



**FUNGIBILIDADE TUTELAR: REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA SUA
ADMISSIBILIDADE – PLAUSIBILIDADE DA SUA APLICAÇÃO NA
PROPOSITURA DE PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA A TÍTULO DE MEDIDA
CAUTELAR¹**

Vanderlei Ribeiro da Rosa*

RESUMO

O presente artigo teve como objetivos averiguar quais são os requisitos necessários para a admissibilidade da fungibilidade versada pelo § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, bem como pesquisar acerca da plausibilidade ou não da aplicação da fungibilidade em caso inverso (quando for pleiteada equivocadamente tutela antecipada a título de medida cautelar). Para encetar a investigação, utilizou-se o método dedutivo e empregou-se como técnica de pesquisa a bibliográfica, cujo resultado traz à baila quais os requisitos necessários para a admissibilidade da fungibilidade versada pelo § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, bem como demonstra a plausibilidade, conforme entendimento majoritário, da aplicação da fungibilidade em caso inverso ao previsto expressamente no mencionado dispositivo legal.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Medida cautelar. Fungibilidade.

1 INTRODUÇÃO

Como é cediço, hodiernamente, quando o assunto é a justiça, grande é a preocupação dos operadores do direito quanto à morosidade do trâmite dos processos e à consequente

¹ Este trabalho foi baseado na monografia de pós-graduação em nível de especialização do autor deste artigo, cujo orientador foi o Desembargador Victor José Sebem Ferreira.

* Pós-graduado em Direito Material e Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Campus Videira. Atualmente ocupa o cargo de Oficial de Justiça e Avaliador do TJSC com lotação na Comarca de Fraiburgo.

demora na entrega da prestação jurisdicional – fatos esses que causam, evidentemente, descontentamento dos litigantes e, por conseguinte, a “descredibilidade” no Poder Judiciário.

Atento a isso e às construções jurisprudenciais, os legisladores, na busca por uma maior efetividade da função jurisdicional e pelo constante aperfeiçoamento do Poder Judiciário, através de medidas que proporcionem às pessoas o acesso a tutelas diferenciadas, fizeram reformas legislativas. Uma dessas reformas legislativas de grande importância foi a de 1994, que, entre outras mudanças, inseriu no Código de Processo Civil, em seu artigo 273, o instituto da tutela antecipada.

Outrossim, foi importante a criação da fungibilidade tutelar regulada pelo § 7º do supracitado artigo.

Todavia, da prefalada norma processual (art. 273, § 7º, do CPC) denota-se que o legislador não foi explícito quanto aos requisitos a serem preenchidos e tampouco mencionou se a fungibilidade, objeto deste trabalho, requer a existência de outros requisitos, tais como o da não ocorrência de erro crasso.

Dessa forma, tem-se como objetivo trazer a lume esses requisitos.

Além disso, almeja-se demonstrar a plausibilidade da aplicação da fungibilidade em caso inverso ao previsto expressamente no mencionado dispositivo legal.

Para tanto, serão feitas assertivas pessoais norteadas em artigos doutrinários, tendo como ponto de partida a conceituação das categorias fundamentais do problema arguido, quais sejam: tutela antecipada, tutela cautelar e, por derradeiro, fungibilidade tutelar. Além disso, traz-se à baila quais os requisitos imprescindíveis para sua concessão.

De outra senda, assevera-se que será utilizado, como método de abordagem, o dedutivo e, como método de procedimento, o monográfico. Ainda, será utilizada, como técnica de pesquisa, a documentação indireta.

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Não se pode olvidar que para se discorrer acerca do tema proposto faz-se mister conceituar as tutelas de urgência. É o que se faz a seguir.

2.1 CONCEITO DE TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada, como a própria nomenclatura indica, é a medida de tutela que visa satisfazer parcial ou totalmente a pretensão da parte autora, caso esteja presente nos autos prova

inequívoca que demonstre a verossimilhança das alegações, bem como, concomitantemente, haja o risco de que a demora da sentença favoreça a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação; ou caso o requerido esteja agindo com manifesto propósito protelatório; ou, ainda, caso o pedido do autor se demonstre incontroverso.

Em outras palavras, é a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, mediante a satisfação de determinados requisitos legais.

A propósito:

Antecipar a tutela, portanto, significa, necessariamente, deferir essa tutela, que só deferível seria após o trânsito em julgado da decisão. Pouco importa se liminarmente ou no curso do feito, pouco importa que no primeiro ou no segundo grau etc., se a tutela é deferida antes do trânsito em julgado da decisão, houve antecipação. (PASSOS, 2001a, p. 16)

Para Soraya Regina Gasparetto Lunardi *et al.* (2001, p. 135), a antecipação da tutela “é uma medida provisória, em que se busca a antecipação dos efeitos da sentença”.

Mister citar, ainda, os ensinamentos do processualista Ovídio A. Baptista da Silva (2000, p. 139-140), para o qual as antecipações de tutela do art. 273:

São forma *latu sensu* de execução urgente, provimentos através dos quais o juiz, considerando verossímil o direito do autor, concede-lhe, desde logo, algum efeito executivo ou mandamental da futura sentença de procedência. Trata-se daquela fundamental distinção entre ‘segurança da execução’, que se traduz em cautelaridade, e ‘execução-para-segurança’, que haverá de ser tida como execução urgente, execução verdadeira, qualificada pela urgência, tomada sob o signo da provisoriedade, que, todavia, nem por isso perde a natureza de provimento *latu sensu* executivo.

2.2 CONCEITO DE MEDIDA CAUTELAR

O conceito de medida cautelar é encontrado na obra de Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 98), para o qual a medida cautelar é a providência material efetiva utilizada pelo magistrado para preservar ou garantir uma situação de fato importante para a futura prestação jurídica definitiva.

O autor esclarece, ainda, que o que é obtido no processo cautelar, mediante uma medida cautelar, é tão somente a prevenção contra o risco de dano imediato ao interesse litigioso da parte e que prejudica a eventual eficácia da tutela definitiva pleiteada no processo de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 346).

Por conseguinte, pode-se conceituar a medida cautelar como a providência concreta utilizada pelo juiz para sanar uma situação de perigo para direito ou interesse de uma das partes, através da conservação do estado de fato ou de direito que engloba as partes, durante todo o lapso imprescindível para a definição do direito no processo de conhecimento ou para a concretização coativa do direito do credor sobre o patrimônio do devedor, no processo de execução (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 346).

Oportuno citar o ensinamento de Luiz Fux (2004, p. 1.549), o qual entende que as medidas cautelares são medidas assecuratórias, pois têm por escopo principal possibilitar a eficácia dos processos de conhecimento e de execução. Além disso, para o autor, a tutela cautelar é de suma importância, haja vista o fato de ela coibir a frustração da ação principal por falta de impossibilidade de prestação da justiça imediata. Esclarece, ainda, que as medidas cautelares são transitórias, não definitivas e instrumentais.

Vislumbra-se, pois, que medida cautelar é a providência material tomada pelo magistrado na ação cautelar que visa assegurar o resultado útil da ação principal.

2.3 DIFERENÇA ENTRE TUTELA ANTECIPADA E MEDIDA CAUTELAR

Das conceituações colacionadas, chega-se à ilação de que a tutela antecipada não se confunde com a medida cautelar, que é o instrumento para obtenção de medida que garanta a futura eficácia da tutela que se postula, sem satisfazê-la.

Corroborando com esse entendimento a lição de Calmon de Passos (2001b, p. 19), para o qual a providência cautelar e a antecipação da tutela são coisas bem diversas, pois, enquanto na primeira o que se pretende do juiz é o deferimento de uma medida que garanta a futura eficácia da tutela que se postula, na segunda, o que se quer é o benefício de sua antecipação e, por conseguinte, dos efeitos de que se revestirá, antes de ocorrer o trânsito em julgado da decisão.

Aliás, o entendimento doutrinário é pacífico no que diz respeito a essa distinção:

A antecipação de tutela é uma medida provisória, mas que não se confunde com as medidas cautelares do livro III, Do Processo Cautelar a antecipação de tutela, uma vez que tem como objeto a própria tutela pedida total ou parcialmente, enquanto que a medida cautelar tem por escopo garantir a eficácia de um outro processo, seja esse de conhecimento ou de execução. (LUNARDI, 2001, p. 135).

3 FUNGIBILIDADE TUTELAR

Fungibilidade tutelar é a plausibilidade de o juiz receber e analisar pedido cautelar incidental feito equivocadamente no bojo da inicial da ação de conhecimento como sendo pedido de tutela antecipada, desde que preenchidos certos requisitos.

Aliás, para José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 388), no que diz respeito às tutelas de urgência, foi adotado “o princípio da fungibilidade, segundo o qual, pode o juiz conceder a medida mais adequada à situação dos autos, sendo irrelevante eventual equívoco do requerente ao formular o pedido”.

Dessarte, o inciso VII do art. 273 do CPC possibilita ao juiz conceder uma tutela cautelar, caso lhe apresente mais apropriada, não obstante o autor ter pleiteado uma tutela antecipada. Assim, há a plausibilidade de um descompasso entre a tutela pedida e a concedida, sendo que não se trata de um simples erro na denominação, mas, sim, da plausibilidade da concessão de uma tutela de urgência diferente daquela que foi solicitada e que aparente ser mais apropriada ao magistrado (GONÇALVES, 2004, p. 304-305).

O autor (2004, p. 305-306) ensina, ainda, que o dispositivo legal sob comento traz outra novidade: a lei permite que o magistrado conceda a tutela cautelar, incidentemente, no próprio bojo do processo. De fato, a nova regra torna possível a concessão no processo de cognição, sem a necessidade do ajuizamento de ação cautelar incidente autônoma, o que, para o autor, acarretará a redução da utilização da cautelar desta natureza.

3.1 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO DA FUNGIBILIDADE TUTELAR

No que tange aos requisitos imprescindíveis para a incidência do § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, Joel Dias Figueira Júnior (2007, p. 350) leciona que o primeiro deles consiste no fato de que deve o magistrado aferir a ocorrência de equívoco da parte ao postular pedido de tutela antecipada, em processo de cognição ainda em trâmite, quando o caso concreto requer providência de natureza assecurativa.

Pelo citado doutrinador é feita a seguinte ponderação, a qual é também um dos requisitos a serem observados pelo magistrado:

Todavia, não se deve perder de vista que o *equívoco* capaz de agasalhar a aplicação do princípio da fungibilidade há de ser *excusável* (erro objetivo). O chamado *erro grosseiro* ou *evidente* não comporta a incidência deste princípio, por revestir-se de caráter sempre excepcional, apropriado a corrigir distorções de ordem jurídica, justificáveis pelas circunstâncias, ou em razão de modificações supervenientes no plano fatural (*v.g.*, fungibilidade das demandas interditaes, fungibilidade dos recursos).

Ocorre que o § 7º do art. 273 do CPC, por regular norma de exceção, há de ser interpretado restritivamente. (FIGUEIRA JÚNIOR, 2007, p. 350, grifo do autor).

Nesta esteira é o entendimento de Fábio Cardoso Machado (2006), para o qual “um dos requisitos para a aplicação do § 7º do art. 273 do CPC, exigida por respeitável parcela da doutrina processual, é a existência de dúvida fundada e razoável quanto à natureza da medida”.

Além disso, este último doutrinador entende também ser requisito para aplicação da fungibilidade tutelar a atipicidade da medida cautelar:

A primeira e talvez mais inflexível condição de fungibilidade procedimental entre as medidas de urgência cautelares e satisfativas pode ser expressa nos seguintes termos: só é possível aproveitar medida erroneamente postulada através do procedimento comum, como antecipação de tutela, se não houver procedimento autônomo típico através do qual deva ser postulada. Ou seja, só haveria fungibilidade procedimental, sendo considerada esta condição, entre medidas inominadas para as quais não haja previsão de procedimento típico. (MACHADO, 2006).

Posto isso, vislumbra-se outro requisito: devem estar presentes os requisitos da tutela cautelar (*fumus boni iuris e periculum in mora*) (FIGUEIRA JÚNIOR, 2007, p. 350).

Outro requisito a ser observado é o de que o pleito da tutela deve ser feito pelo autor da ação (FIGUEIRA JÚNIOR, 2007, p. 353).

Porém, se o réu articular pedido reconvenicional, tornar-se-á autor nessa nova demanda (reconvinte), situação que agasalha a admissibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade preconizado no art. 273, § 7º, do CPC (FIGUEIRA JÚNIOR, 2007, p. 353).

Joel Dias Figueira Júnior (2007, p. 353) sintetiza os requisitos para ocorrência da fungibilidade tutelar afirmando que eles são os seguintes: a) pedido formulado pelo sujeito ativo; b) ação de cognição em andamento; c) plausibilidade de ser concedida em qualquer fase ou grau de jurisdição, enquanto não haja coisa julgada; d) equívoco não grosseiro ao pleitear a tutela de urgência; e) existência dos requisitos necessários para a concessão da tutela cautelar; f) momento do procedimento plausível à concessão da tutela incidental (fungibilidade facultativa); g) impossibilidade jurídica do não conhecimento da tutela antecipada por se tratar de medida de natureza assecurativa.

3.2 FUNGIBILIDADE TUTELAR NO CASO INVERSO AO DESCRITO NO § 7º DO ART. 273

A fungibilidade tutelar inversa à prevista no § 7º do artigo 273 do CPC vem ocasionando na doutrina e nos tribunais interpretações diversas.

De fato, alguns autores, liderados por Arruda Alvim (2002, p. 107-110), entendem não ser plausível a hipótese inversa; entendem ser a fungibilidade “via de uma mão só”, pois a Lei não recepcionou tal situação, apenas houve a previsão de uma forma de fungibilidade: no caso de o autor requerer inadequadamente providência de natureza cautelar a título de antecipação de tutela nos próprios autos do processo principal. Para o citado autor, a hipótese inversa implicaria conceder o mais tendo sido pedido o menos.

Joel Dias Figueira Júnior (2007, p. 352) entende que se o autor afora ação cautelar incidental pleiteando, inclusive, o seu processamento em autos apensos, não obstante tratar-se de latente hipótese que impele postulação de tutela antecipada, não deverá o magistrado aplicar o princípio da fungibilidade, haja vista configurar tal circunstância erro grosseiro.

Porém, a maioria dos doutrinadores e juristas entende que não obstante o § 7º do art. 273 do CPC não ter recepcionado expressamente a hipótese inversa, ora analisada, é perfeitamente plausível tal situação e aplicação da fungibilidade. De fato, colhe-se da doutrina:

De outra banda, a corrente liderada por Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, mais preocupada com a efetividade do processo e a instrumentalidade de suas formas do que com a preservação do apego ao formalismo, admite a chamada hipótese inversa, sendo a fungibilidade entre as medidas de urgência uma “via de mão dupla”. (BAGGIO, 2009).

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque (1998, p. 388), não obstante o legislador ter-se referido tão somente à plausibilidade de substituição da tutela antecipada por cautelar, não pairam dúvidas de que a fungibilidade tutelar ocorre nas duas direções, sendo permitido conceder tutela antecipada em lugar de cautelar.

Para o ora citado autor, “a adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final” (BEDAQUE, 1998, p. 388).

O autor complementa sua lição nos seguintes termos:

Nada obsta, portanto, que, diante de pedido de antecipação de efeitos, o juiz defira tutela meramente conservativa e vice-versa. Esse *duplo sentido vetorial entre as medidas urgentes* sequer necessitaria estar previsto em lei, pois decorre da própria lógica do sistema das tutelas provisórias e instrumentais. (BEDAQUE, 1998, p. 388-389).

Aliás, oportuno enfatizar que o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou consoante entendimento da segunda corrente, de modo a aplicar às tutelas de urgência (cautelar e antecipação de tutela), na sua totalidade, o princípio da fungibilidade e de modo a indicar que o art. 273, § 7º, do CPC é de “mão de dupla”. Enfatizou que, presentes os respectivos requisitos,

deverá o magistrado deferir a tutela de urgência cabível. Além disso, referida Excelsa Corte já se pronunciou no sentido de que não há que se cogitar em ausência de interesse processual a ponto de ser extinta a ação.

Nesse diapasão, colaciona-se o seguinte julgado:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - TUTELAS DE URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 7º, CPC - MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO MEIO ADEQUADO - INTERESSE DE AGIR - RECONHECIMENTO.

1. "O art. 273, § 7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela e reconhece o interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela. Precedentes do STJ". (REsp 1011061 / BA, Relator(a) Ministra ELIANA CALMON, DJe 23/04/2009) 2. **A interpretação da Corte de origem, de que carece interesse de agir a parte que apresenta pleito cautelar quando o correto é antecipatório, distancia-se da interpretação que o STJ confere à matéria.**

3. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no REsp 1013299/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 15/10/2009, grifo nosso).

No mesmo diapasão, é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. REQUERIMENTO DE EXCLUSÃO OU ABSTENÇÃO DE INSCRIÇÃO DO NOME DOS AUTORES DOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. JUÍZ A QUO QUE REJEITA A INICIAL E JULGA EXTINTO O FEITO, ANTE A FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

IRRESIGNAÇÃO DOS AUTORES. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. APLICAÇÃO AO CASO. ART. 273, § 7º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. SENTENÇA CASSADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O REGULAR PROCESSAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS DEMAIS PEDIDOS DO RECURSO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DO RECLAMO NESTE PONTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. **"A forma não deve, em hipótese alguma, sacrificar o direito do jurisdicionado. A nossa codificação processual civil, na sua atual concepção, tornou admissível juridicamente a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada, fungibilidade essa que há de ser entendida como de mão dupla, pelo que não só a tutela antecipada faz-se adequada quando envolva matéria de natureza cautelar, como eficaz é a cautelar em que se enfrenta matéria afeta com maior precisão à tutela antecipatória".** (TJSC. Apelação Cível n. 2003.002577-4, rel. Des. Trindade dos Santos).

2. "No atual estágio da ciência processual, que busca o abandono da forma em prol do conteúdo, o trânsito de medida cautelar não pode ser impedido pela simples constatação de que por meio dela se busca provimento satisfativo [...]". (AI n. 2010.051968-9, de Joinville, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta). RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC. Apelação Cível. Relator: Des. Rubens Schulz. Origem: Pinhalzinho Órgão Julgador: Câmara Especial Regional de Chapecó. Julgado em: 7.7.2014. Juiz Prolator: Marcelo Volpato de Souza, grifo nosso).

E ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – CONTRATO DE AFILIAÇÃO AO SISTEMA "VISANET", FIRMADO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA PARA DETERMINAR O RESTABELECIMENTO DA AVENÇA RESCINDIDA UNILATERALMENTE PELA AGRAVANTE.

FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA - JUÍZO A QUO QUE, MESMO RECONHECENDO QUE OS PLEITOS MANIFESTADOS TERIAM NATUREZA ANTECIPATÓRIA, E NÃO CAUTELAR, APRECIA-OS COM BASE NO ARTIGO 273, § 7º DO CPC – VIABILIDADE.

"A forma não deve, em hipótese alguma, sacrificar o direito do jurisdicionado. A nossa codificação processual civil, na sua atual concepção, tornou admissível juridicamente a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada, fungibilidade essa que há de ser entendida como de mão dupla, pelo que não só a tutela antecipada faz-se adequada quando envolva matéria de natureza cautelar, como eficaz é a cautelar em que se enfrenta matéria afeta com maior precisão à tutela antecipatória." (Ap. Cív. n. 2003.002577-4, de Blumenau, Rel. Des. Trindade dos Santos, DJ de 22.09.03).

ALEGAÇÃO DA RECORRENTE NO SENTIDO DE QUE TERIA OCORRIDO, EM CURTO ESPAÇO DE TEMPO, VÁRIAS OPERAÇÕES IRREGULARES NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DA EMPRESA AGRAVADA – UTILIZAÇÃO DE CARTÕES FURTADOS, ROUBADOS E CLONADOS – RESCISÃO UNILATERAL QUE SE CONSUBSTANCIARIA NO EXERCÍCIO DE UM DIREITO PREVISTO NO CONTRATO – TESE ACOLHIDA – VERIFICADA, NUMA ANÁLISE EM COGNIÇÃO SUMÁRIA, A EXISTÊNCIA DE FORTES INDÍCIOS QUANTO A OCORRÊNCIA DE ILEGALIDADES – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE, NESTA HIPÓTESE, ADMITE A RESCISÃO UNILATERAL – AUTONOMIA DA VONTADE QUE DEVE SER PRESERVADA – INEXISTÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA NA TESE DEFENDIDA PELA RECORRIDA E QUE ENSEJOU O DEFERIMENTO DA LIMINAR.

POSSIBILIDADE DE OCORRER DANOS IRREPARÁVEIS OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO À RECORRENTE – QUANTIDADE DE OPERAÇÕES APONTADAS COMO IRREGULARES QUE TEM O CONDÃO DE CAUSAR PREJUÍZOS, TANTO FINANCEIROS COMO NA PRÓPRIA IMAGEM DA EMPRESA PERANTE O PÚBLICO CONSUMIDOR E TERCEIROS LESADOS.

PRÉ-QUESTIONAMENTO - DESNECESSIDADE DE O ÓRGÃO JURISDICIONAL RESPONDER MINUCIOSO QUESTIONÁRIO A RESPEITO DA APLICAÇÃO DE EXTENSO ROL DE DISPOSITIVOS LEGAIS APRESENTADO PELAS PARTES.

[...] ainda que a parte alegue a intenção de ventilar matéria para fins de pré-questionamento, o julgador não é obrigado a examinar exaustivamente todos os dispositivos legais apontados pela recorrente quando a fundamentação da decisão é clara e precisa, solucionando o objeto da lide. A atividade jurisdicional não se presta para responder a questionários interpostos pelas partes, provocar lições doutrinárias ou explicitar o texto da lei, quando a matéria controvertida é satisfatoriamente resolvida. (TJSC, Ap. Cív. n. 1998.009640-5, de Sombrio, Relatora Des.a Maria do Rocio Luz Santa Ritta, DJ de 05.09.2003). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC. Agravo de Instrumento. Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein. Origem: Balneário Camboriú. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Comercial. Julgado em: 23.9.2010).

Vale deixar registrado que o entendimento da segunda corrente é recepcionado pelo autor deste artigo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que, em razão dos anseios da sociedade pela efetividade do processo e em virtude da degeneração da tutela cautelar, o legislador brasileiro introduziu, de forma genérica, a antecipação da tutela no Código de Processo Civil, através da reforma processual publicada em 13 de dezembro de 1994 – Lei n.º 8.952, no seu artigo 273 –, com aplicação em qualquer ação de conhecimento. Essa antecipação tem como escopo principal garantir a satisfação, ainda que provisória, do direito que é alvo da postulação, acelerando, pois, os resultados do processo e evitando os males provocados pelo decorrer do tempo.

Dessarte, a antecipação da tutela é a antecipação dos efeitos da sentença, ou seja, consiste na concessão da tutela, que é o bem da vida reclamado como próprio ou como devido ao que exercitou o seu direito de ação, antes do trânsito em julgado da eventual sentença procedente.

Entre as tutelas de urgência está a medida cautelar, porém não se pode olvidar que esta difere da tutela antecipada.

Ora, enquanto a antecipação da tutela tem por escopo conceder ao titular o exercício imediato do próprio direito pleiteado, a medida cautelar destina-se a preservar ou assegurar uma situação de fato relevante para a futura prestação jurídica definitiva.

Infere-se, pois, que a tutela antecipada, em virtude de ter caráter satisfativo, exige requisitos diversos dos da tutela cautelar. De fato, para esta última basta a presença da fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) e do perigo da demora (*periculum in mora*).

Não obstante, ainda é comum a confusão entre esses dois institutos (tutela antecipada e tutela cautelar), de tal sorte que há muitos casos de postulação equivocada, no próprio bojo da exordial da demanda principal, de pedidos de natureza cautelar como se fossem de antecipação da tutela.

Por essa razão, o legislador brasileiro, com a inserção do § 7º no art. 273 do CPC, criou a fungibilidade entre elas, possibilitando a concessão de uma por outra, sem que haja risco de a decisão ser considerada *extra petita*.

Citado instituto é denominado por alguns doutrinadores – entre os quais se destaca Joel Dias Figueira Júnior – como fungibilidade tutelar.

Frisa-se que, em virtude da fungibilidade tutelar, quando o autor pleitear antecipação de tutela, embora tenha a providência postulada natureza cautelar, não deve o magistrado indeferir o pedido de tutela antecipada por ser inadequado. Nessas situações, o magistrado poderá

receber o requerimento como cautelar incidental, observando que devem estar presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Além disso, vislumbra-se que, em virtude da fungibilidade, o art. 273, § 7º, do CPC possibilita que, requerida a tutela antecipada no curso do processo, o juiz conceda a tutela cautelar, incidentalmente, no próprio bojo do processo.

Nessa esteira, denota-se que os requisitos para que seja plausível a fungibilidade regulada pelo § 7º do artigo 273 do CPC são os seguintes: haver equívoco por parte do autor ao formular pedido de tutela antecipada, em processo de conhecimento em trâmite, mas cuja providência postulada tenha, na realidade, natureza cautelar; que mencionado equívoco não seja crasso, ou seja, que ele seja escusável; que a medida cautelar em questão não seja nominada ou típica; que estejam preenchidos os requisitos da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) ou, no caso inverso ao previsto no dispositivo legal, que estejam presentes os requisitos da tutela antecipada, bem como que o momento procedimental autorize a concessão da tutela incidental, de modo que não ocasione tumulto processual.

Além disso, não se pode esquecer que é inibida a concessão da tutela cautelar incidental no próprio bojo do processo principal quando: a) for imprescindível a produção de provas em audiência (audiência de justificação); b) houver necessidade da ouvida da parte contrária; c) o magistrado antever que, não obstante a possibilidade de concessão de cautelar sem a ouvida da parte contrária, diante do caso concreto, o requerido necessita produzir contraprova e que, dessa forma, ocorre tumulto processual; d) os autos não estiverem no cartório e a espera ocasionar a perda da efetividade da providência postulada; e) a fase de instrução estiver terminada ou prestes a ser concluída; f) for postulada na fase decisória, ou seja, quando os autos já estiverem conclusos para prolação da sentença; e g) for postulada após a publicação da sentença.

Por derradeiro, chegou-se à ilação de que a maioria dos doutrinadores e juristas entende que, não obstante o § 7º do art. 273 do CPC não ter recepcionado expressamente a hipótese inversa, é perfeitamente plausível tal situação e aplicação da fungibilidade tutelar, desde que observados os requisitos mencionados alhures. De fato, entende-se que a fungibilidade, entre as medidas de urgência, é uma via de mão dupla.

Este é, também, o entendimento do autor deste artigo.

**FUNGIBILITY GUARDIANSHIP: REQUIREMENTS FOR YOUR ADMISSIBILITY -
PLAUSIBILITY OF ITS APPLICATION TO THE BRINGING OF EARLY
APPLICATION FOR PROTECTION UNDER PRECAUTIONARY MEASURE**

Vanderlei Ribeiro da Rosa

ABSTRACT

This article is aimed at ascertaining the requirements for the admissibility of fungibility versed by § 7 of Article 273 of the Code of Civil Procedure, and about the plausibility or otherwise of the application of fungibility in the opposite case (when mistakenly pleaded for injunctive relief as a precautionary measure). To begin the research used the deductive method, and was used as a research technique to literature, and the result brings up what the requirements for the admissibility of fungibility versed by § 7 of Article 273 of the Code of Procedure Civil and demonstrates the plausibility, as prevailing understanding, the application of fungibility in the reverse case expressly provided for in the said legal provision.

Keywords: Trusteeship in advance. A precautionary measure. Fungibility.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444 de 7 de maio de 2002. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 108, 2002. p. 107-110.

BAGGIO, Lucas Pereira. Fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipadas no processo civil brasileiro. **Páginas de Direito**, Porto Alegre, 2003. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/>. Acesso em: 31 jan. 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. v. 4. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2004.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto et al. A Tutela antecipada como instrumento para a justiça do terceiro milênio. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Síntese, ano 3, v. 1, n. 1. nov.-dez. 2001.

MACHADO, Fábio Cardoso. Condições de fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 671, 7 maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6685>. Acesso em: 21 fev. 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil, vol. III: arts. 270 a 331**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001a.

_____. **Comentários ao código de processo civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973: artigos 270 a 331**. v. 3. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001b.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 2, 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Processo cautelar**. 21. ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004.