de Medeiros. *O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: Um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado*. *Revista de Processo*, vol. 167, p. 76, Janeiro de 2009.

²⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das Tutelas de Urgência*. *Revista de Processo*, vol. 110, p. 72, Abril de 2003.

²⁹ WALBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Agravo e o conceito de sentença*. *Revista de Processo*, vol.144, p.243, Fevereiro de 2007.

extremamente importante que se tenha sempre presente que o Princípio da Fungibilidade está muito longe de se significar um “vale tudo”. Na verdade, a razão de ser deste princípio é a de que a parte não pode ser prejudicada porque há dúvidas, manifestadas na doutrina e/ou na jurisprudência, a respeito de qual seja o caminho adequado, para se conseguir alguma coisa dentro do processo, uma vez em curso um processo, ou através de um processo, sem que haja ainda nenhum processo incoado. Esse princípio, no meu entender, e exponho minhas conclusões à comunidade jurídica para que elas possam ser de fato objeto de alguma reflexão, deve incidir todas as vezes em que estiver presente o pressuposto da tal “dúvida objetiva”. [...] Quando se usa a expressão dúvida objetiva, quer-se referir à situação de haver pluralidade de opiniões, de haver uma certa hesitação, de não haver unanimidade, quer no plano da doutrina, quer no plano da jurisprudência, quanto a qual seja o caminho correto para se obter alguma coisa dentro do processo.

Desta forma, verifica-se que a fungibilidade é utilizada no direito processual civil para quando houver dúvidas qual o meio correto para a pretensão e andamento do processo, onde o legislador não conseguiu fazer a lei de forma clara e a jurisprudência e doutrina divergem sobre essas lacunas e interpretações.

3.2 Breve Histórico

O princípio da fungibilidade surgiu no direito alemão em decorrência das teorias subjetiva e objetiva.

A teoria objetiva dispõe que independentemente se houver decisão correta ou não o recurso deve ser cabível para a referida decisão. Na teoria subjetiva a parte que recorreu perderia o direito do recurso no caso de a decisão correta não ser proferida e o recurso fosse voltado para a decisão não proferida.

Após, surgiu a teoria do maior favorecimento que anteriormente fora denominado de recurso indiferente. Essa teoria superou as teorias anteriormente citadas, uma vez que esta teoria admitia que tanto no caso do recurso se voltar para a decisão proferida como aquele voltado para o que seria a decisão correta fossem admitidos.

O Código de Processo Civil de 1939 trouxe o princípio da fungibilidade recursal no artigo 810 que dispunha:

Art. 810 - Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não poderá ser prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir julgamento.

No atual Código de Processo Civil, o princípio da fungibilidade ficou disposto no artigo 244 que dispõe:

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.

Nos ensinamentos de Guilherme Freire de Barros Teixeira³⁰:

Não obstante o Código de Processo Civil de 1973 não tenha reproduzido o dispositivo da lei revogada, o princípio da fungibilidade

³⁰ BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire de. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. *Revista dos Tribunais*, p. 155, 2009.

tem aplicação ainda hoje, tratando-se de um princípio implícito, decorrente da instrumentalidade das formas.

Ainda, o princípio da fungibilidade foi estendido no direito processual civil para as tutelas de urgência em 2002 com a inclusão do parágrafo sétimo no artigo 273 do CPC que permite a utilização da fungibilidade quando a parte requerer tutela antecipada quando o requerimento claramente deveria ser medida cautelar incidental.

Sendo assim, para que a parte não seja prejudicada e, uma vez que o código traz algumas tutelas antecipadas no rol das cautelares, o princípio da fungibilidade poderá ser utilizado no caso das tutelas de urgência no direito processual civil.

Capítulo 4 – A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ARTIGO 273 DO CPC PARA UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

A fungibilidade entre tutela antecipada e medidas cautelares foi inserida no ordenamento jurídico a partir da Lei 10442/2002, incluindo no artigo 273 o parágrafo 7º:

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

Nos ensinamentos de Luiz Rodrigues Wambier³¹:

O texto deixa clara a antes mencionada fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar. Diversamente do que pode parecer com uma leitura rápida, a providência de natureza cautelar pode ser postulada ainda que não haja exposto pleito de antecipação de tutela. Pode ocorrer de o autor não ter pedido antecipação de tutela, mas ter pedido providência de natureza diversa do provimento final almejado, com os requisitos suficientes para a concessão da medida cautelar.

Verifica-se que o legislador permitiu a fungibilidade no caso da parte requerer uma tutela antecipada quando se trata de medida cautelar. Ocorre que não dispôs sobre o inverso, ou seja, no caso da parte requerer medida cautelar quando se tratar de tutela antecipada. Contudo, alguns autores entendem que o inverso também pode ser aplicado, conforme explica Nelson Nery Junior³²:

³¹ WAMBIER Luiz Rodrigues. DE ALMEIDA, Flavio Renato Correia. TALAMI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, v.3: processo cautelar e procedimentos especiais. Revista dos Tribunais*, p. 40, 2005.

³² NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10. ed. Revisada, ampliada e atualizada até 1 de outubro de 2007. Revista dos Tribunais*, p. 531, 2007.

Caso o autor ajuíze ação cautelar incidental, mas o juiz verificar ser caso de tutela antecipada, deverá transformar o pedido cautelar em pedido de tutela antecipada. Isso ocorre, por exemplo, quando a cautelar tem natureza satisfativa.

Tem o mesmo entendimento José Roberto dos Santos Bedaque³³:

Embora o legislador refira-se somente à possibilidade de substituição da tutela antecipada por cautelar, não pode haver dúvida de que a fungibilidade opera nas duas direções, sendo possível conceder tutela antecipada em lugar de cautelar.

No mesmo sentido Luiz Rodrigues Wambier³⁴ ensina:

Por outro lado, e embora a regra não diga expressamente, as razões antes expostas evidenciam que a fungibilidade também haverá de ser reconhecida no sentido oposto – ou seja, poderá haver deferimento da tutela antecipada requerida sob a forma de ‘medida cautelar’.

Parece ser a interpretação majoritária na doutrina atual, haja vista que, mesmo não prevista pelo legislador, existem medidas cautelares taxativas no rol das cautelares no Código de Processo Civil que tem natureza jurídica de tutela antecipada.

Tais medidas cautelares tem referida natureza jurídica, uma vez que as tutelas antecipatórias foram introduzidas posteriormente no nosso CPC e, antes de 1994 foi necessário prever algumas situações corriqueiras e cotidianas nos processos civis, dentre elas as cautelares chamadas satisfativas, conforme explicado acima, têm natureza de tutela antecipada e não de medida cautelar, criando verdadeira aberração no CPC.

Como por exemplo, atualmente existem muitos pedidos de antecipação de tutela para sustação de protesto, mesmo a Sustação de Protesto estando no rol das

³³ MARCATO, Antônio Carlos. Coordenador. *Código de Processo Civil Interpretado*. 2ª ed. Atlas, p. 847, 2005.

³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. DE ALMEIDA, Flavio Renato Correia. TALAMI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v.3: *processo cautelar e procedimentos especiais*. Revista dos Tribunais, p. 40, 2005.

medidas cautelares. Pois bem, tal medida deve ser acatada pelo magistrado, desde que presente todos os requisitos necessários, uma vez que o bem da vida está em iminente perigo e a parte está sendo prejudicada por este protesto.

Senão vejamos, o pedido final do autor, provavelmente será a sustação do protesto definitiva e danos morais. Contudo, a antecipação da tutela foi requerida para que a parte não fosse prejudicada até ver seu pleito final atendido, devido a morosidade processual. Ainda, caso o juiz verifique que a parte tem razão em seu pedido a tutela antecipada se firmará definitiva após o trânsito em julgado, caso contrário, na sentença de improcedência, a tutela antecipada (que é provisória) será derrubada e o protesto poderá retornar para as consultas nos órgãos de proteção ao crédito em nome da parte vencida.

Desta forma, verifica-se que a natureza jurídica do pedido é de antecipação de tutela e, portanto o juiz, aplicando a fungibilidade deverá acatar o pedido da parte, uma vez presente os requisitos, conforme explicado acima.

Não parece fazer sentido o magistrado ficar discutindo no processo que a tutela antecipada na verdade está no rol das medidas cautelares e não acatar o pedido pela medida estar contrária ao Código de Processo Civil.

Isto porque, o processo é o meio pelo qual se pede algum bem da vida que está sendo prejudicado e não deve haver 'armadilhas' processuais onde a ação demore por discussões doutrinárias deixando de lado o pedido da parte.

Ainda mais em casos onde a doutrina majoritária permite a fungibilidade, mesmo não estando prevista no código, uma vez que o entendimento é que ao sancionar a Lei 10442/2002 o legislador esqueceu-se de modificar as cautelares e retirar aquelas que têm natureza de antecipação de tutela e as chamadas cautelares satisfativas.

Nesse sentido o explica Theotonio Negrão³⁵:

O novo texto legal não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação da tutela. Também o contrário está autorizado, isto é:

³⁵ NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. Saraiva, p. 425, 2009.

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. (DINAMARCO, Apud LIMA JÚNIOR, 2004)

Por isso, depreende-se do §7º fungibilidade em sentido dúplice, isto é, o juiz pode converter tanto pedido de tutela antecipada em medida cautelar quanto pedido de tutela cautelar em tutela antecipada.

Contudo, alguns autores, como Humberto Teodoro Junior, que influenciou com seus ilustríssimos trabalhos, o legislador a incluir o parágrafo 7º no artigo 273, tem o pensamento de que deve-se interpretar referida norma no sentido estrito, uma vez que os requisitos para o deferimento da antecipação da tutela são mais rigorosos que da cautelar.

Todavia, essa interpretação não parece ser a mais correta, haja vista que se no pedido de medida cautelar estiverem presentes os requisitos da tutela antecipada, poderia o juiz, plenamente, deferir o pedido, aplicar a fungibilidade e aceitar como tutela antecipada.

Parece que a interpretação mais restritiva traz ao processo civil um retrocesso, pois poderá prejudicar a parte que tem algum perigo iminente (caso contrário não usaria tutelas de urgência para requerer algo) pelo simples fato da interpretação restritiva do artigo 273, § 7º do CPC, sendo que presentes todos os requisitos para o deferimento da cautelar ao invés da tutela antecipada.

Ainda mais, porque apesar de diferentes, a essência as duas medidas são parecidas e tem a mesma finalidade que é garantir ou assegurar algo para se faça justiça do início ao fim do processo.

Sendo assim, a interpretação extensiva do mencionado artigo se faz mais correto, conforme, inclusive, doutrina e jurisprudência majoritária. Afinal, o processo é apenas o meio pelo qual se faz valer o bem da vida e não o oposto.

CONCLUSÃO

Diante do explanado acima, verifica-se que a situação aqui estudada está longe de ser pacificada pela doutrina e jurisprudência atuais, vez que existem inúmeras formas de interpretação, com respaldo em ambas as fontes do direito.

Como acima explanado a corrente minoritária faz a interpretação restritiva da norma trazida nesse estudo, pois entende que o legislador trouxe de fato a restrição em utilizar o princípio da fungibilidade do pedido de tutela antecipada para cautelar, uma vez que aquela tem requisitos mais rígidos para o seu deferimento, não trazendo prejuízo processual ou para qualquer das partes.

Outra parte da doutrina defende que a interpretação deve ser extensiva, podendo utilizar o princípio da fungibilidade na contra mão, ou seja, a parte requerendo a cautelar e, na essência sendo tutela antecipada, o juiz poderá fazer o deferimento aplicando a fungibilidade para este caso também, desde que haja os requisitos necessários para a autorização da tutela antecipada.

Não se está discutindo aqui a diminuição os requisitos para o deferimento da tutela antecipada que pode ser feita se requerida medida cautelar em seu lugar, mas sim a aplicação da fungibilidade quando todos os requisitos estão presentes.

O que se pode dizer e é quase que unanimidade entre todos é que uma situação deve ser garantida: quando há o risco de dano irreparável à parte, especialmente em casos pontuais, principalmente os ligados à saúde, observadas as peculiaridades de cada caso concreto.

Deve-se sempre priorizar o bem maior que está em jogo no processo. Na prática, pouco importa se o pedido é uma medida cautelar ou uma tutela antecipada. O importante é priorizar a vida, o bem maior que se está requerendo.

Contudo, não se pode interpretar a fungibilidade como um jogo de vale tudo, conforme as palavras de Tereza Arruda Alvim Wambier, afinal o processo, as leis e as normas sempre devem ser seguidas para que haja um processo justo para ambas as partes.

Todavia, a fungibilidade foi autorizada pelo legislador da tutela antecipada para a medida cautelar sem que fosse alterada a parte das medidas cautelares e o que se quis mostrar nesse trabalho é que sem a mudança completa gerou-se muitas interpretações e discussões sobre o artigo 273, § 7º dando margem para a interpretação extensiva, que parecer ser a mais correta, sempre justificado pela justiça no tramite processual.

Vale frisar que a discussão das normas e leis sempre enriquecem o direito e nunca devem cessar, entretanto as lacunas nas leis sempre devem ser preenchidas pela legislador para que não haja insegurança jurídica nas decisões.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Antecipação de tutela e sentença de improcedência – caminhos e alternativas. Revista Forense, vol. 392, ano 103, 2007.

ALVIM, J. E. Carreira. Tutela Antecipada. 5 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2007

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil. 3a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Teoria da Ação Cautelar, Revista de Processo, vol. 59, julho de 1990.

BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire de. Teoria do Principio da Fungibilidade. Revista dos Tribunais, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). São Paulo: Malheiros, 2003.

BRUSHI, Gilberto Gomes. A tutela antecipada e a postura do juiz diante do pedido liminar – a possibilidade de sua concessão antes da citação do réu visando maior efetividade ao processo, Editora Revista dos Tribunais 424/441, 2ª Edição, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. Liminar em mandado de segurança. V. 3. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da eficácia e permanência, no curso do processo, das medidas de antecipação dos efeitos da tutela. Revista de Processo. Vol. 204.

CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela Antecipada na teoria geral do processo. V. 1. São Paulo : LTr, 1999.

CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela Antecipada. v. 1. São Paulo: Editora LTr, 1999.

CHICUTA, Kioitsi. Tutela Antecipada, Medidas Cautelares, liminares e o Registro de Imóveis, Revista de Direito Imobiliário, vol. 48, Janeiro de 2000.

DINAMARCO, Candido Ragel. Instituições de direito processual civil. Vol.3. São Paulo: Malheiros, 2001.

FREIRE E SILVA, Bruno. A alteração do art. 489 do CPC e a fungibilidade na utilização da medida cautelar e tutela antecipada. RePro 175/181, ano 34, Setembro/2009.

GARCIA, Fábio Bittecourt. A tutela antecipada: uma análise doutrinária do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. 2009. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2173>> Acesso em 10 de fevereiro de 2015.

GODOY, José Carlos de. As Novas Leis que Modificaram o CPC, Revista de Processo, vol. 720, outubro de 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Revogação de antecipação de tutela e terceiros (em particular, no âmbito societário). Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Ano VII, n. 40. 2011.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. A Antecipação dos Efeitos da Tutela de Conhecimento no Direito Processual Civil e do Trabalho. São Paulo: LTr, 2000.

LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. Tutela antecipada. 3. Ed., ver. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 1999.

MARCATO, Antônio Carlos. Coordenador. Código de Processo Civil Interpretado. 2ª ed. Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. A execução provisória da sentença. A segunda etapa da reforma processual civil. São Paulo : Malheiros, 2001. Liminar em mandado de segurança. V. 3. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: Processo Cautelar, vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELO, Gustavo de Medeiros. O principio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: Um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado. Revista de Processo, vol. 167, Janeiro de 2009.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Cautelares Satisfativas?. Revista Âmbito Jurídico, 2002. Disponível em <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4735> Acesso em 15 de março de 2015.

MORAES, Rodrigo Cavalcante Pessoa. A subsistência dos efeitos da tutela antecipada ante a sentença de improcedência. 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/8936/a-subsistencia-dos-efeitos-da-tutela-antecipada-ante-a-sentenca-de-improcedencia>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. Saraiva, 2009.

NEGRÃO, Theotônio, GOUVÊA, José Roberto F., BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar, FONSECA, João Francisco Naves da. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 43. ed. atual. e reform. – São Paulo : Saraiva, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10. ed. Revisada, ampliada e atualizada até 1 de outubro de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, R.M.A. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor: 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINTO, Luciana Vieira Santos Moreira. A compreensão da tutela antecipada sob o prisma de sua eficacalidade. 2011. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/20275/a-compreensao-da-tutela-antecipada-sob-o-prisma-de-sua-eficacalidade>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2015.

PINTO, Nélon Luiz. Medidas Cautelares – Poder Cautelar Geral de Juiz, Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 5, outubro de 2011.

RUANOBA, Sebastian Watenberg. Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelar) no processo civil brasileiro. Revista de Processo 148/345, ano 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. v.2.26ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2010.

SPADONI, Joaquim Felipe. Breves anotações sobre a tutela antecipada e os efeitos da apelação. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de

impugnação às decisões judiciais / coordenação Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. – São Paulo : Editora dos Tribunais, 2002. – (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos ; v. 6).

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das Tutelas de Urgência. Revista de Processo, vol. 110, Abril de 2003.

TELHO, Eloína Correa Gomes Moreira de Mendonça. Tutela antecipada no Código de Processo Civil brasileiro. 2002. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/4713/tutela-antecipada-no-codigo-de-processo-civil-brasileiro>> Acesso em 10 de fevereiro de 2015.

THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 42 ed., vol.2. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 2007.

THEODORO JR., Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu, Revista de Processo 157/129, ano 33, março de 2008.

TEODORO JR, Humberto, Processo Cautelar, 17. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1998.

TEODORO JR, Humberto. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.

Tutela Antecipada. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/980/Tutela-antecipada>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. DE ALMEIDA, Flavio Renato Correia. TALAMI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, v.3: processo cautelar e procedimentos especiais. Revista dos Tribunais, 2005.

WALBIER, Teresa Arruda Alvim. O Agravo e o conceito de sentença. Revista de Processo, vol.144, Fevereiro de 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Julgados

1. TRF 2ª Região – Apelação Cível nº 200451010206696/RJ. Relator Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira Gama. 6ª Turma Especializada. Julgado em 09 de novembro de 2009.
2. TJMT – Apelação Cível nº 42997/2005. Relator Desembargador Licinio Carpinelli Stefani. 1ª Câmara Cível. Julgado em 13 de março de 2006.
3. TJRS – Apelação Cível nº 70036796118. Relator Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos. 8ª Câmara Cível. Julgado em 22 de julho de 2010.
4. TJSP – Agravo de Instrumento nº 99010290638-8. Relator Desembargador Walter Zeni. 32ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 15 de julho de 2010.
5. TJSP – Agravo de Instrumento nº 99010037899-6. Relator Desembargador Jesus Lofrano. 3ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 23 de março de 2010.
6. STJ – Recurso Especial nº 1150334/MG. Relator Ministro Massami Uyeda. 3ª Turma. Julgado em 14 de setembro de 2010.
7. STJ – Recurso Especial nº 1087170/GO. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgado em 06 de outubro de 2011.