

FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA

FERNANDA CURY DE FARIA¹
MARCIA WEBER LOTTO RIBEIRO²

RESUMO

Pretende-se, com o presente trabalho, abordar os aspectos possíveis de aplicação do princípio da fungibilidade às medidas de urgência: a fungibilidade entre medidas cautelares, a fungibilidade entre pedidos de antecipação de tutela e a fungibilidade entre medidas cautelares e antecipação de tutela.

Para tanto, conceituar-se-á as medidas de urgência partindo-se do pressuposto das chamadas “tutelas jurisdicionais diferenciadas”, que vêm a ser tutelas tendentes a conferir maior efetividade ao processo, seja por meio de instrumentos específicos de cognição plena, seja por meio de sumarização da cognição. Isolado o aspecto da cognição sumária como forma de efetividade do processo, chegar-se-á às medidas de urgência propriamente ditas: a medida cautelar e o instituto da antecipação de tutela (arts. 273 e 461 § 3º do Código de Processo Civil).

Conceituar-se-á ambos os institutos, considerando-se suas características básicas para, após, demonstrar-se as diferenças existentes entre eles, visando examinar, mediante tais diferenças, a viabilidade de aplicação do princípio da fungibilidade às medidas cautelares e satisfativas, consideradas entre si e uma em relação à outra.

Palavras-chave: antecipação de tutela; medidas cautelares; fungibilidade

¹ Procuradora Nível IV do Município de Diadema, Especialista em Direito Processual Civil, Especialista em Administração Pública.

² Procuradora Nível IV do Município de Diadema, Professora do Curso de Direito da UNIANHANGUERA, Especialista em Direito do Trabalho, Mestre em Direito Constitucional.

SUMÁRIO

1 – CONCEITUAÇÃO DE MEDIDAS DE URGÊNCIA.....	3
2 - A TUTELA CAUTELAR E A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO FORMAS DE MEDIDAS DE URGÊNCIA.....	5
3 – A TUTELA CAUTELAR.....	6
4 – A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	9
5 – DIFERENÇAS ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A MEDIDA CAUTELAR.....	11
6 – A FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	13
7 – A FUNGIBILIDADE NOS PEDIDOS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	17
8 – FUNGIBILIDADE ENTRE MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	19
9 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	23

1 – CONCEITUAÇÃO DE MEDIDAS DE URGÊNCIA

As medidas de urgência integram as chamadas “tutelas jurisdicionais diferenciadas”, que são mecanismos criados pela lei e pela jurisprudência objetivando emprestar maior efetividade ao Direito Processual Civil.

A expressão “tutela jurisdicional diferenciada” é de Andrea Proto Pisani³, que a utilizou em estudo denominado “*Tutela Giurisdizionale Differenziata e Nuovo Processo del Lavoro*”.

A doutrina não é unânime, mas pode-se considerar as tutelas jurisdicionais diferenciadas sob dois ângulos:

- a) criação de instrumentos processuais específicos, de cognição plena e exauriente, visando conferir maior eficácia à prestação jurisdicional, considerando-se, para tanto, as especificidades da relação de direito material (v.g., mandado de segurança, ações possessórias, ação civil pública, ação popular);
- b) sumarização da cognição do juiz, protelando-se o exercício da ampla defesa para momento posterior, com o objetivo de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional.

Ao nosso estudo interessa esse segundo prisma sob o qual é vista a tutela jurisdicional diferenciada: o da sumarização da cognição. Isto porque essa sumarização importa na eventual concessão das medidas de urgência. Veja-se, a respeito, a explanação de Rogério Aguiar Munhoz Soares⁴, para quem “as técnicas de sumarização envolvem a busca de soluções que não se compadecem com a utilização do instrumental predisposto à utilização da cognição plena ou com a possibilidade de amplos debates entre as partes previamente à decisão judicial.”

Não há possibilidade de cognição plena e exauriente porque “a função da urgência se origina da necessidade de regular a situação de fato, que é uma antes do processo, e será outra depois dele, embora não esgote o fenômeno da litisregulação.”⁵

De fato, trata Araken de Assis do tema da seguinte maneira:

³ Sulla tutela giurisdizionale differenziata - Rivista di Diritto Processuale, ano XXXIV, n. 4, p. 536

⁴ Tutela Jurisdicional Diferenciada – Tutelas de Urgência e Medidas Liminares em Geral, p.147

⁵ Araken de Assis, Fungibilidade das Medidas Inominadas Cautelares e Satisfativas, REPRO n.º 100, p. 39

“No fundo, o veto à autotutela, acrescido da obrigatória intervenção da autoridade judiciária para resolver a lide, produz efeito colateral relevantíssimo: a necessidade de regular a passagem da lide à satisfação, por ato judicial, do direito litigioso. Este fenômeno recebeu o epíteto de litisregulação, auspicioso achado de Tesheiner, e não se identifica, ao contrário do que imaginaria Carnelutti, com o mérito do processo que extinguirá o conflito.

E, com efeito, no plano do direito material o aparecimento do conflito provoca três situações diferentes: antes, durante e depois do processo. Antes, há o conflito; depois, haverá a satisfação do objeto litigioso; no entretanto, há uma instância obrigatória, que é o processo, em geral presidido pela dúvida sobre a razão dos litigantes (...) Em princípio, a incerteza natural sobre a razão dos litigantes contraindica qualquer mudança e, de resto, o veto à autotutela amarra os litigantes, transformando em ato ilícito a realização do direito subjetivo pelo seu titular. Ficam as partes - principalmente aquela cuja esfera jurídica sofreu a violação-, por força do apelo à justiça pública, coibidas de inovar durante o processo (...) Por vezes, o sacrifício imposto ao autor se mostra tão intenso e temível que a diretriz básica há de ceder, sob pena do perecimento do direito ou da inutilidade da sua futura realização (...) Nesses casos, arredada a proibição de inovar, o ordenamento autoriza a mudança do *status quo*, seja por ato privado (...), seja por ato do próprio obrigado (...), seja através de provimento judicial.”⁶

⁶ ob. cit., p. 41

2 - A TUTELA CAUTELAR E A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO FORMAS DE MEDIDAS DE URGÊNCIA

As medidas de urgência colocadas à disposição do juiz para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional mediante a sumarização da cognição são duas: a tutela cautelar e a antecipação de tutela.

José Roberto dos Santos Bedaque⁷ considera que a tutela cautelar e a tutela antecipada “são modalidades de tutela jurisdicional que, com variações decorrentes das especificidades da relação de direito material ou de técnicas legislativas, podem ser classificadas numa categoria única, à qual se mostra adequada a denominação ‘tutelas de urgência’.”

Reforça essa tese a posição de Araken de Assis. O autor considera que a tutela de urgência, “verdadeiro contraponto às funções de conhecimento e executiva (...), constitui gênero, da qual são espécies a tutela cautelar e a tutela antecipatória”⁸. Ainda, ao fazer referência à tutela cautelar, diz que ela representa uma subespécie do gênero “tutela de urgência”⁹.

Assim, trataremos cada uma separadamente, destacando suas especificidades.

⁷ Tutela Cautelar e Tutela Antecipada. Tutelas Sumárias e de Urgência. Tentativa de Sistematização, p. 24

⁸ ob. cit., p. 43

⁹ ob. cit., p. 39

3 – A TUTELA CAUTELAR

José Frederico Marques¹⁰ define a tutela cautelar como “o conjunto de medidas de ordem processual destinadas a garantir o resultado final do processo de conhecimento , ou do processo executivo.” Considera-a “modalidade de tutela jurisdicional, pelo que vem exercida através do processo de igual nome, isto é, do processo cautelar.” Para ele, o objetivo da tutela cautelar “é sempre outro processo, o qual recebe a denominação de processo principal. Para que este tenha o curso previsto em lei, sem sofrer os efeitos do *periculum in mora*, é que se constitui antecipadamente (procedimento cautelar preparatório) ou incidentalmente (procedimento cautelar incidental), o processo cautelar, que é sempre acessório, instrumental e provisório.”

A medida cautelar tutela, desta forma, de maneira imediata, apenas o processo principal. O direito da parte não é tutelado, senão de maneira mediata. Tanto é assim que há medidas cautelares tendentes a garantir apenas os atos instrutórios do processo, como a produção antecipada de provas.

O que caracteriza a medida cautelar é a sua finalidade: evitar que haja uma alteração no equilíbrio de forças entre as partes no processo, decorrente da demora do mesmo.

Humberto Theodoro Júnior¹¹ trata da matéria da seguinte maneira:

“Nasce, assim, a medida cautelar preordenada a servir a um posterior provimento definitivo, com o escopo de prevenir um perigo, isto é, de evitar um possível dano jurídico. Mas não qualquer dano jurídico, e sim aquele que se situa, precisamente, na provável ineficácia ou deficiência da solução do processo principal, caso não haja a medida preventiva.

Daí ser o fim último do processo cautelar manter, quanto possível, o equilíbrio inicial das partes, pondo a situação de fato em que elas se encontram a salvo das contingências temporais que envolvem necessariamente a prestação jurisdicional definitiva.”

No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque¹²:

¹⁰ Manual de Direito Processual Civil, vol. 4, P. 381

¹¹ Processo Cautelar, p. 63

¹² Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo, p. 110

“O processo cautelar não visa diretamente à atuação do direito substancial. Seu escopo não é colocar fim ao litígio, oferecendo tutela jurisdicional satisfativa. O objetivo da relação processual cautelar é oferecer condições para que outro processo seja eficaz, ou para assegurar o equilíbrio dos litigantes neste.”

Pode-se resumir as características da ação cautelar da seguinte forma:

- a) instrumentalidade – a ação cautelar visa tutelar a ação principal, e não o direito material da parte. Trata-se de uma dependência ontológica com a ação principal: na essência, a ação cautelar sempre depende da principal, pois ela a protege;
- b) provisoriedade – as medidas cautelares sempre têm duração limitada, provisória, nunca têm caráter definitivo;
- c) autonomia – apesar da instrumentalidade em relação à ação principal, a ação cautelar é autônoma, constitui ação própria, que persegue fins próprios, independentemente da procedência ou não da ação principal. Trata-se de uma autonomia procedimental: tem um rito próprio, com petição inicial autônoma, autuação em separado, citação do réu, sentença e recurso específico;
- d) revogabilidade – a medida cautelar, alterada a situação que a ensejou, pode ser substituída, modificada ou revogada pelo juiz, a pedido da outra parte. A revogabilidade da medida cautelar decorre do fato de que a sentença proferida em sede de ação cautelar, como provimento emergencial que é, não faz coisa julgada material sobre o direito material controvertido, que será objeto da ação principal.

Sobre a inexistência de coisa julgada material em sede de ação cautelar, é conveniente transcrever os esclarecimentos de Araken de Assis, *in* “Fungibilidade das Medidas Inominadas Cautelares e Satisfativas”¹³:

“Por óbvio, a sentença proferida no processo cautelar nada dispõe acerca da existência do direito litigioso, exceto pronunciando o juiz a decadência ou a prescrição – então provendo, porém excepcionalmente, sobre o mérito da ação principal desde logo nos autos da demanda cautelar - ; nem poderia fazê-lo, porque jungida à proteção de direitos aparentes. Existirá coisa julgada apenas quanto à própria pretensão à segurança, impedindo o ajuizamento de nova demanda idêntica à julgada, conforme se lê no art. 808, par. ún., do CPC.”

¹³ ob. cit., p. 40

Nesse particular, todo cuidado é pouco, evitando escorregar no terreno dos fundamentos inconcussos. Por exemplo, Galeno Lacerda incorreu em evidente contradição ao refutar a existência de coisa julgada material, no processo cautelar, ‘porque o juízo sobre a necessidade de segurança prévia não se estende à totalidade da lide’ – concessão desnecessária a Carnelutti – e, posteriormente, examinando o art. 808, par. ún., ao reputar ‘formal’ a coisa julgada impeditiva de outra demanda, dotada de identidade de partes, causa e pedir. A eficácia que veda a formação de outra demanda, idêntica à primeira em razão dessa tríplice identidade, é a material, jamais a formal, que consiste na imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida.”

No que se refere aos os requisitos para a concessão da medida cautelar, são eles, em linhas gerais:

- a) a aparência, a plausibilidade do direito alegado pela parte (*fumus boni iuris*); e
- b) a possibilidade de dano a esse direito em virtude da demora do curso normal da ação principal, que demanda cognição exauriente (*periculum in mora*).

Há uma discussão na doutrina sobre a natureza jurídica dos requisitos para a concessão da cautelar: se seriam condições específicas ou genéricas da ação cautelar ou se seriam o próprio mérito da mesma.

Entendemos que tais condições constituem o próprio mérito da ação cautelar, pois a pretensão à segurança da mesma reside no *periculum in mora* e no *fumus boni iuris*. Ou seja, a presença desses dois requisitos implica na concessão da tutela cautelar, logo, trata-se do mérito da ação.

Ressalte-se, a respeito, a posição de José Roberto dos Santos Bedaque, *in* Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo¹⁴:

“Como a cognição na cautelar é sempre superficial, sumária, o *fumus* e o *periculum* constituem sempre mérito, pois o juiz se contenta com essa análise para deferir ou não a medida. O provimento tem objeto duplice: provável existência do direito que representa o objeto do processo de mérito, e possibilidade de dano.”

¹⁴ ob. cit., p. 110

4 – A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

O instituto da antecipação de tutela é tratado nos artigos 273 e 461 § 3º do Código de Processo Civil, ambos com redação dada pela Lei Federal n.º 8.952/94.

O primeiro dispositivo legal determina que “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 ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

O segundo, que trata da obrigação de fazer ou não fazer, assegurando, no *caput*, a concessão da chamada “tutela específica”, determina que “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu.”

Nelson e Rosa Nery¹⁵ conceituam a tutela antecipatória dos efeitos de mérito da sentença da seguinte forma:

“Tutela antecipatória dos efeitos de mérito da sentença 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. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.”

Pode-se agrupar da seguinte forma os requisitos para a antecipação da tutela genericamente prevista, ou seja, para a figura do art. 273:

- a) requerimento da parte – o artigo veda a antecipação de ofício ao determinar que ela poderá ser concedida “a requerimento da parte”;
- b) existência de prova inequívoca – segundo Araken de Assis¹⁶, “qualquer meio de prova, em geral o documental, capaz de influir, positivamente, no convencimento do juiz, tendo por objeto a verossimilhança da alegação de risco ou o abuso do réu”;
- c) verossimilhança da alegação – plausibilidade do direito alegado;

¹⁵ Código de Processo Civil Comentado, p. 546

¹⁶ Antecipação de tutela, *in* Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, p. 24

d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu – são requisitos alternativos. O primeiro visa evitar o risco de dano, tem caráter de urgência. O segundo tem caráter de punição de ilícito processual: decorre do fato de que, sendo verossímil o direito alegado pelo autor, não pode o réu, usando meios protelatórios, utilizar-se do processo para retardar a percepção desse direito pelo mesmo, obtendo, não raro, vantagens econômicas com tal manobra.

Importante consignar que a antecipação da tutela em razão do abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu não constitui uma forma de tutela de urgência, fugindo ao objeto do presente estudo. De qualquer modo, é interessante observar quando ela teria lugar. Sendo o direito de defesa uma garantia constitucional (art. 5º, LV), torna-se difícil imaginar uma situação concreta na qual se possa afirmar ter havido “abuso” de tal direito.

Para tentar definir situações dessa natureza, Araken de Assis¹⁷ cita exemplos de Luiz Guilherme Marinoni:

- “a) haverá abuso quando, provado o fato constitutivo do pedido (art. 282, I), as exceções substantivas do réu (art. 333, II c/c art. 326) dependem de prova;
- b) o réu não impugnou, de forma específica, certas verbas pleiteadas;
- c) o réu empregou recurso com intuito protelatório (v.g., a parte interpõe embargos de declaração, estimados protelatórios e, em seguida, baseada no voto vencido no julgamento de apelação, embargos infringentes).”

Os pressupostos para se antecipar a tutela específica (prevista no § 3º do art. 461 do Código de Processo Civil) liminarmente ou mediante justificação prévia são:

- a) relevância dos fundamentos – trata-se do mesmo requisito previsto no art. 273 como “verossimilhança da alegação”;
- b) risco de ineficácia do provimento final – também previsto no art. 273 como “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

¹⁷ ob. cit., p. 26

5 – DIFERENÇAS ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A MEDIDA CAUTELAR

Apesar de ambas pertecerem à categoria das tutelas de urgência, a tutela antecipada e a tutela cautelar não se confundem. Resumidamente, pode-se afirmar que a primeira é uma forma de sumarização da cognição com natureza de execução provisória: antecipa a providência de mérito pretendida ou o seu efeito, tendo, assim, cunho satisfativo; enquanto que a segunda, ao antecipar a cognição do juiz, visa assegurar o resultado prático e útil dos processos de execução e de conhecimento, apresentando, assim, cunho instrumental. Traçando-se um paralelo entre ambas, pode-se afirmar que a tutela cautelar é a tutela do processo, enquanto que a tutela antecipada é a tutela do direito material.

Esclarecedoras são as considerações de Nelson e Rosa Nery¹⁸ sobre a matéria:

“A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade do direito afirmado pelo autor, mas tem por objeto conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor).”

Ainda sobre o tema, destaque-se o posicionamento de José Roberto dos Santos Bedaque¹⁹, *in* Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo:

“Não se confunde provimento de mérito com prévia cognição sumária. Ambos estão colocados sob o título procedimentos sumários, mas os provimentos de mérito podem adquirir eficácia definitiva. Os cautelares são provisórios. Também se distinguem em razão do objeto da cognição. Aquele que precede aos primeiros diz respeito ao mérito; a cognição que antecede a tutela cautelar abrange, conforme o tipo de provimento, além da fumaça de mérito, outros elementos ligados à função cautelar, como o perigo da demora.

Segundo opinião dominante da doutrina pátria, tutela cautelar se opõe a satisfativa. A tutela cautelar tem por fim assegurar a realização de uma

¹⁸ ob. cit., p. 546

¹⁹ ob. cit., p. 116

pretensão, enquanto a tutela sumária antecipatória tem por finalidade realizar a própria pretensão.”

Victor A. A. Bonfim Marins²⁰ anota, além dos pontos já aqui destacados, a autonomia processual como ponto de divergência entre tutela cautelar e antecipação de tutela, posto que presente na primeira e inexistente na segunda. Para ele, “o Processo Cautelar foi erigido à categoria de *tertium genus* processual, ao lado dos processos de conhecimento e execução”, caracterizando-se por ser “um processo funcional e estruturalmente autônomo”. Na antecipação de tutela, por outro lado, não há autonomia, já que “só pode ser deferida por decisão interlocutória, inserida em processo satisfativo, vale dizer, vinculada a um pedido e a uma sentença”.

Humberto Theodoro Júnior²¹ considera também a antecipação de tutela uma antecipação da atividade executiva antes da sentença de mérito e ressalta o fato de que os juízes, antes do advento da Lei Federal n.º 8.952/94, utilizavam-se do poder geral de cautela para cumprir função satisfatória que não lhe era própria.

O autor, entretanto, parece-nos que de forma a se distanciar da doutrina dominante, alerta para a inconveniência de uma separação radical entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela, considerando que “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.”

Lembra ele que a antecipação de tutela, no direito pátrio, não pretende enfraquecer a medida cautelar, mas, pelo contrário, calçou-se na necessidade de suprir as lacunas que o sistema dessas medidas apresentava. Nos casos concretos submetidos ao exame do Poder Judiciário, nem sempre a diferença entre as tutelas cautelar e antecipada se apresenta tão nítida como o é na teoria. Assim, considera ele que as atitudes de rigidez conceitual “não condizem, de maneira, alguma, com os objetivos que a ampliação da tutela preventiva visou alcançar, dentro da perspectiva de uma prestação jurisdicional que se afastasse do plano meramente formal para atingir o da realidade material e o da plena efetividade da Justiça.”

²⁰ Antecipação da Tutela e Tutela Cautelar, *in* Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, p.568

²¹ *ob. cit.*, p. 406

6 – A FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES

No que tange à fungibilidades das medidas cautelares, também encontra-se posições doutrinárias diferentes entre si, pelo menos no que se refere à fundamentação legal para a aplicação do princípio.

Nelson Nery Jr. considera que, sendo a ação cautelar instrumental, ou seja, existindo ela para assegurar a ação principal, caso o juiz verifique que a medida solicitada pelo autor não é a correta, pode adequá-la. O que interessa são os motivos de fato invocados, tal como ocorre nas ações possessórias. Trata-se da aplicação do princípio da prevalência do fundo sobre a forma.

O autor chega a tal conclusão ao discorrer sobre o art. 796²² em seu Código de Processo Civil Comentado:

“Princípio da fungibilidade das medidas cautelares. Não sendo o caso de se conceder uma espécie determinada de medida cautelar, pode o juiz aplicar o princípio acima referido e adaptar o pedido do autor, concedendo-lhe a medida que julgar conveniente para o caso.”²³

Já Humberto Theodoro Júnior, a exemplo de outros doutrinadores, encontra a fundamentação para a fungibilidade das medidas cautelares no art. 805²⁴ do Código de Processo Civil. Para ele, esse dispositivo legal é que indica que o legislador adotou o princípio da fungibilidade das medidas cautelares. Veja-se:

“Com o exercício da ação cautelar, a parte provoca a atividade jurisdicional preventiva do Estado, mas, por não corresponder ela a realização de um direito material de cautela (como ocorreria nas hipóteses de garantias reais), o interessado, em regra, não tem especificamente o direito subjetivo a uma determinada prestação.

²² CPC art. 796 – “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no decurso do processo principal e deste é sempre dependente.”

²³ ob. cit., p. 908

²⁴ CPC art. 805 – “A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.”

Fica resguardado ao órgão judicial o poder de determinar qual a medida provisional que mais fielmente desempenhará a função de assegurar a eficiência e a utilidade do processo principal.

O interessado tem, ordinariamente, o direito subjetivo genérico à tutela cautelar. Ao poder judiciário fica reservado a especificação da medida adequada, o que se realiza através da faculdade de modificar a qualquer tempo a providência deferida (art. 807) e de autorizar a substituição dela por caução, sempre que esta for meio adequado para *in concreto* cumprir a missão que toca à tutela cautelar.”²⁵

Como o autor considera que a aplicação do princípio da fungibilidade às medidas cautelares é autorizada pelo art. 805 do Código de Processo Civil, entende que a substituição de cautelar por caução só será possível quando a mesma for idônea, ou seja, quando houver a concorrência da adequação e da suficiência dessa caução, entendendo-se por adequação “a aptidão genérica da caução para desempenhar garantia da mesma natureza da medida anterior” e por suficiência “a sua expressão quantitativa, isto é, o volume apto para, em concreto, cobrir o valor do risco de prejuízo acobertado.”²⁶

Outros doutrinadores, como Nelson Luiz Pinto, entendem que a fungibilidade das medidas cautelares encontra fundamento no art. 798²⁷ do Código de Processo Civil. O dispositivo, além de criar o poder geral de cautela do juiz, ou seja, além de autorizar o juiz a conceder medidas cautelares não previstas no Código de Processo Civil, autorizaria também a concessão de medidas diversas das solicitadas, no caso de revelarem-se estas últimas mais apropriadas ao resguardo do direito invocado:

“Sempre que a parte requerer uma providência cautelar, caso a medida requerida não seja a mais adequada para a proteção do direito da parte, poderá o Juiz determinar a providência que entender adequada e suficiente para a proteção daquele direito, não se limitando aos termos do pedido formulado, senão no âmbito da proteção solicitada pela parte.”²⁸

²⁵ ob. cit., p. 145

²⁶ ob.cit., p. 147

²⁷ CPC 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.”

²⁸ Medidas Cautelares – Poder Geral de Cautela do Juiz, REPRO n.º 59, p. 185

No mesmo sentido, discorre Marcelo Lima Guerra²⁹ que “o entendimento predominante é o que enxerga no mencionado art. 798 a atribuição exclusivamente ao juiz da conformação do conteúdo da medida cautelar inominada, quando cabível, inclusive, se for o caso, concedendo providência diversa da que foi solicitada, desde que mais adequada à situação levada a juízo.”

Admitida a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade às medidas cautelares, qualquer que seja a fundamentação que se dê, o problema que se coloca é a incompatibilidade dessa aplicação com o chamado “princípio da congruência”, que vincula o juiz ao pedido da parte. Referido princípio, insculpido nos arts. 128, 459 e 460 do Código de Processo Civil, apregoa que ao juiz é vedado conceder ou negar algo que não seja exatamente a providência solicitada pela parte.

Em princípio, os dispositivos legais aqui tratados estariam em conflito, uns autorizando a substituição da providência requerida pela parte por outra mais eficaz (art. 796, 798 ou 805, conforme a corrente) e outros vedando o julgamento *ultra* ou *extra petita*.

A solução para tal questão nos é apresentada por Marcelo Lima Guerra, que entende que o artigo que autoriza a aplicação do princípio da fungibilidade – no caso dele, o art. 798 – deve ser interpretado de modo a “corrigir” a contradição com a máxima da vinculação.

Para tanto, o autor distingue o pedido mediato do pedido imediato, o primeiro consistindo no bem da vida pretendido pela parte e o segundo, na providência jurisdicional solicitada para se conseguir esse bem. Em seguida, conclui que o pedido mediato, na ação cautelar “corresponde sempre e só pode corresponder à eliminação de um *periculum in mora*.” Para ele, “o ‘bem da vida’, a ‘vantagem’ que a tutela cautelar pode oferecer e, ao mesmo tempo, o único benefício que através dela se pode obter é e só pode ser a garantia da eficácia de um outro processo, dito principal, precisamente, como é sabido, através da eliminação de determinado *periculum in mora* que esteja pondo em risco a utilidade prática da providência jurisdicional, à preparação da qual se destina o processo.”³⁰ Conclui, assim, que o pedido mediato, na ação cautelar, é sempre do mesmo tipo.

Já o pedido imediato é a providência cautelar específica indicada pelo autor como a mais adequada a alcançar a eliminação do perigo na demora. Pondera ele que “em face da variabilidade natural, e praticamente infinita, de situações concretas que podem configurar

²⁹ Estudos sobre o Processo Cautelar, p. 35

³⁰ ob. cit., p. 37

hipótese de *periculum in mora*, necessitam também ser bastante diversificadas as respectivas providências cautelares. Por isso, como já reclamava Calamandrei, um sistema cautelar efetivo não pode deixar de conter um remédio cautelar atípico, tal como o que é previsto no art. 798 do CPC, a fim de que se possa abranger um espectro o mais amplo possível de situações.”³¹

Fixados esses conceitos, forçoso é admitir que o artigo 798, ao autorizar que o juiz conceda medida diversa da solicitada, contraria os artigos 128, 459 e 460 apenas no que se refere ao pedido imediato. O juiz mantém-se vinculado ao pedido mediato: eliminar o *periculum in mora* invocado. Nesse ponto, chega-se a uma contradição parcial entre os artigos.

Para solucionar, ou, em suas palavras, tolerar o conflito parcial que se apresenta, o autor invoca os seguintes pontos:

1 – As normas estudadas pertencem a um mesmo nível hierárquico, mas o artigo 798 tem um campo de incidência mais restrito que os artigos que positivam o princípio da congruência – 128, 459 e 460: aplica-se apenas ao processo cautelar. Além disso, suspende a vinculação do juiz apenas no que se refere ao pedido imediato.

2 – As medidas cautelares não se prestam a tutelar diretamente direitos subjetivos, não havendo possibilidade de, mediante uma ação cautelar, obter-se uma mudança na situação jurídica (substancial) das partes. O processo cautelar não se presta a adquirir, modificar ou extinguir direitos, o que justifica a opção do legislador em limitar a disponibilidade do processo pelas partes no que se refere ao pedido imediato.

3 – O processo cautelar é instrumental, visa garantir a eficácia do processo dito principal. Nessa instrumentalidade, fica clara a predominância de interesses de ordem pública no processo cautelar. “Sua função específica está manifestamente associada à garantia da ‘correta administração da justiça’, mais que à tutela de interesses particulares, como já se procurou tornar evidente.”³²

4 – Finaliza invocando o art. 805 do Código de Processo Civil: se o juiz pode substituir a medida cautelar por caução de ofício, com maior razão pode conceder medida diversa da solicitada.

³¹ ob. cit., p. 38

³² ob. cit., p. 42

7 – A FUNGIBILIDADE NOS PEDIDOS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

A doutrina é unânime em admitir a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade em sede de medidas cautelares, com divergências apenas no que se refere à fundamentação legal para tanto. O mesmo não ocorre, entretanto, quando se fala em antecipação de tutela.

Inicialmente, há que se ter em mente o princípio da congruência, há pouco mencionado. A sentença não pode veicular matéria estranha ao pedido da parte. Como a antecipação de tutela não tem o caráter instrumental da medida cautelar, sendo satisfativa, o reconhecimento da viabilidade de aplicação do princípio da fungibilidade iria de encontro a tal preceito.

Victor A. A. Bonfim Martins discorre a respeito:

“Outro aspecto a notar (...) é o princípio da congruência, a vinculação necessária entre o conteúdo do pedido e a sentença, de observância imprescindível para a antecipação da tutela, mas dispensável no que respeita à tutela cautelar, por isso que ao trato da cautela prevalece o princípio da fungibilidade, que permite a substituição ou a modificação da medida, a pedido ou de ofício e a qualquer tempo (arts. 805 e 807).”³³

João Batista Lopes³⁴ também fez considerações acerca dos limites da atuação do juiz na antecipação de tutela, estabelecendo-os de forma a demonstrar que entende inviável a aplicação do princípio da fungibilidade na concessão de tal provimento:

- “a) a antecipação não pode ser concedida de ofício (art. 273, *caput*, em harmonia com o art. 2º do CPC);
- b) a tutela concedida antecipadamente não pode ser mais extensa, nem de natureza diversa da constante no pedido inicial;
- c) o autor (ou o réu na reconvenção) deverá oferecer prova inequívoca que confira verossimilhança à alegação (*rectius*, prova segura que revele probabilidade do direito);
- d) a antecipação da tutela não pode ser concedida se houver perigo de irreversibilidade do provimento (*rectius*, dos efeitos práticos do provimento);
- e) em caso de dúvida insuperável, deve o juiz negar a antecipação.”³⁵

³³ ob. cit., p. 569

³⁴ Tutela Antecipada e o art. 273 do CPC, *in* Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, p.219

Araken de Assis, tratando do tema da tutela antecipada em estudo publicado no mesmo livro, também entende que, “diversamente do que ocorre no âmbito da tutela cautelar, a providência antecipatória se adscreverá ao pedido formulado na inicial. Nela vigora o princípio da adstrição do juiz à demanda da parte.”³⁶

Realmente, não há como se entender de outra forma, na medida em que a tutela aqui tratada antecipa os efeitos da sentença de mérito, que não pode, ela própria, conceder provimento diverso daquele constante de pedido da parte, por considerá-lo equivocado.

³⁵ ob. cit., p. 220

³⁶ ob. cit., p. 19

8 – FUNGIBILIDADE ENTRE MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Fixada a premissa de que a aplicação do princípio da fungibilidade é admissível para medidas cautelares e inadmissível para a antecipação de tutela, coloca-se a questão da fungibilidade entre essas duas medidas. Seria possível conceder-se medida cautelar em hipótese em que a medida cabível seria a antecipação da tutela e vice-versa?

Eis o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

“O direito comparado, mormente nas fontes européias, como se vê, não aponta para uma diversidade essencial entre tutela cautelar e tutela antecipatória. Pelo contrário, as reúne como simples espécies de um mesmo gênero de tutela jurisdicional (...)

Longe, pois, de assinalar uma barreira intransponível entre as medidas conservatórias e as antecipatórias, o que se intenta é harmonizá-las como integradas ambas dentro da sistemática e do escopo geral da tutela cautelar.

Não se deve, portanto, indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundiria com medida cautelar, ou rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do mérito da causa. Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que possa, realmente comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com maior rigor, deveriam ser tratadas como cautelares.

O que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.”³⁷

Araken de Assis aborda a questão sob outro ângulo. Em seu estudo intitulado “Fungibilidade das Medidas Inominadas Cautelares e Satisfativas”, aqui já citado, ele defende a possibilidade de fungibilidade entre medidas de urgência (leia-se: medidas cautelares e satisfativas) atípicas.

³⁷ ob. cit., p. 408

O autor coloca a seguinte questão: “na medida em que o legislador brasileiro dispôs, generosamente, várias medidas de urgência típicas (...) e para cada uma delas erigiu severos requisitos de admissibilidade, admitir-se-á a alguém, eventualmente impedido de pleitear a medida típica, em virtude do obstáculo criado por alguma requisito, pleiteá-la de forma atípica, invocando a proteção dos arts. 498 e 273?”³⁸

Reflete ele que uma eventual resposta positiva à pergunta acima teria o condão de tornar o regulamento das medidas típicas letra morta, enquanto que a resposta negativa deixaria desprotegido direito plausível. Conclui que “o caráter supletivo das medidas de urgência atípicas promove problema paralelo, dotado de enorme importância no dia-a-dia, e que consiste na fungibilidade procedimental”.³⁹

O entendimento dominante é o de que a cautela inominada não pode ser deferida se houver dispositivo legal específico prevendo medida cautelar para assegurar aquele direito ameaçado por aquela lesão. Trata-se de um dos limites ao poder geral de cautela do juiz. Entretanto, Araken de Assis considera que “embora o caráter subsidiário da medida atípica se resolva mediante exclusão, o obstáculo desaparece quando são diferentes o direito litigioso a acautelar (ou satisfazer) daquele previsto, abstratamente, na medida típica, ou a ameaça que lhe atinge.”⁴⁰ Ilustra o raciocínio com os créditos ilíquidos, que recaem no âmbito do artigo 798 do Código de Processo Civil por terem natureza diversa do crédito tutelado pelo artigo 814.

O mesmo raciocínio aplica-se, a partir do advento dos arts. 273 e 461, às medidas satisfativas. O autor cita como exemplo o artigo 852 do Código de Processo Civil, que delimita hipóteses taxativas para a concessão de alimentos provisionais. Entretanto, pode haver casos não previstos naquele dispositivo legal nos quais é cabível a concessão de alimentos indenizatórios, como na reparação de dano à pessoa. O art. 273 do Código de Processo Civil autoriza a satisfação dos direitos litigiosos ameaçados, ainda que não previstos como objeto da medida típica.

A medida satisfativa atípica deve ser pleiteada na mesma ação em que é demandada a tutela definitiva, enquanto que a medida cautelar atípica exige a instauração de processo

³⁸ ob.cit., p. 48

³⁹ ob. cit., p. 51

⁴⁰ ob. cit., p. 51

autônomo. Entretanto, como existem casos nos quais a natureza da medida é duvidosa, não se deve considerar essas distinções doutrinárias de maneira tão rígida.

O autor deixa claro que a antecipação de tutela não substituiu o poder geral de cautela, atuando os dois institutos em campos de incidência distintos. “Mas a diretriz de que as medidas cautelares atípicas devem ser requeridas sob forma autônoma e as medidas satisfativas atípicas incidentalmente, não é axioma absoluto.”⁴¹

Demonstra, citando a sustação de protesto, a inconveniência da rigidez doutrinária. O instituto era o maior exemplo de medida cautelar atípica. Após o advento do art. 273, chegou-se à seguinte conclusão: se o autor ingressasse com ação pretendendo a alegação de ilegalidade do protesto, poderia, na mesma demanda, solicitar a sustação liminar daquele protesto a título de antecipação da tutela. Seria a antecipação do pedido formulado.

Por outro lado, em demanda que tem por objeto a obrigação cambial, como, por exemplo, a declaração de inexistência da dívida, a sustação de protesto incidental é considerada nula. Como tem natureza cautelar, deve ser requerida em ação autônoma. Araken de Assis⁴² pondera, porém, que “disso não se infere, nem é corolário necessário, a impossibilidade de requerer a sustação incidentalmente. Quem pode o mais – satisfazer – há de poder o menos – assegurar - , ainda que *incidenter tantum*.” E pergunta, afinal: “Qual a diferença no contexto do procedimento?”, concluindo: “Respeitada a distinção quanto à natureza das medidas, nenhum inconveniente há em se obter simples segurança pela via incidental, exceto em virtude de lastimável formalismo, que contraria a moderna tendência de efetividade do processo civil.”

Considera possível a cumulação de medida cautelar atípica com a ação dita principal porque o procedimento cautelar é estruturalmente idêntico ao procedimento comum, dividindo-se nas mesmas fases, só havendo diferença entre ambos no que se refere à intensidade da cognição. A possibilidade de antecipação de tutela conferida pelo art. 273 torna o cúmulo admissível. Em suas palavras: “a interditalização do procedimento comum, ordinário e sumário, promovida pelo art. 273, acabou com a diferença”⁴³, com a eventual impossibilidade de se reduzir as ações a um procedimento comum.

⁴¹ ob. cit., p. 53

⁴² ob. cit., p. 55

⁴³ ob. cit., p. 55

A situação inversa, ou seja, a concessão autônoma de medidas satisfativas de urgência, também é defendida pelo autor:

“Por outro lado, constitui flagrante contra-senso rejeitar a obtenção de medidas de urgência satisfativas, autonomamente, porque, existindo o art. 273, não há mais lugar para semelhante expediente. A flexibilidade da via incidental não impede, outorgada imprópria natureza satisfativa à sustação, o pedido por via autônoma (...) O emprego do rito errôneo só importa à extinção do processo quando não ‘puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal’ (art. 295, V, 2ª parte, *in fine*). Evidentemente, não é o caso.”⁴⁴

Outro argumento que se coloca é o de que sempre haverá divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza da medida de urgência em certos casos, autorizando tal fato, assim, a duplicidade de meios, como ocorre no instituto dos recursos.

O estudo aqui citado é concluído com a ponderação de que “na realidade, o fundamento comum das medidas de urgência – litisregulação -, combinado à falta de previsão específica da situação de perigo, e, por conseguinte, da medida típica, conduz à fungibilidade procedimental das providências atípicas.”⁴⁵

⁴⁴ ob. cit, p. 55

⁴⁵ ob. cit., p. 56

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. “Antecipação de Tutela”, Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela – Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier, páginas 13 e segs., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

_____. “Fungibilidade das Medidas Inominadas Cautelares e Satisfativas”, Revista de Processo, n.º 100, páginas 33 e segs., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo, Malheiros Editores, São Paulo, 1995.

_____. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência – Tentativa de Sistematização, Malheiros Editores, São Paulo, 1998.

_____. “Considerações sobre a Antecipação da Tutela Jurisdicional”. Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela – Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier, páginas 221 e segs., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

GUERRA, Marcelo Lima. Estudos sobre o Processo Cautelar, Malheiros Editores, São Paulo, 1995.

LOPES, João Batista. “Tutela Antecipada e o art. 273 do CPC.” Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela – Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier, páginas 204 e segs., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

MARINS, Victor A. A. Bonfim. “Antecipação de Tutela e Tutela Cautelar.” Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela – Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier, páginas 556 e segs., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil, vol. 4, Editora Bookseller, Campinas, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. “Procedimentos e Tutela Antecipatória”. Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela – Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier, páginas 380 e segs., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

_____ e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

PINTO, Néelson Luiz. “Medidas Cautelares – Poder Cautelar Geral do Juiz”. Revista de Processo, n.º 59, páginas 179 e segs., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

PROTO PISANI, Andrea. “Sulla tutela giurisdizionale differenziata.” Rivista di Diritto Processuale, ano XXXIV, n.º 4, 1979.

SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil, vol. 3, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

_____. Do Processo Cautelar, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998.

_____. “O Processo Civil e sua Recente Reforma.” Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela – Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier, páginas 413 e segs., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. Tutela Jurisdicional Diferenciada – Tutelas de Urgência e Medidas Liminares em Geral, Malheiros Editores, São Paulo, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar, Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1998.

_____. “Tutela Antecipada.” Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela – Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier, páginas 181 e segs., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Da Liberdade do Juiz na Concessão de Liminares e a Tutela Antecipatória.” Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela – Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier, páginas 483 e segs., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.