

**DA FUNGIBILIDADE REGRESSIVA E PROGRESSIVA DAS
TUTELAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS – TEORIA DO
DUPLO SENTIDO VETORIAL – INSTRUMENTALIDADE E
MÁXIMA EFETIVIDADE DO PROCESSO**

Não é de hoje que o princípio da fungibilidade já existe no ordenamento jurídico pátrio, bastando citar como exemplos: no caso das ações possessórias; nos recursos e das medidas cautelares ante a possibilidade de troca de uma medida cautelar mais maléfica para a parte pela prestação de caução.

Assim a Lei 10.444 de 07 de maio de 2002, que reformou o Código de Processo Civil e acrescentou o §7º do artigo 273, trouxe para o direito brasileiro a possibilidade de **fungibilidade da tutela cautelar e de tutela antecipada**.

Art. 273. (...)

§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.

O que se tem percebido desde a introdução no ordenamento jurídico brasileiro do instituto da tutela cautelar é da utilização de um excessivo rigor tecnicista para separar a conceituação do que seria essa tutela antecipada e do que seria a tutela cautelar.

Todavia, é prudente um cuidado melhor no tratamento dessas tutelas, *“pois o rigor tecnicista pode simplesmente anular a conquista instrumental, provocando males à efetividade da prestação jurisdicional maiores do que os que causava a falta do remédio inovador”* (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária do direito, 2004. p.408.)

A tutela antecipada não surgiu com o objetivo de enfraquecimento da tutela cautelar, mas sim para unir forças com essa tutela já existente, para que as partes pudessem alcançar o bem da vida que procuram.

A pretensão de separar esses dois institutos existe somente no direito brasileiro, pois no Direito Europeu, o qual criou tal instituto, a pretensão é de união das duas tutelas e nunca de separação.

Entendeu-se, simplesmente, que a lei poderia perfeitamente ampliar a tutela cautelar para incluir, dentre as medidas de eliminação do *periculum in mora*, em certos casos, providências que satisfizessem antecipadamente o direito material do litigante, desde que isso fosse indispensável para atingir a plena efetividade da prestação jurisdicional e que ficasse resguardada a possibilidade de reversão, na hipótese de eventual resultado adverso para o beneficiário na sentença definitiva da lide.

Longe, pois, de assinalar uma barreira intransponível entre as medidas conservativas e as antecipatórias, o que se infere da intenção do legislador é o escopo de harmonizá-las como integradas ambas dentro da sistemática e do objetivo.

O douto Nereu José Giacomolli, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, trata da matéria em comento com muita percuciência, vejamos argumentação embutida na decisão monocrática proferida pelo douto julgado em sede de agravo de instrumento:

“Com efeito, a Lei n. 10.444, de 07/05/2002, introduziu o parágrafo 7º, no art. 273, do Código de Processo Civil, criou a regra de fungibilidade processual recíproca entre medidas cautelares e tutelas antecipatórias, de modo a permitir ao juiz a conversão do pedido de tutela antecipada em medida cautelar, com o processamento desta em autos apartados.

Com esta nova disposição, tem o demandante ora agravado a faculdade de optar pelo pedido de tutela antecipada ou pelo ajuizamento de cautelar, pois a Lei antes mencionada não visou impedir o ajuizamento de cautelares.

Embora a existência de corrente jurisprudencial entendendo que a partir da incorporação do instituto da antecipação de tutela por nossa legislação processual, não mais se justificaria o ajuizamento de cautelar, quando o provimento da liminar pode ser obtido na

própria ação de conhecimento, mediante antecipação da tutela, tenho que compete à parte autora decidir qual a melhor forma de obter o provimento judicial que objetiva conseguir.”
(www.tj.rs.gov.br. Agravo de Instrumento nº70007523038. Relator - Nereu José Giacomolli - nona câmara cível)”

Depreende-se, portanto, que, no tocante ao ponto de vista processual, não há óbice algum no conhecimento de um pedido de liminar como antecipação de tutela ou como medida cautelar, haja vista que o que define a natureza jurídica do pedido é a essência da pretensão deduzida em juízo e não o eventual *nomem juris* que o requerente tenha, porventura, atribuído em sua peça.

Assim, cumpre ao magistrado, com lastro na instrumentalidade, na efetividade do processo e na fungibilidade que tem sua razão de ser apenas na realização efetiva dos direitos, conhecer do pedido segundo a sua natureza jurídica em função da essência do que é postulado e não pelo rótulo que vem externando, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro não há a chamada tipicidade de ações.

Não discrepando do entendimento acima exarado, os pretórios pátrios vêm assim se posicionando a respeito do tema ventilado, conforme se infere do teor das ementas abaixo transcritas:

“DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. Desconstituição da sentença que extinguiu o processo com força no artigo 267, inciso i, c/c o art. 295, inciso V, ambos do CPC, sob o fundamento de que medida cautelar é incabível para os casos de antecipação de tutela. a Lei n. 10.444, de 07/05/2002, introduziu o par. 7, no art. 273, do CPC, criando regra de fungibilidade processual recíproca entre medidas cautelares e tutelas antecipatórias, observados os requisitos que lhes são respectivos, deste modo consolidando orientação jurisprudencial que rejeitava a sacralização das formas processuais, evitava a criação de estado de perplexidade jurídica para o jurisdicionado e afirmar que o processo judicial não é um fim em si mesmo. Apelo provido. Sentença desconstituída. (TJRS, Apelação cível nº 70004267977, 14ª Câmara Cível, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, julgado em 12/09/2002)”

“CAUTELAR . SUSTAÇÃO DE PROTESTO. POSSIBILIDADE. Ensina a doutrina à relatividade da distinção entre a antecipação da tutela de conhecimento e a tutela cautelar. **Nada obsta a apreciação da providencia buscada pelo autor em ação cautelar preparatória, não obstante pudesse ter sido pleiteada na ação revisional, como antecipação de tutela. sentença desconstituída. apelação provida.** (TJRS, Apelação cível nº 70000454371, 13ª Câmara Cível, Relator: Des. Márcio Borges Fortes, julgado em 16/12/1999)”.

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA. PEDIDO DE INTERVENÇÃO. ARTIGO 273, § 7º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.I - Consoante precedentes jurisprudenciais desta Corte, a regra do artigo 542, § 3º, do Código de Processo Civil, que determina a retenção do recurso especial, admite temperamentos, sob pena de se tornar inócua a ulterior apreciação da questão pelo Superior Tribunal de Justiça. II - Apesar de se ter deferido, em caráter liminar, a intervenção na pessoa jurídica, cujo pedido foi formulado em autos de processo de conhecimento onde se postulou a nulidade de assembleia, já à época em que proferida a decisão, doutrina e jurisprudência vinham admitindo a fungibilidade das medidas urgentes, tendência que culminou com a inserção do § 7º no artigo 273 do Código de Processo Civil pela Lei nº 10.444/02. III - Tal providência se justifica em atendimento ao princípio da economia processual, haja vista que nem sempre é fácil distinguir se o que o autor pretende é tutela antecipada ou medida cautelar, conceitos que não podem ser tratados como sendo absolutamente distintos. Trata-se, diversamente, de duas categorias pertencentes a um só gênero, o das medidas urgentes. (RESP 202740 / PB ; RECURSO ESPECIAL 1999/0008245-1. Ministro CASTRO FILHO. TERCEIRA TURMA. DJ 07.06.2004 p.00215)”

O §7.º veio inserir um novo e interessante paradigma no nosso sistema processual civil: consolidou, de uma vez por todas, o sincretismo, pelo qual se admite que, num só “tipo” de processo, possam ser deferidas as tutelas cognitiva, executiva ou cautelar.

E esta fungibilidade dar-se nos dois sentidos, ou seja, o Magistrado pode apreciar pedido cautelar como tutela antecipada.

É o que a doutrina vem chamando de **TEORIA DO DUPLO SENTIDO VETORIAL.**

Ou seja, há a possibilidade da utilização da fungibilidade de **mão de dupla**, ou seja, da mesma forma que se utiliza o princípio trocando a antecipação de tutela pela medida cautelar, propõe-se a medida cautelar pela antecipação de tutela.

Embora a própria leitura do § 7º do art. 273 dirija ao pensamento de que somente é permitida a fungibilidade regressiva, ou seja, apreciar um pedido de tutela antecipada como cautelar, a boa doutrina e a jurisprudência já vem entendendo a possibilidade também de se admitir o contrário, a saber a, fungibilidade progressiva.

Com efeito, o ilustríssimo mestre Cândido Dinamarco insiste em afirmar que o contrário também seria permitido, ou seja, a tutela progressiva – concessão, pelo julgador, de antecipação de tutela quando feito um pedido cautelar.

Para Dinamarco “*não há fungibilidade em uma só mão de direção, se os bens são fungíveis isso significa que tanto pode substituir um por outro, como outro por um*”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 4ª ed, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 92.)

Elucidando melhor esta doutrina, o jurista Fredie Didier Jr, vai mais além, ao defender além da fungibilidade progressiva, a possibilidade de aplicação, no caso concreto, do quando disposto no art. 295, V, do Código Adjetivo Civil, ou seja, verificando a possibilidade de concessão da tutela antecipada em troca da cautelar, converte-se o procedimento para o rito comum, intimando-se o autor para que emende a peça vestibular. Vejamos o entendimento desse jurista:

“Se a parte requerer medida antecipatória/satisfativa via processo cautelar, e o magistrado entender que os requisitos da tutela antecipada estão preenchidos, **DEVE ELE CONCEDER A MEDIDA, DESDE QUE DETERMINE A CONVERSÃO DO PROCEDIMENTO PARA O RITO COMUM (ORDINÁRIO OU SUMÁRIO, CONFORME SEJA), INTIMANDO O AUTOR PARA**

QUE PROCEDA, SE ASSIM O DESEJAR OU FOR NECESSÁRIO, ÀS DEVIDAS ADAPTAÇÕES EM SUA PETIÇÃO INICIAL, ANTES DA CITAÇÃO DO RÉU. Essa medida pode ser tomada de ofício, com base no art. 295, V, do CPC. **EM HIPÓTESE ALGUMA DEVE DETERMINAR A EXTINÇÃO DO FEITO, SOB A ABSURDA RUBRICA DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. A CONVERTIBILIDADE DO PROCEDIMENTO É UMA DAS MAIORES MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS, E NÃO PODE SER OLVIDADA.** Trata-se, aqui, de adaptação da fungibilidade dos provimentos de urgência, junto com uma adaptação procedimental: acaso requerida uma medida antecipatória pelo procedimento equivocado (cautelar), corrige-o o juiz – em situação contrária, como visto, não é necessária essa conversão procedimental. (...) (JORGE, Flavio Cheim, JUNIOR, Fredie Didier, RODRIGUES, Marcelo Abelha, A nova reforma processual, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003. pg. 92.)

Seguindo a evolução da processualística não se pode negar a aplicabilidade do **DUPLO SENTIDO VETORIAL**, visto que, do contrário, o magistrado (pacificador social que é), estaria renegando a sua função precípua, bem como os fundamentos intrínsecos da tutela jurisdicional e, em última análise, o próprio direito da parte, em prol de um exacerbado formalismo.

Em outras palavras, o posicionamento mais adequado é o que vai ao encontro da simplificação da processualística, a um processo civil de resultados, objetivando a aproximação do direito material com o instrumental. Na particularidade do tema em comento (fungibilidade das tutelas emergenciais), tal desiderato se materializa com o reconhecimento do duplo sentido vetorial.

Corroboram com esta última assertiva, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹.

Tal entendimento é abstraído pelo fato de ser esta a intenção do legislador hodierno, já que, com a crescente complexidade das relações sociais, já não se endeusa mais tanto a forma e sim os resultados, objetivando-se, desta feita, a

¹ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Nadrade, **Código de processo comentado e legislação extravagante**. 7 ed. Ver. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.653.

celeridade com efetividade processual, restando evidente que não se deverá, em nome da positividade da jurisdição, renegar as formalidades legais imprescindíveis à perfeita convalidação do ato.

Outrossim, a fungibilidade constante no supracitado parágrafo, é a mesma fungibilidade que autoriza o jurisdicionado a, por meio da dúvida objetiva que, por sua vez, deriva da tênue linha discriminatória que separa os dois institutos (tutela cautelar e tutela antecipada), acarretando assim, substancial empecilho quando da subsunção, a requerer a concessão da tutela cautelar diante de pedido de natureza e caráter eminentemente satisfativos e, ainda, soma-se ao fato de que a situação jurídica da parte que opta pelo caminho explicitado na lei é a mesma da que escolhe o caminho inverso.

A sentença apelada, dessa forma, está a macular o Princípio Constitucional da Isonomia (art. 5º, caput, da Carta Magna) e, ainda, prestigiando um formalismo excessivo, renegando, em decorrência, a um plano secundário, a perspectiva social e instrumental do processo.

Dessa forma, mesmo que um determinado pleito cautelar seja satisfativo, não só a legislação, como a doutrina e jurisprudência entendem que deve o Magistrado conceder a tutela antecipada pretendida cautelarmente e, na seqüência, cuidar de adequar o procedimento, permitindo que o requerente emende a inicial, em prazo fixado.

Agindo desta forma, restará assegurada a efetividade da prestação jurisdicional com a observância aos preceitos legais, conforme bem decidiu o TRF da 2ª Região:

1400470070 – DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – I - **Embora a tutela cautelar não se mostre adequada a satisfazer de imediato o direito postulado, diante do princípio da fungibilidade de tutela de urgência, deve este requerimento ser recebido como antecipação de tutela.** II - Se os militares foram licenciados quando faltavam apenas 2 (dois) meses para que lhes fosse conferida estabilidade, é razoável crer que está caracterizada no

caso vertente fraude à Lei, haja vista que foi observada a norma que determina a estabilidade do servidor público militar com 10 (dez) anos de serviço efetivo, sendo contudo, desatendida a finalidade da Lei. III - Se os vencimentos percebidos pelos militares têm caráter alimentar, há fundado receio de dano irreparável, razão pela qual estão presentes os requisitos que autorizam o deferimento da tutela antecipada (art. 273 do Código de Processo Civil). IV - Desprovemento do recurso. (TRF 2ª R. – AC 97.02.24004-2 – 6ª T. – Rel. Des. Fed. André Fontes – DJU 09.12.2005 – p. 336)JCPC.273

Arrematando o presente arrazoado, cumpre trazer à colação o atual entendimento do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ**:

Processo REsp 627759 / MG
RECURSO ESPECIAL 2004/0016326-4
Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)
Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA
Data do Julgamento 25/04/2006
Data da Publicação/Fonte DJ 08.05.2006 p. 198
Ementa Processual civil. Recurso especial. Cautelar de sustação de protesto. Efetivação do protesto. Suspensão dos seus efeitos. Possibilidade. Poder geral de cautela e fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela.
- O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere poder ao juiz para deferir providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela.
- Segundo o entendimento do STJ: (i) é possível a suspensão dos efeitos dos protestos quando há discussão judicial do débito; (ii) a decisão cautelar de sustação de protesto de título insere-se no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC; e (iii) a sustação de protesto se justifica quando as circunstâncias de fato recomendam a proteção do direito do devedor diante de possível dano irreparável, da presença da aparência do bom direito e quando houver a prestação de contra-cautela.
- De acordo com o poder geral de cautela e o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela, o perigo de dano pode ser evitado com a substituição da sustação do protesto pela suspensão dos seus efeitos, se o protesto já tiver sido lavrado na pendência da discussão judicial do débito.
Recurso especial provido.

Percebe-se que a interpretação que há de ser dada ao parágrafo 7º introduzido no artigo 273 do Código de Processo Civil é a de que atualmente o nosso processo civil está vivendo dentro da fase instrumentalista, que visa primordialmente a busca pela efetividade do processo, sendo assim entende-se que esse princípio da fungibilidade veio para facilitar e não para complicar. Deve sempre ser lembrado pelo

operador jurídico de que o que mais importa é o direito e o que menos importa é o procedimento.

Por tudo, mesmo nos pleitos cautelares de caráter satisfativo, em razão da fungibilidade prevista no art. 273, § 7º, do Digesto Processual Civil, deve o Magistrado, em detrimento de extinguir o processo com base no art. 267, VI do CPC, deferir a tutela cautelar como tutela antecipada, intimando a parte para adequar o rito, sendo manifestamente indevida a extinção do processo, até em razão da já consagrada visão instrumentalista do processo.

Fortaleza, 13 de Março de 2008.

Rafael Freire de Arruda

OAB: 14.403