

FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA: CAUTELAR E ANTECIPADA (REFLEXÃO SOBRE O PARÁGRAFO 7^a, DO ARTIGO 273, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

FUNGIBILITY (INTER-CHANGEABILITY) BETWEEN URGENCY PROTECTIVE MEASURES: PROVISIONAL AND ANTICIPATED (REFLECTION ON PARAGRAPH 7TH OF ARTICLE NUMBER 273 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURES)

Raquel Carolina Palegari Saraiva*

Resumo: O artigo estuda as tutelas de urgência, tutela cautelar dos arts. 798 e seguintes e a tutela antecipada do art. 273, I, todos do Código de Processo Civil, ambas com finalidade preventiva para afastar a iminência de risco de dano. As tutelas em apreço têm características próprias. O estudo das mesmas permite fixar melhor a identidade dos institutos, bem como as características que as distanciam. Verifica-se certo embaraço quanto à sua aplicação diante do caso concreto. Assim, surge a fungibilidade no art. 273, §7^a para o auxílio dos operadores do Direito quanto às tutelas urgentes, para sua aplicação no sistema processual civil.

Palavras-chave: Tutelas de urgência. Tutela cautelar e tutela antecipada. Efetividade do processo. Fungibilidade das tutelas urgentes.

Abstract: This article studies the urgency protective measures, provisional protective measure in article 798 and following articles; and the anticipated protective measure in article 273, I, all from the Code of Civil Procedures; both protective measures have the preventive purpose of removing the risk of damage. Such preventive measures have their own characteristics. The detailed study of such protective measures enables a better characterization of their identity, as well as the identification of their differences. It was observed that there is certain confusion in their application in specific cases. So Fungibility was created in article number 273, paragraph number 7, in order to assist legal staff concerning urgency protective measures, for an appropriate application in the civil procedural system.

Keywords: Urgency protective measures. Provisional and anticipated protective measures. Effectiveness of the process. Fungibility of urgency protective measures.

* Mestre em Direito Negocial com ênfase em Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Professora da Universidade Estadual de Londrina/PR. Advogada militante na cidade de Londrina/PR.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará as tutelas de urgência, a tutela cautelar prevista nos arts. 798 e seguintes e a tutela antecipada em uma de suas hipóteses, leia-se a do art. 273, §7^a do Código de Processo Civil.

As tutelas de urgência em apreço guardam estreita relação entre si, face ao objetivo de afastar o perigo de dano incerto, respectivamente, no processo ou na tutela propriamente dita. Ao mesmo tempo apresentam pontos de distanciamento pelos requisitos próprios e diferenciados.

Assim, a legislação dispõe de medidas para as situações de urgência, as quais o operador do direito deve conhecer com profundidade e, interposta uma medida em razão de outra, invocar a aplicação do art. 273, §7^a do Código de Processo Civil. “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”.

Está em foco exatamente o emprego adequado da fungibilidade quanto às hipóteses de aparente equívoco no requerimento da parte para a concessão de uma tutela urgente. Deve-se verificar se estas medidas não comportam, no tempo, novo pedido e trâmite processual, sob pena de tornar inútil o resultado final do processo ou perecimento do direito.

Dessa maneira, em prol da efetividade do processo, quando presente as condições autorizadoras da fungibilidade das medidas, tutelas cautelar e antecipada, o pedido apropriado ao caso concreto será submetido à análise do juiz para que seja afastado a iniquidade ou consumação do direito pleiteado.

2 TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar denominada de tutela acessória no Código de Processo de 1939, definiu-se na edição de 1973, disciplinada em capítulo próprio, o Livro III.

Para o estudo de sua origem no direito brasileiro processual civil apontam-se os autores italianos Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti, que trouxeram os delineamentos da tutela cautelar, cada qual com sua contribuição, até o modelo atual que consiste num processo autônomo, um terceiro gênero ao lado da tutela cognitiva e executiva.

Sobre a tutela cautelar é importante pontuar, como pressuposto, sua instrumentalidade ao processo principal (conhecimento ou execução). O pedido cautelar não está inserido na litis do direito material resistido, mas o abrange indiretamente por sua finalidade assecuratória, qual seja, garantir o

resultado final da ação principal para que seja útil e eficaz. Prontifica-se a assegurar os elementos do processo (pessoas, coisas e provas).

Os seus principais requisitos, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, constituem o mérito¹ do processo cautelar, superado o debate quanto a qualificante de meras condições da ação.

O mérito da tutela cautelar implica o conteúdo da decisão mesma, ou seja, os fundamentos para a concessão ou não da medida, que na esfera da tutela cautelar, implica a análise da existência de seus requisitos.

Sobre o *fumus boni iuris* não se confunde com a probabilidade da existência do direito material – pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal – mas, corresponde a verificação de que a parte realmente dispõe do direito de ação, direito ao processo principal de ser tutelado.

Esta verificação dos requisitos ocorre sumariamente de maneira que estes devem-se mostrar evidentes e contundentes, sem necessidade de dilação², esta própria da cognição exauriente que conduz ao juízo de certeza.

O *periculum in mora* caracteriza-se pelo iminente risco de dano que inviabiliza o processo principal e, neste especificamente, para afastar o dano que torna o resultado inútil. Por exemplo, uma ação declaratória de inexistência de relação jurídica com cautelar para suspensão de protesto, que tem por finalidade suspender (temporariamente) a negativação e assim obter certidão para inscrição em concurso público que tem prazo certo e improrrogável, e não pode aguardar decisão judicial definitiva.

Desdobram-se outras características inerentes a tutela cautelar, todas com estreita ligação. Estas serão tratadas sinteticamente a seguir.

A tutela cautelar é temporária, posto que, tão logo cessem os motivos de sua concessão a mesma será revogada ou modificada, por meio da provocação do juiz de forma fundamentada.

¹ Sobre o mérito no processo cautelar consultar:

ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

GUERRA, Marcelo Lima. Condições da ação e mérito no processo cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 78, p. 191-203, abr./jun.1995. p. 200-1.

² “Na contingência entre o fazer o bem, mas tardiamente, e o fazer o mal, porém em tempo adequado, a tutela cautelar decide-se pelo fazer logo, ainda que sob o risco de fazer o mal, relegando para as formas repousadas e tranqüilas do procedimento ordinário o problema do bem e do mal, ou seja, a questão da justiça”. (CALAMANDREI, apud DINARMARCO, 2003. p. 138).

A medida cautelar concedida não alcança o status de imutabilidade, não faz coisa julgada. A concessão está sujeita à cognição sumária, onde os requisitos serão aferidos de plano e assim devem estar fortemente evidenciados no pedido. A tutela cautelar é ainda não satisfativa (juridicamente) posto que visa o mero asseguração da lide principal sem objetivar a sua composição. A satisfatividade somente será alcançada quando a medida baste em si mesma, sem necessidade de complementação, o que por certo só ocorre com a tutela definitiva.

3 O ADVENTO DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada estampada no Código de Processo Civil, em seu artigo 273, introduzida pela Lei n 8.952/94 de 13.12.1994, que se convencionou chamar de “A Reforma do Código de Processo Civil”, foi a grande inovação do sistema legal.

Ainda, a Lei n 10.444/2002 de 7.5.2002 complementou o artigo 273 com a introdução dos §§ 6 e 7, do Código de Processo Civil, trazendo importante inserção, a aplicação da tutela antecipada perante o pedido incontroverso, bem como a fungibilidade das tutelas antecipada e cautelar no plano urgente (273, I, do Código de Processo Civil), este último de apreciação do estudo.

Na tutela antecipada, a medida preventiva se direciona exatamente ao direito material. Há coincidência entre o conteúdo da medida antecipada (pedido) e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor (em sentença).

Em breve comentário, a tutela do art. 273 do Código de Processo Civil corresponde à antecipação dos efeitos da sentença, relacionada diretamente ao direito material em pleito e, a outra, a tutela cautelar está destinada à segurança do provimento principal, mas, autônoma em relação a este.

Cumpra notar no universo da tutela antecipada, que será tutela urgente apenas a descrita no art. 273, I, porque direcionada a evitar o dano irreparável ou de difícil reparação. Outrossim, a tutela antecipada do art. 273, II, ambas do Código de Processo Civil, apenas “sanciona” o abuso da parte adversa na delonga demasiada da defesa no processo, concedida quando for caracterizado o abuso no direito de defesa, que não será objeto do presente.

Dos requisitos, a tutela antecipada apresenta o *periculum in mora* e a prova inequívoca dos fatos e verossimilhança das alegações das partes.

Contribui para o tema Teori Albino Zavascki (2000), o qual explica que para a concessão da tutela antecipada, o que a lei exige não é, certamente, prova da verdade absoluta, a qual sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução, mas, uma prova robusta que, embora no âmbito de cognição

sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.

A tutela antecipada compatibiliza-se com a cognição sumária, realizada de plano pelo conhecimento dos requisitos da concessão que devem se mostrar evidentes. Neste o contraditório resta mitigado e, portanto, postergado.

Nesse sentido, a tutela é provisória, posto que não se reveste de definitividade, está destinada a durar até que sobrevenha a tutela final por um procedimento de substituição (a medida será confirmada ou revogada).

A tutela antecipada se funda em verossimilhança que difere da certeza o que autoriza sua concessão após uma cognição sumária que produz medida jurídica revogável e reversível.

No que toca a reversibilidade, esta característica mereceu disciplina no § 2^a do art. 273 e esta afeta a questão da tutela antecipada ser não satisfativa. Os efeitos da sentença serão antecipados, contudo, sem repercussão de satisfação jurídica em vista da não definitividade da mesma, do contrário, a concessão da medida sacrificaria o direito de terceiro sem o devido processo legal, o que é vedado pelo sistema.

A medida urgente é concedida em prol da efetividade do processo, para que o ônus processual (tempo da demora do processo) não desnature o direito, mas igualmente, que a medida analisada à luz da cognição sumária, que tem fundamentos em elementos de evidência do direito, seja reversível diante de sua revogação e, portanto, garantindo a segurança jurídica.

Nessa razão, Dinamarco (1995) evidencia que o direito não tolera sacrifício algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O direito improvável é direito que, talvez, não exista e, se existir, é porque na realidade inexistia aquele que era provável.

Para afastar qualquer imprecisão a respeito do tema, em destaque Luiz Fernando Bellinetti (1997, p. 256):

Quem demora para agir sofre os efeitos de sua negligência. [...] Ainda que o direito afirmado pelo autor possa ser plausível e em situação periclitante, não se pode conceder a tutela antecipada se for ela irreversível, porquanto aí os direitos do réu – constitucionalmente estabelecidos – é que restariam sacrificados. E tal sacrifício não pode ocorrer com base em uma tutela provisória (reversível), mas somente com base em uma tutela final e satisfativa.

Assim, a medida urgente, como medida excepcional, possui requisitos e características rígidas que devem ser observadas nos termos da legislação.

4 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA (ENFRENTAMENTO)

A tutela cautelar e a tutela antecipada são medidas concedidas em caráter de urgência, com requisitos e características bem delineadas e, sobretudo, identificam-se pelo fato de pautarem-se em fundamento constitucional idêntico (CF/88, art. 5^a, inc. XXXV – “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Brum Vaz (2007) foi capaz de expressar objetivamente o propósito de proximidade das tutelas em apreço utilizando-se da locução “zona de interseção” a apontar a comunicação entre as tutelas e sua utilidade prática, exatamente ao auxílio do operador do direito no dia-a-dia forense.

[...] se ao proceder à comparação for possível ao jurista destilar semelhanças, êxito pode-se considerar obtido, porquanto se estará, com base na resultante “zona de interseção”, caracterizada por traços comuns, viabilizando a comunicação dos regimes de manejo pragmático dos institutos, quando dúvida houver sobre qual deva ser adequado. (VAZ, 2007, p. 26).

Assim, enumera-se, de um lado a temporariedade da tutela cautelar e, de outro, a provisoriedade da tutela antecipada na concessão de medidas não definitivas, sujeitas a revogação e a modificação conforme a manutenção ou não dos requisitos que a ensejaram, sendo a tutela antecipada necessariamente substituída por decisão de confirmação ou extinção de seus efeitos. Somente a tutela definitiva acobertada pelo manto da coisa julgada é imodificável.

Pela natureza da urgência, as medidas em apreço, tutela cautelar e antecipada, se submetem a cognição sumária em que bastam o *fumus boni iuris* ou a verossimilhança das alegações das partes, sem necessidade de dilação probatória onde o contraditório será postergado.

Mas de tudo, o mais evidente é o receio de dano irreparável ou de difícil reparação presente a autorizar a tutela cautelar, leia-se o *periculum in mora*, art. 798 e, na tutela antecipada, art. 273, I, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, ambas são voltadas à prevenção da lesão de um direito. Brum Vaz (2007, p. 24) enuncia:

Entre tutela cautelar e tutela antecipada deve levar em conta que, embora sejam institutos de espécies diferentes, uma e outra se legitimam pela função de prevenção de dano – ainda que diversas as naturezas do receio de lesão – compondo ambas o gênero tutelas de urgência.

Entre as tutelas notável considerar que ambas “têm o mesmo pedido mediato, procuram a proteção do mesmo bem da vida, que é o direito a um processo eficaz” (SPADONI, 2003, p. 80).

Entretanto, o que as distanciam é a diversidade de pedidos imediatos. Isso se vê claramente no indicativo de que a providência jurisdicional da tutela cautelar (de função conservativa do status quo necessário à efetividade e utilidade do julgamento) não coincide com a providência da tutela antecipada (que autoriza a imediata satisfação do direito material pretendido).

Há uma linha tênue de proximidade entre as tutelas urgentes, ambas preventivas, mas, cuja intensidade dos requisitos é proporcional aos efeitos jurídicos que evidenciam.

A tutela cautelar (*fumus boni iuris*) envolve-se, apenas, indiretamente com o bem jurídico pretendido. Autônoma, tem uma correlação com o processo principal e sobre este surte efeitos de natureza garantidora sem qualquer influência ao mérito principal.

A tutela antecipada (*verossimilhança + prova inequívoca*) tem direta relação com o direito material controvertido, antecipando literalmente os efeitos práticos da futura decisão definitiva. Portanto, necessário ser mais rígido o requisito da probabilidade do direito.

5 FUNGIBILIDADE E SUA ABRANGÊNCIA NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

O trabalho visa o estudo da fungibilidade inserida no art. 273, §7^a do Código de Processo Civil introduzida pelo advento da Lei n^a 10.444/2002.

A fungibilidade retrata a concepção de troca, substituição. Em nosso sistema processual civil já se vislumbrava a aplicação do referido instituto no Código de 1939 em seu art. 810 (“Salvo hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento”), para os recursos.

Embora o dispositivo não tenha sido reproduzido na versão de 1973, seus delineamentos continuam vigentes, inclusive para parâmetro das tutelas urgentes.

O ponto mais contundente da pesquisa recai sobre os requisitos para a admissibilidade da fungibilidade, que além dos já enumerados no dispositivo legal, má-fé e erro grosseiro, soma-se o da dúvida objetiva.

O requisito da dúvida objetiva consiste nas impropriedades terminológicas presentes no próprio Código e na divergência da doutrina e da jurisprudência sobre o requerimento de uma ou outra medida em determinadas situações.

O requisito da má-fé³ consiste no emprego de mecanismos ardilosos e por erro intencional da parte, para auferir vantagem sobre a parte adversa, como interpor recurso inadequado em prazo maior, recurso que proporcione maior

devolução de matéria e, até mesmo, com finalidade de provocar divergência na doutrina⁴, o que pode ser verificado, “mutatis mutandis”, para as tutelas urgentes.

E o erro grosseiro está configurado na hipótese de eleição e requerimento da tutela urgente, em flagrante discordância de notório entendimento dos Tribunais e da doutrina, o inverso do que ocorre na dúvida objetiva.

Esses requisitos são igualmente reconhecidos para a aplicação no art. 273, §7^a. Para Jean Carlos Dias, a existência de dúvida objetiva constitui requisito positivo (no sentido de necessária presença); já o erro grosseiro, é requisito negativo, ou seja, somente na sua ausência é que poderá haver a potencial aplicação daquele. Assim, é a jurisprudência recente dos Tribunais pátrios que tratam da questão⁵.

A fungibilidade no sistema recursal serve de base a fungibilidade das tutelas urgentes em função da “zona cinzenta” que se instala em algumas situações urgentes que reclamam as tutelas em estudo.

O operador do direito pode requerer a medida urgente não adequada e essa pode não comportar o trâmite processual para um novo pedido. Assim a substituição da medida, quando presentes os requisitos, viabiliza a análise e decisão consentânea a iminência do prejuízo que se pretende evitar.

³ Nesse sentido se posiciona nosso Superior Tribunal de Justiça Agravo Regimental - Pedido de Reconsideração-Apresentação após o Transcurso do Prazo Recursal Pertinente-Fungibilidade Recursal -Impossibilidade - Interposição de Recurso Via Fac-Símile - Protocolização dos Originais - Necessidade - Agravo Improvido. 1. O pedido de reconsideração, apesar de não constar no rol dos recursos previstos na legislação processual civil, pode ser recebido como o recurso pertinente em *homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, desde que comprovada a interposição tempestiva da irresignação e não haja erro grosseiro ou má-fé do recorrente*. (STJ, 4^o T AGRESP Proc: 200400973868 j: 14/08/2007 DJU: 27/08/2007 Relator(a) MASSAMI UYEDA) (Grifo nosso).

⁴ Sobre o tema, ver VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa de. A fungibilidade na tutela de urgência (uma reflexão sobre o art. 273, §7^a, do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 112, p. 59-81, out./dez. 2003. p. 74.

⁵ Processual civil. Agravo regimental nos embargos de declaração na Petição no recurso ordinário em mandado de segurança. Princípio da Fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. Pedido de reconsideração. Intempestividade. 1. “O *princípio da fungibilidade recursal reclama, para sua aplicação, a inexistência de erro grosseiro, dúvida objetiva do recurso cabível*, observando-se, ademais, a tempestividade do inconformismo.” (RCDESP na RCDESP no Ag 750.223/MG, 1^o Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 18/12/2006.) 2. ‘omissis’ (STJ, 5^o T ADROMS, Proc: 200600691221 j: 12/06/2007 DJU: 06/08/2007 Relatora LAURITA VAZ) (Grifo nosso).

Nesse sentido, há o aproveitamento dos fatos narrados, dos argumentos já aparelhados na petição, bem como das provas colacionadas aos autos de processo, basta que o pedido seja adequado e o procedimento adaptável, fora os requisitos de admissibilidade.

Nesse ponto, transpostos os requisitos da admissibilidade, surge um questionamento originado da própria redação do artigo 273, §7^a, a saber: se a fungibilidade das tutelas é via de mão única ou via de mão dupla.

Pela fungibilidade como via de mão dupla está grande parte da doutrina a qual se detém, quais sejam, José Roberto dos Santos Bedaque (2006), Nelson Nery Júnior (2006) e Cândido Rangel Dinamarco (2003a) que dispõem que não se fala de fungibilidade de procedimentos, posto que o procedimento pode até ser o mesmo, ou seja, a disciplina dos atos a realizar. Não se trata de proceder de um modo, havendo o autor pedido que se procedesse por outro. Trata-se de autêntica fungibilidade de pedidos, no sentido de que, nominalmente postulada uma daquelas medidas, ao juiz é lícito conceder a tutela a outro título.

Joaquim Felipe Spadoni (2003) entende ser legítima a hipótese de dupla direção do art. 273, §7^a, face ao princípio constitucional da isonomia, quando as partes diante da “zona de penumbra” quanto à tutela adequada, seja o emprego de tutela cautelar ou de tutela antecipada, merecem idêntico tratamento.

Observa-se, portanto, maciça posição da doutrina, sendo quase unânime a interpretação do dispositivo como uma via de mão dupla, o qual mereceu destaque. E a jurisprudência tem dado mostras de igual entendimento⁶.

⁶ APELAÇÃO - PROCESSUAL CIVIL - FUNGIBILIDADE DE PROCEDIMENTOS - RECURSO PROVIDO. I Presentes os requisitos, o art. 273, § 7^a, do CPC, *permite a fungibilidade de tutelas de urgência, autorizando o juiz a deferir medida cautelar incidental, requerida a título de antecipação de tutela - e vice-versa*. II Recurso provido para determinar a apreciação do pedido à luz do princípio da fungibilidade inserto no art. 273, § 7^o do CPC. (TRF 2^o REGIÃO, AC - 320891, Proc: 200251015300049 j: 26/06/2007 DJU:13/09/2007, Relatora JUIZA LILIANE RORIZ). (Grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR VISANDO UM NÃO-FAZER. TUTELA SATISFATIVA, APESAR DE BASEADA NA URGÊNCIA. §7^a DO ART. 273 DO CPC. FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA EM PROL DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. PROVIMENTO DO APELO. I Ação cautelar ajuizada visando ordem no sentido de impedir transferência de imóvel e inclusão em banco de dados, enquanto não solucionada a lide na ação cognitiva; II Indeferimento da petição inicial em razão da satisfatividade, a justificar requerimento de antecipação de tutela em ação de conhecimento; III A tutela antecipada fundada no periculum in mora e a

Para aplicação da via de mão dupla, Joaquim Felipe Spadoni (2003) cinge considerações. Quando da tutela cautelar requerida de maneira equivocada, a ser substituída pela tutela antecipada, “deve o magistrado recebê-la como simples petição incidente do processo principal”, (sem determinar citação ou processamento em autos apartados). “Se assim estiver autuada deverá diligenciar pelo cancelamento do registro e autuação”.

Contudo, em respeito a natureza urgente da medida, os atos de formalização da tutela antecipada deverão dar-se em momento posterior à análise do magistrado do teor do requerimento.

Lúcio Delfino (2005) vai além, preconizando, fielmente, o fim último do pedido antecipatório. O juiz se ocupa primeiro da análise do pedido e da presença de seus requisitos. Ocorre que diante da ausência de prova inequívoca (o autor preparara a medida com vistas à tutela cautelar de requisito mais brando), o magistrado deverá propiciar ao autor que emende o pedido, com prazo para que compareça aos autos com as provas suficientes. Caso contrário, impor-se-á o indeferimento da medida por falta de um dos requisitos do art. 273, do Código de Processo Civil.

Na hipótese do pedido cautelar ser substituído pela tutela antecipada (via de mão dupla), verifica-se que a medida cautelar pode ser antecedente ou incidente ao processo. Quanto à medida antecedente, a doutrina estudou a circunstância expondo-a, nos termos abaixo.

Pela abrangência da tutela jurisdicional prestada na tutela antecipada, que visa tutela provisória que antecipe os efeitos da sentença de mérito e, portanto, implica coincidência com o pedido inicial, entende-se imprescindível que o autor já tenha delimitado seu pedido na inicial.

Na fungibilidade pela via inversa, no sentido da tutela cautelar para tutela antecipada, depara-se com medida mais rígida em razão dos requisitos da tutela antecipada a causar possível incompatibilidade. Joaquim Felipe Spadoni (2003, p. 91) questiona “como pode ser antecipada a tutela sem que se conheça ao menos, o que o autor pretende de forma definitiva?”

medida cautelar são categorias do mesmo gênero: provimentos urgentes; IV Por essa razão, a lei 10.444/2002 estipulou a fungibilidade entre as medidas no §7º, do art. 273 do Código de Processo Civil; V *Inexistiria fungibilidade em uma só mão de direção: possibilidade do uso da via cautelar para provimento antecipatório*. Instrumentalidade do processo; VI Apelo conhecido e provido. (Grifo nosso). (TRF 2º REGIÃO, 4º T, AC - 265793. Proc: 200102010202353 j: 03/06/2003 DJU:07/07/2003 Relator JUIZ JOSÉ ÂNTONIO NEIVA).

Conforme estudo anterior, a tutela cautelar é autônoma e, apenas, correlacionada ao processo principal. Legitima-se com a evidência do direito do processo principal (*fumus boni iuris*), restando imaculado o direito material pretendido, situação oposta à tutela antecipada. Portanto, parece ponto sem solução.

Para a fungibilidade da tutela cautelar sentido tutela antecipada, deve o magistrado conhecer o pedido como se medida antecipada fosse, analisando-lhe os requisitos que deverão estar presentes (*verossimilhança + periculum in mora*), ou oportunizando à parte, prazo para que os ofereça, para, então, ventilar o indeferimento, observando que o prazo é exíguo para a utilidade da medida urgente.

Desse modo a fungibilidade só terá razão de ser processada se a parte, no momento da propositura do pedido, disponibilizar de todo conjunto probatório. Não há prazo para produção de provas, no máximo, prazo para a juntada das provas senão manifesta a impossibilidade do requerimento.

Por esta razão, ainda que o tempo seja mínimo, o autor conseguiria adequar o pedido da medida antecipada, sem perder o caráter da urgência e permitir sua viabilidade. Em complemento, Lúcio Delfino (2005, p. 217) enumera que o aludido ajuste deve ocorrer “antes, obviamente, da citação do réu [...] face à técnica do saneamento difuso do processo, tendo como marco inicial o ato de convencimento da peça inicial”, recebida somente se presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

Dessa maneira, fixa-se a possibilidade, o procedimento e o momento, bastantes em si, para que se efetive a fungibilidade da tutela.

A fungibilidade das medidas como via de mão dupla apresenta-se coerente e viável dentro da perspectiva apresentada, pela adequação do procedimento, dentro da realidade das tutelas urgentes, ainda que em momento posterior.

Verificada a existência dos requisitos ensejadores da medida mais apropriada, fato certo que o magistrado deve aplicar o art. 273, §7^a, do Código de Processo Civil, a fim de bem empregar o princípio e prestigiar a efetividade do processo, bem como a economia processual.

CONCLUSÃO

O trabalho em tela tratou de temas atuais, tutela cautelar e tutela antecipada, as quais na doutrina dominante e nos apontamentos científicos, ora expostos, apontam que a fungibilidade nas tutelas urgentes (art. 273, §7^a) é uma via de mão dupla.

Tem-se a tutela cautelar presente no ordenamento, já, na edição do Código de 1939, ainda que firmada nos moldes atuais com o códex de 1973 e uma

tutela antecipada que veio vinte anos mais tarde, pela Reforma do Código de Processo Civil - Lei nº 8.952/94, ampliada pela Lei nº 10.444/2002.

O presente trabalho objetivou traçar um panorama, diga-se de “função comparativa”, despontando as semelhanças das tutelas urgentes, em destaque à tutela cautelar e à tutela antecipada, esta última na hipótese de seu art. 273, I, do Código de Processo Civil, exclusivamente.

Dimensionou os pontos que refletem a necessária identidade de cada uma delas, denominada pela doutrina de “pontos de interseção” e, de outro modo, fixou os pontos de distanciamento que contribuem à sua individualização e assimilação da dúvida à conclamada “zona de penumbra”.

Diante desse quadro há, em certas circunstâncias, embaraço na identificação da tutela urgente mais adequada à tutela do direito pretendida, o que ocorre, hodiernamente, para todos os operadores do direito, advogados e magistrados, sem distinção.

Verificando que a tutela de urgência vela pelo procedimento ágil e célere à proteção do direito ou de sua expectativa, a questão tormentosa da dúvida quanto à aplicação da medida mais adequada, cautelar ou antecipada, vai de encontro à sua proposta.

O requerimento impróprio de uma medida urgente poderia fulminar o direito pretendido ante a ausência de tempo para a propositura de nova demanda. Sem mecanismos que tornem mais acessível sua aplicação, a medida urgente pode se tornar vazia e sem utilidade.

Nesse sentido, em contribuição ao alcance da finalidade preventiva, seja ela a concessão de tutela cautelar ou antecipada, o legislador disciplinou a fungibilidade das tutelas pela Lei nº 10.444/2002, com a introdução do parágrafo 7º ao art. 273, portanto, de recentíssimo tratamento, que merece atenção dos estudiosos pela relevância jurídica.

Assim, preocupa-se o legislador quanto aos instrumentos da tutela de urgência e seu concebido alcance jurisdicional, de tornar efetivo o processo.

Enquanto tinta lançada no papel, o ciclo das tutelas urgentes parece simples e perfeito, cada qual ocupando seu devido lugar no sistema processual civil, com disciplina própria em artigos de lei. Contudo, as situações se entrelaçam, as questões e lides se complicam, a dúvida aparece.

Conclui-se que o motivo principal do tumulto no seio das tutelas de urgência se exprime com maior evidência em um só tema, qual seja que ambas têm por mote a prevenção do dano e esse, sem dúvida, move o emprego das tutelas urgentes no direito.

Dessa maneira, quando o caso concreto torna lúcido uma questão de

prevenção de dano, o operador do direito se depara com duas hipóteses, tutela cautelar e tutela antecipada, devendo continuar o exame para achar os demais requisitos e definir a tutela mais adequada.

Todavia, por vezes, o *periculum in mora* é o requisito mais evidente, é quase soberano naquela situação de emergência que deve ser amparada.

Assim, é necessário persistir na pesquisa dos demais requisitos. Vejam-se os pontos de distanciamento evidenciados no decorrer deste trabalho (*fumus boni iuris* e verossimilhança das alegações) que, realmente, guardam características próprias e podem diferenciar as tutelas. Mas nos termos ora apreendidos, podem eles se revestir de tímida aparência, o que causa dúvida no operador do direito.

Certo que a tutela é urgente, o operador do direito deve concretizar seu pleito, investigando ao máximo os requisitos, então, periféricos, mas, que têm importância na caracterização da tutela mais adequada à necessidade do requerente.

Requerida a medida e sendo esta imprópria à tutela preventiva, é preciso que se alcance a real necessidade da demanda, extraindo melhor o conteúdo de uma prova, de um fato, e cumprindo a aplicação da fungibilidade para aproveitamento do pedido, tomando este como correto.

Por esta razão, resta claro que a fungibilidade ocorre numa via de mão dupla, porque tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada na sua hipótese do art. 273, I, do Código de Processo Civil, coincidem no requisito da *periculum in mora* e podem trazer ao mundo circunstâncias nebulosas. Acenar para outra conclusão seria negar todo o estudo e o cerceamento da eficácia do dispositivo.

Veja-se: para melhor sinalização do art. 273, §7^a, se perquiriu da fungibilidade no sistema recursal pátrio, orientações estas primordiais a fim de bem guiar seu emprego face às tutelas urgentes, com razão parte da doutrina que assim convencionou.

A fungibilidade permite o aproveitamento do pleito, pela substituição por outra medida, porque mais adequada ao requerimento e compatível com o fim almejado, sem descuidar o art. 273, §7^a da presença dos requisitos autorizadores da tutela específica e a boa-fé daquele que se vê obrigado ao emprego da fungibilidade.

Certo que a fungibilidade das tutelas urgentes não pode se tornar um instrumento iníquo, desvirtuando-se de sua finalidade primeira, qual seja, o acerto da medida urgente e economia processual, é que seu estudo se faz atual e necessário.

Questão latente na hipótese de via de mão dupla é que os requisitos da

tutela antecipada, com destaque para a verossimilhança das alegações e prova inequívoca, erigem-se em condições mais robustas diante do *fumus boni iuris* da tutela cautelar.

Assim, o é pela natureza da tutela antecipada, nesta os efeitos de sua decisão recaem sobre o próprio direito material em pleito, e há necessária relação com o pedido inicial e a sentença de mérito, enquanto, de não menos importância, mas, finalidade distinta, a tutela cautelar visa garantir o processo e somente por via indireta o direito material.

Veja-se, as conseqüências jurídicas em sede de tutela antecipada afligem em maior grau a esfera da outra parte se comparada à tutela cautelar. A parte requerida na tutela antecipada será mais penalizada em relação àquele que ocupa a mesma posição na tutela cautelar. Note-se que na tutela antecipada se sentirá desde a fase inicial os efeitos práticos da sentença. Já na tutela cautelar, que visa restabelecer o equilíbrio das partes com finalidade de alcance de uma decisão útil, a parte pode sofrer a constrição de um bem, sua indisponibilidade, mas sem atingimento do direito controvertido e pretendido pela parte acautelada.

Em notas conclusivas, o princípio da fungibilidade é aplicado como via de mão dupla, vez que as tutelas cautelar e antecipada têm por finalidade a prevenção do dano, ora ao processo e ora ao direito propriamente dito, como fundamento constitucional semelhante que privilegia a efetividade do processo que implica ao Estado-juiz resolver os litígios o mais próximo possível daquele desfecho que se teria se a parte tivesse cumprido espontaneamente a questão.

Pelo estudo do tema, pode-se constatar que a fungibilidade disciplinada no art. 273, § 7^a do Código, só cumprirá sua verdadeira intenção legislativa se servir de instrumento a ambas as tutelas, para alcançar seu fim último, possibilitar pela substituição da medida urgente, que seja prestada tutela jurisdicional àquele que a reclama, e isso só se concretizará pelo emprego da medida adequada.

O presente estudo atenta para correta aplicação do dispositivo. Não basta o mero comando de aplicação da fungibilidade, substituindo uma medida por outra, por ser esta ou aquela a mais adequada, vez que nos termos expostos, a tutela cautelar e a tutela antecipada, ainda que unidas pela finalidade preventiva, guardam identidade própria que deve ser considerada no momento da decisão.

De mesma forma, apesar dos doutrinadores revelarem um consenso quanto ao emprego da via de mão dupla da fungibilidade (§7^a do 273 do Código de Processo Civil), é importante o estudo aprofundado do tema e que a decisão

exponha os motivos que autorizam a sua aplicação, para não banalizar o instituto. Deve-se despertar exatamente para ao alcance das tutelas urgentes e suas implicações, finalidades preventivas, para correta aplicação do instituto que conduz a uma decisão por parte do magistrado, seja a concessão ou não da fungibilidade que deve ser fundamentada.

REFERÊNCIAS

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. edição. São Paulo: Malheiros. 2006.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 122, p. 187-220, abr. 2005.

DINARMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros. 1995.

_____. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Melhoramentos. 2003.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros. 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. Condições da ação e mérito no processo cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 78, p. 191-203, abr./jun. 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2006.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 110, p. 72-94, abr./jun. 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. São Paulo: Leud. 2005.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa de. A fungibilidade na tutela de

urgência (uma reflexão sobre o art. 273, §7^a, do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 112, p. 59-81, out./dez. 2003.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§7^a do art. 273 do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 144, p. 23-37, fev. 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva. 2000.