ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE: A EXEGESE DO § 7º DO ART. 273 DO CPC

ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF FUNGIBILITY: THE EXEGESIS OF § 7 OF ART. 273 OF THE CPC

Glaydstone de Albuquerque Rocha*
Sérvulo Nogueira Neto*

RESUMO: Notória é a impossibilidade do poder judiciário em prover uma prestação jurisdicional mais célere, de forma que só resta ao jurisdicionado a busca por instrumentos que proporcionem maior rapidez nas decisões judiciais. Por vezes ocorre de o operador do direito, no âmago de ver sua pretensão rapidamente provida, aplicar erroneamente as tutelas de urgência confundindo-as, vindo a inclusão do §7º do art. 273 do CPC, pela Lei nº 10.444/02, a diminuir os danos causados por essas falhas e por vezes anulá-los, desde que corretamente utilizados.
Palavras-chave: Fungibilidade. Antecipação de Tutela. Medida Cautelar. Economia Processual. Instrumentalidade. Fungibilidade regressiva.

ABSTRACT: Noteworthy is the inability of the judiciary in providing a more rapid adjudication, so that there is only the option for the part to search for instruments that provide greater speed in judicial decisions. Sometimes the operator of law, willing to see the claim quickly solved, erroneously applies the emergency restraints of mortgage confusing them, appearing the inclusion of § 7 of art. 273 of the CPC, by Law No. 10.444/02, to reduce the damage caused by these faults and sometimes leave them behind, if properly used.
Keywords: Fungibility. Restraint of mortgage. Injunctive Relief. Procedural economy. Instrumentality. Regressive fungibility.

* Acadêmicos do 8º período do Curso de Graduação em Direito da Universidade Potiguar – UnP.

1 INTRODUÇÃO

Na vida moderna, onde se busca, cada vez mais, a máxima eficiência e maior celeridade em todos os aspectos do cotidiano, não se podia esperar que esse anseio não viesse a atingir diretamente o direito, como de fato o fez.

Entretanto, de que forma o estado-juiz poderia atender a essa reivindicação social se não possuía os meios pelos quais poderia atender de pronto um pedido realizado pelo jurisdicionado, nem tampouco acelerar o término do processo com seu rito ordinário, seja pela falta de efetivo e pela sobrecarga de processo ou mesmo pela procrastinação infringida pelos advogados das partes.

Dessa forma, acertadamente, veio o legislador pátrio a adotar no sistema jurídico nacional as chamadas tutelas de urgência que, pela própria natureza social do direito, ganhou novos contornos, de acordo com a necessidade da sociedade. Ocorre que, por vezes, ao se ampliar um direito ao jurisdicionado, esse pode vir a colidir com outro já existente, causando verdadeira perturbação ao meio jurídico-social. Foi exatamente o que ocorreu com a redação do art. 273 do CPC dada pela Lei nº 8.952/94, confrontando-se, em certas ocasiões, com as já conhecidas medidas cautelares. Verificada essa situação, o legislador resolveu em parte a questão acrescendo o §7º ao pré-falado art. 273, criando assim a fungibilidade entre a antecipação de tutela e as medidas cautelares.

2 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

O Direito Processual Civil Brasileiro é composto de três tipos de processo, quais sejam o de conhecimento, o de execução e o cautelar.

O processo de conhecimento visa primordialmente o pronunciamento judicial em que o estado-juiz realiza a subsunção, tendo por base uma situação de fato que necessita de largo e demorado período probatório respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, versando sobre os fatos alegados até o convencimento do magistrado e a confecção de sentença de mérito. Mesmo com a reforma trazida pela Lei 11.232/05, a qual implantou

o que se chama sincretismo processual, onde a execução da sentença dar-se como sendo mais uma fase processual, tal procedimento é demasiadamente demorado, e isso, aliado à ardilosidade de alguns defensores, faz com que esses processo cheguem a se arrastar por anos e anos.

Como esperado, a sociedade buscou meios para a agilização desse processo, criando assim a antecipação da tutela, medida através da qual estando configurada a verossimilhança do direito alegado aliado ao *periculum in mora*, poderá o magistrado antecipar total ou parcialmente o pleito pretendido.

A Lei 8.952/1994 deu nova redação ao Art. 273 do Código de Processo Civil, que passou a ter a seguinte disposição:

> 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.
> I- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
> II- fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Trata-se de instituto que veio possibilitar à parte a antecipação do bem de vida que se pretende ao final do processo, visto que não há sentido de que a parte sendo detentora do direito, veja-o retido, o que por si só poderia causar um dano. O mestre DINAMARCO bem explicita que:

> No direito moderno, a realidade dos pleitos judiciais e a angústia das longas esperas são fatores de desprestígio do Poder Judiciário (como se a culpa fosse só sua) e de sofrimento pessoal dos que necessitam da tutela jurisdicional. Fala-se do binômio custo-duração como o eixo em torno do qual gravitam todos os males da justiça contemporânea (Vincenzo Vigoritti) e com toda a autoridade já foi dito, em sugestiva imagem, que o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas (Carnelutti). Acelerar resultados do processo é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional.[1]

1 MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Refletindo sobre a antecipação dos efeitos da tutela.** Site do Curso de Direito da UFSM.

É importante sabermos que, para o referido instituto vir a ser concedido não basta apenas que as partes a requeiram sem nenhum fundamento, pois, como se sabe, a Tutela Antecipada como instrumento disponível pelo processo civil, assim como todos os outros, necessitam de preencher todos os requisitos que lhe forem exigidos. Portanto, qualquer parte em processo que tem o seu direito constitucional de ação exercitado poderá, no bojo do mesmo, seja na inicial, seja no curso do processo, requerer a "antecipação dos efeitos da sentença de mérito", melhor explicando, poderá pleitear, desde que consiga demonstrar (após preenchido os requisitos exigidos) ao juiz, que este o conceda, no todo ou até mesmo em parte, a concretização de seu direito que só lhe seria devido após toda a delação processual.

2.1 PRESSUPOSTOS

Os requisitos para a concessão da Antecipação de Tutela foram disciplinados de forma expressa no Código de Processo Civil, onde o legislador faz menção da existência de prova inequívoca e que haja alegações verossímeis para uma possível concessão, além do perigo na demora do provimento.

No que tange a prova inequívoca, esta deve ser tratada com uma maior atenção, face a existência de controvérsias levantadas pelos autores sobre a sua possibilidade de existência ou não. Alguns entendem que não existe prova inequívoca, que por mais contundente que seja, ainda assim não se pode lhe atribuir certeza. Sobre o tema, bem leciona o prof. Misael Montenegro Filho[2] que: "nenhuma prova é inequívoca, o que nos faz concluir que o legislador foi infeliz no emprego da expressão contida no caput do art. 273 da Lei de Ritos. Mesmo o DNA, que aponta a paternidade num grau superior a 99%, pode ser visto como prova inequívoca".

É nesta linha de raciocínio exarada pelo professor que chegamos a concordar em alguns pontos que foram explanados pelo mesmo, portanto, entendemos não existir realmente uma necessidade de que se prove de forma concreta a existência real do direito alegado. Podemos imaginar que a prova inequívoca seja, como bem diz Misael , um meio-termo entre a real certeza

2 MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 54. . v. 3.

e o simples *fumus boni juris*, onde aquele diz que: *"a prova inequívoca da verossimilhança da alegação póe-se no meio-termo entre o mero fumus boni juris e a certeza, obtida pelo magistrado após o término da fase de instrução probatória, autorizando-o a prolatar sentença judicial devidamente fundamentada*[3] *".*

Presentes os requisitos explanados, o juiz deverá conceder a tutela nos limites do pedido formulado pelo autor, onde a tutela será prestada no início do processo, ou no curso deste, inaudita altera parte ou mesmo após a citação do réu.

É importante lembrar que mesmo que o juiz se convença e antecipe os efeitos da tutela, nada impedirá que, ao final da ação, certifique-se de que já não se encontram presentes os mesmos fundamentos que o autorizaram a conceder a medida, retratando-se, vindo a revogar tal medida.

3 MEDIDA CAUTELAR

Devido a demora verificada no processo, surge o receio de que ao término da cognição exauriente venha-se a confeccionar uma sentença sem utilidade prática ao jurisdicionado, ficando o mesmo com a sensação de que " ganhou, mas não levou", o que vem a gerar descrédito no Poder Judiciário. É para evitar essa situação constrangedora ao judiciário que se adotou o processo cautelar, que visa à obtenção de garantir a eficácia plena do provimento jurisdicional, seja no processo de conhecimento ou de execução.

As ações cautelares, diferentemente do que ocorre na Antecipação de tutela, não é requerida nos próprios autos da ação de conhecimento, sendo disciplinada pelo Código de Processo no livro III referente ao Processo Cautelar. Trata-se, portanto, de processo autônomo que tem total independência face o processo de cognição, não obstante, pelo fato de em alguns casos a própria natureza e efeitos do provimento serem praticamente idênticas, são bastante parecidas chegando, em alguns casos, a serem confundidas quanto à utilização do instituto que melhor se adeqüe para o caso.

Sendo assim, necessário se faz a utilização de um mecanismo instrumental que possa garantir a segurança do que se pretende, que com a

3 MONTENEGRO FILHO, 2005, p. 55.

dilação propiciada pelo processo de conhecimento não venham resistir. Daí porque sempre que pendente a existência das circunstâncias já mencionadas, pode a parte fazer-se valer de tal instituto. A utilização da ação cautelar será possível desde que a parte se utilizando deste meio, demonstre a existência da *fumaça do bom direito e o perigo da demora*.

Os requisitos para concessão da medida cautelar, diferentemente dos requisitos da Tutela Antecipada, podem ser apreciados de forma mais superficial, já que a medida pleiteada é de cunho meramente assecuratório e não satisfativa, onde a parte deverá demonstrar no bojo da ação principal a existência realmente do direito pleiteado.

Portanto, como bem acentua o professor Nelson Nery Júnior[4]: *"A finalidade do processo cautelar é assegurar o resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução"*.

4 DISTINÇÃO ENTRE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E CAUTELAR

A principal distinção que se pode fazer entre ambas as medidas, a cautelar e a antecipação de tutela, está no fato de esta ter caráter satisfativo, ao passo que naquela esse é de prevenção, nos dizeres de Dayse Coelho,

> O procedimento cautelar tem função preventiva, tendo como objetivo jurídico específico garantir o resultado útil do processo cognitivo, de modo que não influa na decisão de mérito final da lide, que ocorre no processo principal já a antecipação da tutela tem a mesma natureza e o objeto da decisão definitiva[5].

A falta da distinção entre a Antecipação de Tutela e o Processo Cautelar, por parte dos operadores do direito, é conseqüência direta de uma visão preocupada apenas com o direito processual, não importando o resultado

4 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**.

5 ALMEIDA, Dayse Coelho de. **A fungibilidade e a tutela antecipada no Direito Processual Civil moderno**: tonalidade inovadora da Lei nº 10.444/2002. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 358, 30 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5400>. Acesso em: 08 jul. 2006.

prático das ações. Decerto, o que se tem de ter em mente é que de nada adiantará uma distinção mais aprofundada entre as medidas, de vez que a melhor solução seria tratar a ambas como tutelas de urgência, visto trazerem o mesmo resultado, a celeridade processual.

Coadunando está o pensamento de MARINONI, para quem:

> A falta de distinção entre tutela antecipatória e tutela cautelar é resultado de uma visão panprocessualista, onde não importa o resultado que a tutela jurisdicional proporciona ao consumidor do serviço jurisdicional, mas apenas as características formais e de ordem processual que permitem sua identificação e conseqüente classificação. Ou melhor: não conseguir distinguir tutela antecipatória de tutela cautelar é apenas uma conseqüência lógica de não se classificarem as tutelas finais[6].

Assim o que se propõe é que se classificassem ambas em um gênero, o das tutelas de urgência, da qual seriam, a antecipação de tutela e o procedimento cautelar, espécies.

5 DA FUNGIBILIDADE

A fungibilidade é característica intrínseca dos bens móveis de acordo com o art. 85 do *Codex Civile*, *in verbis*: " *São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade*".

Do magistério de VENOSA, são "*bens fungíveis aqueles que podem ser substituídos por outros do mesmo gênero, qualidade e quantidade.*"

Ao contrário do que à primeira vista possa parecer, a fungibilidade processual é algo relativamente antigo, uma vez que já há muito é utilizado com relação aos recursos notadamente no art. 810 do Código de Processo Civil de 1939, traçando a possibilidade de conhecimento de recurso intentado no lugar de outro, excetuando-se os casos de má-fé ou erro grosseiro. Atualmente esse princípio ganhou novos contornos, visando a atender os princípios da economia e da celeridade processual.

6 MARINONI; ARENHART, 2004, p. 265.

6 PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE INSERTO NO §7º DO ART. 273 DO CPC

Após alteração do art. 273, CPC dado pela Lei nº 8.952/94, criou-se na seara processual verdadeira celeuma no que tange à utilização da antecipação de tutela e do procedimento cautelar, assim fez-se novamente necessária a intervenção do legislador através da Lei nº 10.444/02, para dar nova leitura ao princípio da fungibilidade através do § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil.

Princípios, para Vicente Greco Filho, são proposições de caráter genérico que informam uma ciência ou ramo de uma ciência.

O princípio da fungibilidade decorre diretamente de outros dois princípios: o da instrumentalidade, por meio do qual a ordem jurídica substancial se impõe em casos concretos, e o da economia processual, que prega uma proporção entre os fins pretendidos e os meios empregados.

Para PELLEGRINI, *"o princípio da economia preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais."*.

Nas palavras de José de Albuquerque Rocha, existe ainda o princípio da "*tempestividade da prestação jurisdicional "*, significando " *que as partes têm direito a um processo sem dilações indevidas"*[7] da leitura do qual também se extrai a fungibilidade das medidas processuais.

Dessa forma, tem-se que o legislador ao possibilitar a fungibilidade entre a antecipação de tutela e as medidas cautelares preferiu o objetivo desses atos ao ato em si, fugindo do positivismo exarcebado vigente até então.

Vejamos o dispositivo legal do § 7º do art 273, do CPC, *ipsis litteris*:

> 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:
> [...]
> §7º - Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providências de natureza cautelar, poderá o juiz, quando

7 ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo.** 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.120.

> presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Do texto legal, verifica-se, de pronto, o princípio da fungibilidade entre a antecipação de tutela e a medida cautelar. Assim, se o autor confundir o caso de cabimento da antecipação de tutela requerendo essa em vez da medida cautelar, o juiz poderá conceder a medida cautelar presentes os requisitos legais e os pressupostos inerentes à matéria, deferir a medida em caráter incidental.

Demonstra grandiosa contribuição ao tema o prof. Oswaldo Pereira[8], em seu artigo "Tutela Cautelar e Tutela de Urgência", quando diz:

> A inclusão do supracitado parágrafo demonstrou que o legislador procurou assegurar menor formalidade ao processo e, desta forma, otimizar a atuação do judiciário no que tange às medidas urgentes. Com o novo dispositivo, ao deparar-se o magistrado com um pedido de antecipação de tutela que possua natureza marcadamente cautelar, poderá de ofício recebê-lo como medida cautelar, analisando-o como tal e, se atendidas suas especificações, concedê-lo à parte.

Dessa interpretação pode-se dizer ainda que o princípio da fungibilidade decorre também do poder geral de cautela. Dessa forma, se o juiz poderia, a qualquer tempo e quando entendesse necessário, determinar medida de natureza cautelar, nada o impede de o determinar baseado em um pedido da parte interessada, mesmo que esse tenha sido feito de forma errônea.

Não obstante, há na doutrina divergência acerca da possibilidade da mão-dupla na fungibilidade. Assim, se o jurisdicionado requisitasse, a título de medida cautelar, providência de natureza antecipatória, poderia o juiz deferir presentes os pressupostos de admissibilidade?

A doutrina dominante entende que pelo bem da segurança jurídica, bem como em respeito ao positivismo, não seria possível essa prestação, uma vez que se poderia estar criando um verdadeiro "processo antecipató-

8 LIMA JUNIOR, Oswaldo Pereira de. Tutela cautelar e tutela antecipatória: tutelas de urgência fungíveis. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 358, 30 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5403>. Acesso em: 08 jul. 2006.

rio". Tal doutrina traz como principal expoente o prof. Misael Montenegro, o qual entende que não é possível tal concessão, já que não está o juiz expressamente autorizado pelo legislador, que apenas se referiu da fungibilidade da Tutela Antecipada para a Cautelar.

No entanto, outra parte da doutrina defende sua possibilidade em caso de extrema urgência, para que não se incuta excessivo prejuízo ao autor. É o caso de Dinamarco, que entende caber sim tal fungibilidade, fundamentando-se na premissa de que *"quem pode o mais pode o menos"*. Outro defensor de tal posicionamento é Nelson Nery Junior, o qual afirma que, tendo a cautelar pretendida natureza satisfativa e sendo o caso de Antecipação de Tutela, o Juiz estaria autorizado a concedê-la.

Analisemos as proposições. O princípio da fungibilidade, baseado nos princípios da economia processual e instrumentalidade das formas, ganhou nova roupagem para trazer maior celeridade ao processo e evitar que o jurisdicionado sofra prejuízos que poderiam ser evitados simplesmente abandonando-se o formalismo do processo, então, não faria sentido algum negar provimento ao jurisdicionado que está na iminência de ver ferido seu direito material exclusivamente para que se cumpra um formalismo incutido por uma norma que se sabe não poderia abranger a todos os fatos jurídicos possíveis.

Verifica-se, pois, que com o devido respeito a quem entende de maneira diversa, entendemos que somente no caso de extrema urgência poder-se-ia cogitar a utilização da mão-dupla na fungibilidade.

Em mesmo sentido estão os ensinamentos de Wambier,

> [...] em casos urgentes, o juiz não pode deixar de conceder a medida simplesmente por entender que ela não foi requerida pela via que reputa cabível. Nessa hipótese, se presentes os requisitos, o juiz tem o dever de conceder a tutela urgente pretendida e, se for o caso, mandar a parte posteriormente adaptar ou corrigir a medida proposta.[9]

Assim, tem-se que a regra é apenas a possibilidade de concessão do

9 WAMBIER, Luis Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 332. v.1.

que a doutrina convencionou chamar de fungibilidade regressiva, sendo a mão-dupla exceção a essa regra.

7 CONCLUSÃO

Apesar do sincretismo processual, introduzido pela Lei nº 11.232/05, a antecipação de tutela é medida que continua vigente na órbita processual, servindo para evitar prejuízos pela demora na prestação jurisdicional.

As medidas cautelares visam resguardar o provimento final.

Há um gênero das tutelas de urgência da qual seriam a antecipação de tutela e o procedimento cautelar, espécies.

O Princípio da fungibilidade processual decorre dos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas.

A concessão da fungibilidade regressiva é a regra, ao passo que a fungibilidade de mão dupla é a exceção.

É imperioso que se dê a cada um o que é seu, sem apegos ao formalismo e ao positivismo exacerbado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fungibilidade e a tutela antecipada no Direito Processual Civil moderno: tonalidade inovadora da Lei nº 10.444/2002. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 358, 30 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5400>. Acesso em: 08 jul. 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA JUNIOR, Oswaldo Pereira de. Tutela cautelar e tutela antecipatória: tutelas de urgência fungíveis. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 358, 30 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5403>. Acesso em: 08 jul. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Refletindo sobre a antecipação dos efeitos da tutela**. Disponível em: <http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-civil/mezzomo_anteftutela.htm>. Acesso em: 08 jul. 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. v. 3.

NERY, Nelson Júnior; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**: e Legislação extravagante. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TIMBÓ, Bruna. A fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar: mão dupla. **Direito Net**. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/18/1918/>. Acesso em: 08 jul. 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Luis Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; Talamini, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1, 2.