



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

TIAGO CÉSAR DE ABRANTES OLÍMPIO

INOVAÇÕES DA LEI N° 10.444/2002:  
O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E A TUTELA ANTECIPADA

SOUSA - PB  
2004

TIAGO CÉSAR DE ABRANTES OLÍMPIO

INOVAÇÕES DA LEI Nº 10.444/2002:  
O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E A TUTELA ANTECIPADA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor José Gutemberg Gomes Lacerda.

Coorientadora: Prof<sup>a</sup> Ma. Giorgia Petruce Lacerda e Silva Abrantes.

SOUSA - PB  
2004

TIAGO CÉSAR DE ABRANTES OLÍMPIO

INOVAÇÕES DA LEI Nº 10.444/2002: O PRINCÍPIO DA  
FUNGIBILIDADE E A TUTELA ANTECIPADA

BANCA EXAMINADORA

\_\_\_\_\_  
Professor José Gutemberg Gomes Lacerda (Orientador)  
Professora MS Giorgia Petrucce L. e S. Abrantes (Co-orientadora)

\_\_\_\_\_  
Professor (a) \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Professor (a) \_\_\_\_\_

Sousa-PB  
dezembro/2004

Dedico

Àquela que me ajudou e me  
incentivou a lutar sem nunca  
desistir, amando-me  
eternamente, minha esposa.

## Agradecimentos

Agradeço a Deus por me dar coragem e força, depois, àqueles que estiveram sempre ao meu lado nessa grande luta, principalmente, minha mãe e minha esposa.

## RESUMO

A pesquisa realizada é de natureza teórica, procedida de forma direta, numa abordagem de cunho dialético. Seu objeto consiste no estudo da inovação trazida pela Lei nº 10.444/2002, que inseriu no artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro, entre outros, o parágrafo 7º, o qual reza: "Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado". O tema desenvolvido denomina-se: "Inovações da Lei nº 10.444/2002: O Princípio da Fungibilidade e a Tutela Antecipada". Durante a investigação pretendeu-se, como objetivos: estudar o instituto da tutela antecipada em seus aspectos gerais; estabelecer diferenças entre a tutela cautelar e antecipatória; examinar o princípio da fungibilidade e sua aplicabilidade no Direito Processual Civil brasileiro e analisar a atividade de hermenêutica do parágrafo 7º do artigo 273 do mesmo diploma legal, diante das controvérsias de sua aplicação e do significado da fungibilidade na tutela antecipada. Tudo de molde a verificar como se dá a concessão de um pedido de natureza antecipatória, estando presentes os requisitos e pressupostos de uma cautelar incidente em processo de conhecimento. O referencial teórico que fundamenta a pesquisa compõe-se do texto da Lei nº 10.444/2002, de obras de autores nacionais, informações contidas em artigos publicados nas revistas especializadas e em sites da internet. À consecução da atividade proposta, apresentou-se oportuna a utilização dos métodos bibliográfico e de estudo comparativo, e apropriada a coleta de dados através de pesquisa documental. Encerrada a pesquisa, houve a confirmação do problema e hipótese previamente elaborados, quais sejam: problema – É pacífica a interpretação do parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, no tocante à concessão de uma tutela por outra? Hipótese – Hodiernamente, apesar da confusão presente na atividade dos operadores do Direito, e a despeito da nem sempre correta interpretação do parágrafo 7º do artigo 273, nota-se a eficiência da inovação trazida ao ordenamento jurídico, que já torna o curso do processo mais célere e a prestação jurisdicional útil e justa.

**Palavras Chaves: Concessão, tutela antecipada, medida cautelar, princípio da fungibilidade, hermenêutica.**

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA.....	11
1.1 Historicidade .....	11
1.2 Conceito e natureza jurídica .....	13
1.3 Aspectos divergentes das tutelas emergenciais (cautelares e antecipatórias).....	16
1.4 Tutela antecipada e a Constituição Federal de 1988.....	18
1.5 O artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro e a tutela antecipada no direito comparado .....	20
CAPÍTULO 2 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E SEUS HORIZONTES NO DIREITO BRASILEIRO.....	27
2.1 Conceito e natureza jurídica .....	27
2.2 Aspectos doutrinários e legais.....	29
2.3 Aplicabilidade no Direito Processual Civil brasileiro .....	31
CAPÍTULO 3 HERMENÊUTICA DO PARÁGRAFO 7º DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	36
3.1 A lei nº 10.444/2002 e o artigo 273, parágrafo 7º, do Código de Processo Civil brasileiro .....	36
3.2 As disparidades da aplicação inversa do parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo civil .....	41
3.3 O significado de fungibilidade na tutela antecipada.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48
ANEXOS.....	51

## INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico, periodicamente, sofre inovações na busca de harmonizar a realização dos negócios jurídicos e regular a forma pacífica de solução dos litígios, ante o interesse público e para o bom funcionamento da Justiça.

A concretude do que se afirma é observada diante da preocupação dos processualistas modernos com a eficácia, utilidade e celeridade do procedimento judicial, surgindo em meio aos estudiosos do Direito a certeza de que o formalismo exagerado é um perigoso fator de prejuízo, a incidir no provimento requerido pela parte na busca de seu direito.

O Código de Processo Civil vigente, desde sua promulgação até as épocas hodiernas, passou por uma série de reformas e, dentre estas, aquela operada em 1994 com a Lei de nº 8.952, que introduziu no ordenamento jurídico pátrio o instituto da tutela antecipada de forma geral, consignando-o no bojo do artigo 273 daquele diploma legal.

Destarte, a doutrina e a jurisprudência, preocupadas com a instrumentalidade das formas e a efetividade da prestação jurisdicional, dado o rigorismo com que se manejava o artigo supramencionado - ocasionando demora na resolução dos litígios - passaram a propugnar pela inclusão de um princípio hábil a ser aplicado na concessão das tutelas ali preceituadas.

Com efeito, atento ao que estava acontecendo, o legislador tornou expressa a possibilidade de concessão de uma tutela emergencial por outra - com a utilização do princípio da fungibilidade - o que veio à tona com o novo parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 10.444/2002.

Portanto, o tema do presente trabalho intitula-se Inovações da Lei nº 10.444/2002: o princípio da fungibilidade e a tutela antecipada.

À guisa de objetivos, pretende-se: proceder ao estudo do instituto da tutela antecipada em seus aspectos gerais; estabelecer diferenças entre a tutela cautelar e antecipatória; examinar o princípio da fungibilidade e sua aplicabilidade no Direito Processual Civil brasileiro e, por fim, analisar a atividade de hermenêutica do parágrafo 7º do artigo 273 do mesmo caderno processual, diante das controvérsias presentes em sua aplicação e do significado da fungibilidade para a concessão da tutela antecipada.

Tal atividade de investigação científica nortear-se-á pela utilização dos métodos bibliográfico e de estudo comparativo, e a coleta de dados será efetivada através da pesquisa documental.

O problema a ser solucionado no decorrer da pesquisa reside na interpretação conferida ao parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, no tocante à concessão de uma tutela por outra, em cuja seara se pode concluir, por hipótese, que há confusão na atividade dos operadores do Direito, o que não eiva de ineficiência a inovação trazida ao ordenamento jurídico, que já torna o curso do processo mais célere e a prestação jurisdicional útil e justa.

Daí a necessidade de se perscrutar sobre este tema, haja vista o interesse da Academia e dos operadores e estudiosos do Direito em apreender o conteúdo e a melhor forma de trabalhar com este importante mecanismo.

No primeiro capítulo abordar-se-á o aspecto histórico da tutela antecipada, percorrendo seu conceito e natureza jurídica e se apontando as similitudes e divergências postas entre as tutelas antecipada e cautelar. Na oportunidade, far-se-á

um estudo da tutela antecipada em relação à Constituição Federal de 1988, traçando, por fim, um paralelo entre o artigo 273 e os ditames do Direito Comparado.

Em um segundo momento, pretende-se estudar o princípio da fungibilidade em todos os seus aspectos doutrinários e legais, consoante sua aplicação no Direito Processual Civil brasileiro.

Por fim, tratar-se-á da problemática maior que se alui ao tema proposto, explorando acerca da hermenêutica do parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, e investigando sobre as disparidades presentes na hipótese de aplicação inversa do mesmo dispositivo, como também sobre o real significado da fungibilidade na tutela antecipada perante o ordenamento jurídico brasileiro.

## CAPÍTULO 1 O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA

### 1.1 Historicidade

O exacerbado número de conflitos de interesses, postos no âmbito dos negócios jurídicos e os mecanismos dotados de morosidade utilizados com o fito de alcançar-lhes a solução direcionaram, desde sempre, a *mens legislatoris* para o estudo de formas mais céleres de se fazer Justiça, tendo sido o instituto da tutela liminar o mecanismo basilar desse trabalho.

Atuar no mister de impulsionar os caminhos da Justiça no sentido de uma prestação jurisdicional mais eficaz é, pois, um anseio e realidade vivenciada de maneira uniforme em todo o mundo, haja vista as estruturas jurídicas arcaicas que já se têm revelado inadequadas ao atendimento das necessidades dos jurisdicionados.

Nesse diapasão, o instituto da tutela antecipada tem sua gênese remota no âmbito do direito europeu, particularmente no direito italiano, restando inserto na noção de poder geral de cautela do juiz, tudo como fonte norteadora das tutelas de urgência.

De conformidade com registros encontrados acerca de estudos realizados sobre o assunto, anteriores à doutrina italiana, mais precisamente no início do século XX e através dos ensinamentos do professor da Universidade de Roma Giuseppe Chiovenda, os doutrinadores do Direito passaram a se preocupar com a tutela assecuratória.

A fim de enumerar os provimentos cautelares presentes no ordenamento jurídico italiano à sua época, o nobre e renomado professor Piero Calamandrei (*apud* SILVEIRA 2002) classificou-os em: 1.) procedimentos instrutórios antecipados;

2.) procedimentos dirigidos a assegurar a execução forçada; 3.) antecipação dos provimentos decisórios; e 4.) cauções processuais. Outrossim, culmina por dissertar sobre a possibilidade de se adotar procedimentos cautelares diversos dos previstos em lei.

Destarte, o estudo processual europeu não alimentou forte diferenciação entre os remédios emergenciais a ponto de distanciá-los radicalmente, como se desconhecidos fossem, isto porque, tanto o instituto em estudo quanto os demais tinham como função primordial afastar o já conhecido *periculum in mora*.

De acordo com João José Custódio (2003, p. 04):

Enfocando a codificação processual civil italiana onde não há disciplina específica de antecipação de tutela, nota-se na sistematização dos procedimentos cautelares (capo III) dispositivo genérico, qual seja, artigo 700 (Sezione V; dei provvedimenti d'urgenza), destinado a situações de urgência não tratadas de forma individualizada. Tais casos encontrariam amparo no texto não só para provimentos conservativos, mas também antecipatórios, na conformidade de entendimento doutrinário que alargou sua incidência. Daí o aceno de irrelevância para processualistas italianos sobre a distinção temática entre os provimentos urgentes.

No Brasil, o Código de Processo Civil foi criado com fulcro nas diretrizes da dogmática italiana, tudo de molde a revolucionar a processualística cível quanto à técnica processual e à correta estruturação e aplicação dos institutos.

A par da absorção desse aparato inédito na esfera jurídica pátria, trataram logo os juristas de iniciar um grande círculo de reformas, no intuito de propiciar ao direito brasileiro a sistematização evolutiva do caminho à Justiça, desde a promulgação em 1973. Todavia, diante da crise em que se encontrava o poder judiciário e apesar das novas descobertas realizadas, vislumbrou-se outras inúmeras reformas no Código de Processo Civil, entre elas a publicação da Lei 8.952/94, pela qual adveio o instituto da tutela antecipada.

Em estudo realizado pela advogada Eloína Corrêa (2002, p. 05) observa-se que:

Dois pontos receberam mais atenção da Comissão Revisora, devido à importância que exercem no ordenamento processual, quais sejam: a) a tutela antecipada no processo do conhecimento, disposta no art. 273; b) a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, contida do art. 461.

Cumprido ressaltar que a inclusão de tais pontos como instrumentos inéditos dentro da processualística civil não tem o condão de extinguir o procedimento cautelar, mas tão somente aprimorar e complementar o elenco das tutelas emergenciais.

Temeroso diante deste ineditismo encontrava-se o legislador, cujo pensamento, ainda cristalizado numa gama de procedimentos lentos e presos a um processo sem efetividade, adequação e utilidade, mantinha-se inerte e não se dava conta de que esta novidade iria facultar tutelas provisórias ao autor, ainda que em caráter parcial, antecipando-lhe o gozo de um direito que antes só se podia alcançar nas decisões prolatadas ao final da lide.

## 1.2 Conceito e natureza jurídica

A tutela antecipatória reflete a esperança em meio às turbulências que integram o sistema jurisdicional brasileiro, tratando-se de instrumento que, se devidamente utilizado, conferirá verdadeiro e salutar impulso na restauração do princípio da igualdade no procedimento. Nos melhores dizeres, configura uma distribuição do ônus – tempo, dentro do processo de conhecimento.

A extensa gama de estudiosos que tentam formalizar um conceito capaz de traduzir a essência do instituto, revela a sua extensão e utilidade dentro da hodierna

processualística civil.

Os ditames do artigo 273 do Código de Processo Civil trazem a totalidade de elementos necessários à análise do instituto:

Art. 273. 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: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

A interpretação do artigo 273 do Código de Processo Civil deve ser procedida em caráter restritivo, porque a tutela nele contida deve ser entendida como forma excepcional de prestação jurisdicional em todos os seus fundamentos, não obstante a antecipação dos efeitos da sentença meritória.

Nelson Nery (2003, p. 646) conceitua a tutela antecipada como “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”.

Acerca do instituto da tutela antecipada, escreve Humberto Theodoro Júnior (1997, p. 606) que:

Diz-se na espécie que há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder à parte um provimento que, de ordinário, somente deveria ocorrer depois de exaurida à apreciação de toda a controvérsia e prolatada a sentença definitiva.

Note-se que o objeto da antecipação deve ser a própria medida requerida pelo autor, permitindo-lhe o exercício do próprio direito pleiteado na peça vestibular. No entanto, a decisão em que o juiz lhe concede provisoriamente o benefício

conterá, no máximo, o mesmo conteúdo tratado na sentença que o entrega em definitivo.

A natureza jurídica da tutela antecipada é tratada por Nelson Nery (2003, p. 646) nos seguintes termos:

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito 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. (grifos do autor)

Outros estudiosos do Direito, no afã de realçar a natureza jurídica da tutela antecipada, diferenciam-na do instituto da tutela cautelar, isto porque, na primeira se antecipa um direito pleiteado pelo autor, enquanto que a segunda tem um caráter acautelatório, ou seja, de salvaguarda do bem juridicamente pleiteado.

Luiz Guilherme Marinoni (1994, p. 118) traz esta distinção de forma clara, quando afirma que:

A tutela antecipada não tem por fim assegurar o resultado útil do processo, já que o único resultado útil que se espera do processo ocorre exatamente no momento em que a tutela antecipatória é prestada. O resultado útil do processo somente pode ser o 'bem da vida' que é devido ao autor, e não a sentença acobertada pela coisa julgada material, que é própria da 'ação principal'. Porém, a tutela antecipatória sempre foi prestada sob o manto da tutela cautelar. Mas é, na verdade, uma espécie de tutela jurisdicional diferenciada.

Seguindo o raciocínio de Marinoni quanto à diferenciação que se pode estabelecer diante da natureza jurídica dos institutos, João Batista Lopes (2001, p. 135) assevera, em outros termos, que a tutela cautelar não é registrada pela satisfatividade, não ensejando o adiantamento do provimento de mérito, pelo que se diversifica da antecipatória.

Entrementes, forçoso é concluir que em ambas existe a antecipação dos

efeitos; todavia, na medida cautelar somente se abrevia a eficácia dos efeitos da sentença do processo cautelar, e não do mérito apreciado em sede de processo principal. Isto ocorre porque tal medida é eminentemente instrumental, garantidora do resultado positivo do processo principal. Já na tutela antecipada, como dito, se antecipam os efeitos do mesmo processo principal.

### 1.3 Aspectos divergentes das tutelas emergenciais (Cautelar e Antecipatória)

*A priori*, vale ressaltar tudo o que fora mencionado até aqui e esclarecer que, as diferenças básicas carreadas até o momento, condizem com a natureza jurídica dos institutos em análise.

Mediante consulta ao trabalho da advogada Marília Lourido dos Santos (1998, p. 05 - 06) é possível constatar que a autora conseguiu detectar inúmeras outras diferenças existentes entre a tutela antecipada e a cautelar, mormente no que pertine ao caráter de tempestividade das tutelas. Assim, a tutela cautelar é preventiva, com o objetivo de garantir o resultado útil do processo principal (portanto, não versa sobre o mérito) enquanto que, na tutela antecipatória, se realiza de imediato a pretensão.

Diante desse contexto, a autora acresce que a tutela cautelar é marcada pela instrumentalidade, referibilidade, dependência a um processo principal, características estas diversamente encontradas na antecipatória. Tem-se na cautelar uma ação, processo autônomo com todas as características objetivas, presentes as condições e demais pressupostos; que se finda por intermédio de uma sentença da qual cabe inclusive recurso, diferentemente da tutela antecipatória que é administrada mediante uma decisão interlocutória e resolvida num incidente

processual.

Acrescenta a causídica que a tutela cautelar tem como pressupostos específicos o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, não encontrados como fundamento da antecipatória já que a probabilidade da existência do direito material é mais robusta, indo além da mera probabilidade desse direito. Ainda mais, abriga a tutela antecipatória as hipóteses de abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu, as quais independem da existência de perigo de demora no alcance da pretensão definitiva.

Por fim, constata a mesma estudiosa que pelo fato da cautelar ser uma ação autônoma, pode se fazer presente no processo de execução como um incidente ou até mesmo na forma preparatória, enquanto que o deferimento da antecipatória só se admite no processo de conhecimento.

Não obstante todas as diferenças elencadas acima, cumpre acrescer o que se alude a respeito da urgência das tutelas até então estudadas. Por exemplo, na tutela cautelar a urgência, trazida pelo perigo na demora, é uma das tônicas principais, o que não ocorre na tutela antecipatória, que nem sempre exige a urgência.

Nelson Nery Júnior (1996, p. 68) faz uma observação quanto a este ponto importante das diferenças, comentando que:

Nem sempre a tutela antecipada tem como móvel a urgência (CPC 273 I), pois pode ser concedida quando houver abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC 273 II), que nada tem a ver com a urgência, mas sim com a *efetividade do processo*, como forma de garantir ao autor os efeitos da tutela pretendida pelo simples fato de o réu estar se utilizando do processo com propósito protelatório. Daí porque o instituto brasileiro é singular [...]. (grifo do autor)

Tendo em vista as inúmeras diferenças postas entre os institutos, não se pode deixar de frisar que ambas as tutelas impõem à parte postulante a

comprovação de requisitos e pressupostos similares, a exigir a urgência incomum na prestação jurisdicional.

. Tais similitudes e diferenças merecem um estudo mais aprofundado e, de antemão, é bom frisar que ambas as espécies de tutela pressupõem cognição sumária, regem-se pela instrumentalidade, são precárias e fundadas em juízo de probabilidade.

Dadas as semelhanças e por serem espécie do gênero tutelas emergenciais, exsurge a inovação trazida pela Lei 10.444/2002, acerca da aplicação do princípio da fungibilidade no manejo dessas tutelas, assunto que é objeto desse mesmo estudo.

#### 1.4 A Tutela antecipada e a Constituição Federal de 1988

Ao iniciar o estudo da tutela antecipada, mediante análise de seus requisitos genéricos e específicos, pressupostos, legitimidade ativa e requerimento da parte é preciso admoestar, desde já, para a flexibilização destes requisitos e o conseqüente perigo da concessão demasiadamente restritiva, isto porque devem coexistir uma série de princípios constitucionais a dotar de aperfeiçoamento o critério da urgência.

Diante dos ditames constitucionais deve o legislador respeitar, em primeiro lugar, a dignidade humana (CF/88, art. 1º, III), o direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF/88), os direitos da personalidade (art. 5º, incisos V e X, da CF/88 e arts. 11 *usque* 21 do NCC), bem como atender às três premissas do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O advogado Jonny Maikel Santos (2003, p. 06), encontrou meios através dos

quais se deve interpretar o artigo 273 do Código de Processo Civil, de forma a extrair do artigo os resultados esperados sem afronta à Carta Magna. Devem, pois, ser evitadas as interpretações restritivas na seara de direitos constitucionais, sendo valorizadas exegeses que reconheçam a inexistência de restrição a direitos absolutos e priorizem os princípios da dignidade da pessoa humana e proporcionalidade, bem como o direito à vida e à personalidade, aplicando as normas processuais segundo os ditames constitucionais.

Visualizada a forma correta e coesa de interpretação do artigo 273 ante a Constituição Federal de 1988 alguns estudiosos têm questionado a constitucionalidade da tutela antecipada, em virtude do tratamento desigual que se estabelece entre as partes e que ofende ao princípio do devido processo legal, porque cerceia o direito de ampla defesa em contraditório.

Ocorre que não são escassas as deliberações em favor das tutelas emergenciais sem que ao menos se ouça a parte contrária, fato que culmina por deixar rastros de prejuízos irreparáveis para os réus. As garantias do contraditório e da ampla defesa são direitos correlatos à concessão de qualquer tutela de urgência, portanto, a regra diz que se deve primar pela ouvida do réu antes da concessão da antecipação, salvo em casos excepcionais devidamente justificados.

Sobre isso, Jonny Maikel Santos (2003, p. 08) revela, em seus estudos, que:

[...] ressalvadas situações devidamente justificadas e comprovadas, ao juiz só é permitido deferir medida cautelar, 'sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz' (CPC, art. 804), portanto, por analogia e com base nos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, proporcionalidade e razoabilidade esta regra se aplica também ao mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 7º, II), às antecipações das tutelas (CPC, art. 273 e 461; CDC art. 84, etc.), à ação civil pública (Lei 7.437/85, art. 12) e as demais tutelas de urgência inscritas no CPC e na legislação extravagante. Ante o exposto, em regra, deve o julgador, por segurança jurídica, apreciar a tutela de urgência requerida, somente depois de ouvir a parte adversa.

O entendimento do autor caminha no sentido de que só deverá ser concedida a tutela pleiteada após a oitiva da parte adversa. Nos casos em que houver perigo real de lesão a direitos fundamentais, ou em casos devidamente justificados pelo julgador, aí sim poderá ser concedida a tutela de urgência sem a devida oitiva da parte ré.

Todavia, é bom não olvidar que o princípio da efetividade do processo vem resguardar a urgência pleiteada pelo autor na propositura da ação. O que ocorre é apenas a inversão dos atos pela antecipação de uma decisão meritória acerca do pedido do autor - que de certa forma tem um caráter provisório - porque depois de concedida poderá ser revertida a qualquer tempo.

Dada a concessão da tutela, a qualquer tempo poderão ser resgatadas a ampla defesa e o contraditório, mas a efetividade da decisão, uma vez fulminada, não poderá mais ser resgatada.

Portanto, percebe-se que não se dá, em momento algum, a inconstitucionalidade, haja vista que todas as dúvidas foram resolvidas ante a preservação da segurança jurídica e da garantia do contraditório e ampla defesa.

#### 1.5 O artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro e a tutela antecipada no direito comparado

A tutela antecipada foi inserida no Código de Processo Civil (2000, p. 67) através do artigo 273, de forma generalizada e, originalmente, com a seguinte redação:

Art. 273. 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 de defesa ou o manifesto

propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

A doutrina majoritária aplaudiu esta reforma processual, por entender que esta forma genérica de tutela antecipada funcionava como uma arma poderosa contra os males causados pela demora no processo. Todavia, apesar da falta de novidade nas medidas, a generalização da tutela possibilitou a concessão antecipada dos efeitos da sentença definitiva.

Carnelutti (*apud* CARREIRA ALVIM 1995) já asseverava que “o tempo é inimigo do processo, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem trégua, mas o tempo é também algo inato ao processo, a ponto de um não sobreviver sem o outro”.

Note-se que, antes da reforma, a ausência de meios aptos a garantir a prestação de uma tutela rápida era motivo de atraso no processo do conhecimento, o que, de certa forma, estimulou a utilização do processo cautelar para o alcance desse objetivo.

Hodiernamente, foram acrescentados mais dois novos parágrafos ao artigo 273 do Código de Processo Civil, mediante a promulgação da Lei 10.444/2002, quais sejam:

Art. 273 – *omissis*.

Incisos I e II – *omissis*.

§ § 1º ao 5º - *omissis*.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os

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

Acredita-se que se a inserção da nova característica genérica da medida cautelar, antecipando os efeitos da sentença meritória, já trouxe celeridade maior ao processo, a inserção destes dois novos parágrafos causa profundas transformações ao mundo do Direito, possibilitando a concessão da medida diante de pedidos incontroversos e trazendo à esfera das medidas emergenciais a aplicação do princípio da fungibilidade.

O instituto da tutela antecipada, como qualquer outro da processualística civil, necessita, como requisitos para a sua admissibilidade, do preenchimento de alguns pressupostos. A interpretação do texto do artigo 273 revela-os como sendo: a probabilidade de existência do direito afirmado pela parte (prova inequívoca e verossimilhança da alegação) e o fundado receio de dano irreversível ou de difícil reparação, ou, ainda, alternativamente, que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Assim, Dayse Coelho de Almeida (2003, p. 10-16) dividiu os pressupostos de admissibilidade em três: concorrentes, alternativos e negativos. Os pressupostos concorrentes estão intrinsecamente ligados à redação do artigo 273 *caput*, onde há a obrigatoriedade da concomitância para o deferimento da tutela antecipada em todos os casos de sua concessão: a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação. Tem-se como prova inequívoca aquela robusta, capaz de explicitar um juízo de certeza na alegação, extreme de dúvidas, exigindo a lei que o fato seja provado cabalmente. Insta enfatizar que no universo do Direito não existe certeza absoluta, e até mesmo as sentenças de mérito podem ser reavaliadas através de medidas cabíveis.

No tocante à verossimilhança da alegação, a autora destaca que o legislador não cuidou de estabelecer critérios objetivos para a sua caracterização, divergindo a doutrina no que tange ao sentido do termo “inequívoca”, presente no outro critério. Portanto, na junção destes dois conceitos – prova inequívoca e verossimilhança da alegação – encontra-se um conceito intermediário, qual seja, o da probabilidade de existência do direito alegado.

O professor Fernando Faria Miller (2004, p. 02) ensina que:

Resta indagar se essa probabilidade de existência do direito pode ou não ser identificada com o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) que a lei exige para a tutela cautelar. Existe divergência doutrinária a respeito, já que alguns autores não vislumbram diferença entre esses dois conceitos.

Os partidários dessa corrente, entendem que o sentido da probabilidade exigida para concessão da tutela antecipada vai além do *fumus boni iuris*.

O pressuposto alternativo é calculado, assim, pela aplicabilidade independente de um para com o outro, ou seja, basta apenas a ocorrência de um deles para a concessão da tutela antecipatória. Como se disse antes, estão inseridos no artigo 273, incisos I e II do Código de Processo Civil e são denominados: fundado receio de dano irreversível ou de difícil reparação e o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é vislumbrado pela doutrina como requisito que se integra ao conceito de *periculum in mora*, o qual a lei exige para a proteção cautelar. Todavia, existe uma diferença entre o requisito exigido para a concessão da medida cautelar e o que se requer para o deferimento da antecipatória.

Destarte, Fernando Faria Miller (2002, p. 03) releva que, na cautelar o que corre risco de dano é a efetividade do processo principal, ou seja, o provimento

judicial que sobreviverá em outra ação; ao passo que, na tutela antecipatória, o que corre perigo de perecer é o próprio direito material.

Entretantes, no que pertine ao caráter instrumental da tutela cautelar, vê-se que está sempre a serviço da efetividade de outro processo. Já na tutela antecipatória se persiste numa prévia entrega de prestação jurisdicional relativa ao mérito, desde que o juiz verifique que, se não houver essa antecipação dos efeitos da sentença, incidirá sério risco de dano ao direito substancial de uma das partes.

O jurista João Batista Lopes (2001, p. 61) identifica dois tipos de irreparabilidade, qual seja, a absoluta e a relativa. A primeira se observa quando, por exemplo, uma indenização se mostra insatisfatória às expectativas da vítima em sua totalidade; isto ocorre no caso em que uma obra de arte de artista famoso é danificada sem condição alguma de reparabilidade. O segundo caso se apresenta quando, na hipótese de uma indenização, não logrado o retorno ao *status quo ante*, é apenas alcançada a recomposição do patrimônio da vítima.

O mesmo autor refere que, no que tange ao segundo pressuposto alternativo, qual seja o abuso de direito de defesa ou a prática de atos protelatórios pelo réu, o entendimento dos doutrinadores pátrios é que ele consiste naquele estado em que se encontra o processo no momento em que o réu se defende, praticando certos atos com o intuito de ganhar tempo, retardando assim o julgamento definitivo.

Como se vê, o manifesto intuito protelatório do réu abrange os atos e as ocultações perante o processo, tais como a ocultação de provas, simulação de doença e outros mais. Como se vê, esses requisitos só poderão ser evidenciados no curso da relação processual e de forma incidental, ou seja, no curso do processo.

Portanto, são vários os princípios feridos nesses casos, todavia o princípio da lealdade processual é o mais evidenciado ante a ocorrência da litigância de má-fé. A

má-fé processual é demonstrada pela prática do abuso de direito e manifesto intuito protelatório do réu e está descrita no artigo 17 do Código de Processo Civil e seus incisos. Senão, veja-se:

Art. 17 – Reputa-se litigante de má-fé aquele que:  
I – deduzir pretensão ou defesa contra o texto expresso de lei ou fato incontroverso;  
Incisos II e III – *omissis*.  
IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;  
Inciso V – *omissis*.  
VI – provocar incidentes manifestamente infundados. [...]

O pressuposto negativo está inserto no artigo 273, § 2º do Código de Processo Civil, consubstanciado no perigo da irreversibilidade do provimento antecipado de concessão da tutela antecipada. Desta feita, se isso ocorresse, estar-se-ia diante de uma concessão antecipatória sem, ao menos, se dar ao réu o direito de ampla defesa.

A concessão tem que estar revestida da probabilidade de reversibilidade, não se configurado o fato como consumado ou definitivo e proporcionando ao demandado a ampla defesa e o contraditório.

O julgador, para o deferimento da tutela emergencial, deve verificar se esta poderá ser revogada a qualquer tempo ou em qualquer instância, caso se verifique no curso do processo, a incidência de novas circunstâncias ou fato.

Analisando o artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro, percebe-se a incidência de toda uma estrutura formal e metódica a ser observada para o deferimento e cabimento da tutela antecipatória, o que a transforma num instituto versátil, elástico e eficaz na busca do direito justo.

As tutelas emergenciais, como se disse, têm sua origem no direito romano, onde já se encontravam medidas preventivas assemelhadas às hodiernas. O direito

italiano, mais precisamente em seu Código Processual de 1942, previu o instituto em seu artigo 700, na esfera que tratava do Processo Cautelar, rezando:

Art. 700 – quem tiver fundado motivo de temer que, durante o tempo que possa decorrer para que se reconheça seu direito nas vias comuns, por estar este ameaçado de perigo iminente e irreparável, poderá requerer ao juiz provimento de urgência, que se apresente, segundo a circunstância, como meio mais idôneo a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito.

Outras nações também recepcionaram o instituto, tais como Portugal, que trazia em seu caderno processual o artigo 974, de forma a ser aplicável apenas em casos específicos; a França, que também continha o instituto no artigo 809 de seu Código Processual; a Alemanha, Inglaterra e Áustria que contemplaram, de veras, o instituto, todavia com nomenclaturas diferentes.

Vale ressaltar, por fim, que algumas dessas nações, como a italiana, não distinguiam as tutelas emergenciais, tal como ocorre hoje no direito brasileiro, de forma que não separaram as hipóteses de sua aplicabilidade.

## CAPÍTULO 2 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E SEUS HORIZONTES NO DIREITO BRASILEIRO

### 2.1 Conceito e natureza jurídica

A continuidade temporal dos litígios, muitas vezes, coaduna-se exatamente com o excessivo apego às formas, o que resulta numa luta constante dos operadores do direito em busca de soluções adequadas e da elaboração de institutos que proporcionem um percurso normal e célere à demanda processual como um todo.

Outrossim, o termo princípio advém do latim *principium*, que significa origem ou base e pode ser definido, no dizer de Roque Antônio Carrazza (1997, p. 31), como:

um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Em todo ordenamento jurídico é possível localizar princípios implícita e explicitamente previstos, de caráter constitucional, legal e infralegal, sendo os constitucionais – ante a sua importância – norteadores dos demais, pelo que se sobressaem e devem ser sempre observados.

Celso Antonio Bandeira de Melo (1996, p. 310) assevera que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá harmônico (sic!).

O citado autor enfatiza, ainda, que a violação dos princípios constitucionais é a forma mais grave em que se observa a inconstitucionalidade, representando toda uma insurgência contra o sistema jurídico.

A processualística cível é, deveras, regrada através de inúmeros princípios, dentre eles o da economia processual, o da instrumentalidade das formas, o da celeridade dos atos processuais, o da segurança jurídica e o princípio objeto deste estudo, ou seja, o da fungibilidade.

O princípio da fungibilidade possibilita a que o legislador conheça o conflito em sua plenitude, observando a garantia constitucional do acesso à justiça. Doutrinadores chegam a afirmar que este princípio traz em seu bojo todos os demais acima citados, de forma a otimizar o fim do litígio.

Nelson Nery Junior (2003, p. 847) conceitua o princípio da fungibilidade como "o princípio pelo qual se permite a troca de um recurso por outro: o tribunal pode conhecer do recurso erroneamente interposto".

É interessante frisar o quão difere a fungibilidade em si do princípio da fungibilidade, pois aquela significa a substituição de uma coisa por outra e este a admissibilidade de conhecimento de um recurso interposto erroneamente por outro.

Note-se que, quando se fala em princípio da fungibilidade, logo se relaciona o tema com a matéria recursal. Isto ocorre porque, até então, no ordenamento jurídico pátrio, sua aplicabilidade encontrava-se adstrita à sede de recurso, não se vislumbrando em outros ramos do Direito, tais como o Direito Civil e o Direito Penal.

Tal exclusividade é retratada por Rui Portanova (*apud* REGIANE BINHARA 2004), o qual aponta, em outros termos, como sinônimas as expressões recurso indiferente, permutabilidade de recursos e conversibilidade dos recursos.

Configura-se a natureza jurídica do instituto pelo seu caráter de instrumento hábil à substituição na seara recursal, isto é, pela mutabilidade que promove no âmbito do reconhecimento de pressupostos cabíveis a um e a outro recurso.

## 2.2 Aspectos doutrinários e legais

Diante do conceito de princípio da fungibilidade outrora referido, é forçoso destacar que, no campo recursal é que se iniciaram os estudos acerca do tema. No entanto, nada obsta a que a parte possa valer-se de outros caminhos para obter a tutela jurisdicional do seu direito.

Doutrinariamente, visualiza-se uma abordagem do princípio da fungibilidade que abarca muito além do que a esfera recursal cível, incidindo na órbita penal e civil. Os operadores do direito, na ânsia de enriquecer o ordenamento jurídico, elaboram e aplicam a legislação de forma justa, de forma a garantir a paz social e a convivência harmônica em sociedade.

No Código de Processo Penal, portanto, o princípio da fungibilidade está expresso no artigo 579, que preleciona: “Art. 579 - Salvo hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro”.

Regiane Binhara Esturilio (2002, p. 03) observa, em outras palavras, que os penalistas terminam por limitar a aplicabilidade da fungibilidade, já que o recurso não poderá ser reconhecido se ficar caracterizada a má-fé. Assim, na legislação penal, o requisito para aplicação do princípio é a ausência de má-fé. Outrossim, a fungibilidade na esfera penal é de maior aceitação que na esfera civil. Senão, veja-se alguns julgados neste sentido:

“Em face do princípio da fungibilidade, não é suscetível de causar prejuízo ao paciente a controvérsia existente acerca do cabimento, na espécie, de correção parcial ou de apelação”. (STJ. 1ª Turma. HC-76439/SP. Relator Min. Octavio Galloti. DJ DATA-25-08-98 PP-00004.).

“Recurso: princípio da fungibilidade: aplicação ao Processo Penal: HC deferido para que se processe como embargos infringentes. Impugnação interposta no prazo desses contra acórdão condenatório tomado em apelação por maioria de votos e visando à prevalecência do voto vencido, sendo irrelevante o equívoco de denominá-la de ‘razões de apelação’.” (grifo nosso) (STF 1ª Turma. HC-80220/SP. Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. DJ DATA-25-08-00 PP-00060.).

A melhor doutrina, por sua vez, enfatiza a força imposta à norma penal e processual penal no intuito de apurar a verdade real, conforme a pretensão punitiva do Estado e o teor das medidas preventivas, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa aos acusados.

No tocante ao Direito Processual Civil, sabe-se que o princípio da fungibilidade está igualmente inserto no artigo 920 do Código de Processo Civil (2003, p. 1137), que reza:

Art. 920 - A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça o pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.

As ações possessórias, previstas no artigo supra, caracterizam-se por pedir a posse com fundamento no fato jurídico posse, o que não determina como de caráter possessório somente o pedido, mas também a causa de pedir.

Nesse contexto é que realça a aplicação do princípio da fungibilidade, diante da necessidade de se resguardar o direito do detentor da posse do imóvel ora usurpado. Para tanto é que o legislador estabelece que a propositura de uma ação possessória no lugar de outra não impede que o juiz reconheça o pedido, desde que presentes os requisitos de admissibilidade para essa concessão.

Nelson Nery Júnior (2003, p. 1140) enfatiza que a doutrina o denomina como “princípio da fungibilidade dos interditos possessórios”, devendo o juiz conhecer o pedido na medida exata em que se encontra deduzido pelo autor ou réu, já que inadmissíveis quaisquer alterações à causa de pedir.

O mesmo autor admoesta para o fato de que a regra da fungibilidade constitui exceção ao princípio geral contido nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, quando o juiz deve identificar a correlação existente entre a causa de pedir, pedido e sentença, para que a fungibilidade possa ser aplicada exclusivamente aos interditos possessórios, não se podendo converter, portanto, uma ação possessória em reivindicatória.

Com a nova redação trazida pela Lei nº 10444/2002, que acrescenta ao artigo 273 do Código de processo Civil o § 7º, permitiu-se ao juiz conceder, no processo principal, providência de natureza cautelar, quando presentes os respectivos pressupostos.

Esta inovação trouxe às tutelas emergenciais a característica da substitutividade, de forma a acelerar o trâmite normal do processo e favorecer a que o autor não precise promover uma nova ação.

### 2.3 Aplicabilidade no Direito Processual Civil brasileiro

De acordo com Arruda Alvim (2000, p. 21) o princípio da fungibilidade tem sua origem no direito alemão, sob a vertente de duas teorias, a subjetiva e a objetiva. A teoria subjetiva preconiza que o recorrente perderia o direito ao recurso se tivesse interposto aquele cabível à decisão correta que não foi proferida, tendo sido prolatada uma decisão errônea em termos formais. Já à teoria objetiva, por outro

lado, não interessava o erro do juiz, mas a interposição do recurso realmente cabível contra a decisão proferida, certa ou errada.

Entrementes, tanto a teoria subjetiva quanto a objetiva foram superadas pela chegada do princípio do recurso indiferente que, hodiernamente, recebe a denominação de princípio do maior favorecimento pelo qual, segundo Arruda Alvin (2000, p. 21) deveria ser recebido o recurso em qualquer das situações abordadas pelas teorias acima conceituadas.

No Brasil, o Código de Processo Civil criado pelo Decreto-Lei nº 1608 de 18 de setembro de 1939, recepcionara o princípio da fungibilidade em seu artigo 810, que dispunha:

Art. 810- Salvo hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento.

Preconiza Regiane Binhara (2004, p. 05), que anteriormente a este diploma legal, certos cadernos processuais prescreviam que, se a jurisprudência da Corte Recursal tivesse dúvida quanto ao apelo adequado, transformava-se a decisão colegiada em diligência para que o apelante, se assim o desejasse, corrigisse o equívoco de interposição e prosseguisse no feito mediante o apelo adequado, de acordo com a sua pretensão.

Vê-se que o artigo 810 alcançou maior êxito com o seu texto, quando previu a admissibilidade de correção do apelo erroneamente interposto e manteve apenas a hipótese de vedação da correção no caso de má-fé ou erro grosseiro do litigante.

Trazia, então, o dispositivo dois pressupostos a serem observados perante a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade, quais sejam, a ausência da

má-fé e a inexistência de erro grosseiro.

Ainda a mencionada autora faz ressaltar que a má-fé como requisito de aplicação do princípio da fungibilidade traduz-se no tempo de interposição do recurso cabível, o que se configura no caso em que o litigante, diante da dúvida quanto à interposição do recurso, seja ele de apelação ou agravo, interponha qualquer deles no prazo referente àquele de menor complexidade.

Isso se observa quando, por exemplo, o litigante, temeroso de que seu recurso não seja recebido - no caso o de apelação -, o interpõe no interregno do prazo estipulado para o agravo, numa atitude que demonstra o seu descaso perante a possibilidade de ampliação proposital do prazo, pela interposição do recurso tido como errôneo. Desta forma o recurso poderia ser reconhecido, um como o outro, com a aplicação do princípio da fungibilidade.

Todavia, é de se considerar a argumentação posta no sentido de que, se é possível a aplicação do princípio da fungibilidade quanto o recebimento de um recurso por outro, deve-se também admitir que o mesmo seja aplicado no que pertine aos prazos respectivos.

Acerca disso, Nelson Nery Júnior (*apud* REGIANE BINHARA 2000) argumenta que:

não seria razoável exigir-se do recorrente, que observasse o prazo do recurso que deveria haver sido interposto (o correto) porque:

- a) isto configuraria imputar-se-lhe, presumivelmente, a má-fé, quando o contrário é que seria verdadeiro (a presunção é da boa-fé);
- b) em assim agindo, estar-se-ia, em última análise, negando a existência do princípio da fungibilidade;
- c) esta atitude caracteriza ofensa ao direito constitucional do devido processo legal, pois que se estaria subtraindo do recorrente o direito, que pelas regras processuais ele possui, de, por exemplo, interpor o recurso de apelação em quinze dias.

Em termos práticos, inúmeras são as dúvidas suscitadas quanto à classificação de provimentos judiciais e no que concerne à utilização dos recursos existentes, seara na qual se registra o erro grosseiro. Na prática, o Código de Processo Civil registra uma peculiaridade referente ao recurso cabível contra a decisão prolatada sobre o pedido de remição de bens na execução. No artigo 790 alude à sentença – da qual caberia apelação - enquanto que no artigo 558 faz referência ao agravo – recurso a ser interposto contra o teor de decisões interlocutórias.

Tereza Arruda Alvin Wambier (2000, p. 45) verifica que no erro grosseiro há a presença de dúvida objetiva, que se dá quando:

- a) a parte faz uso de um recurso, no lugar de outro, afrontando flagrantemente os princípios básicos da sistemática recursal;
- b) a jurisprudência e a doutrina são unânimes quanto ao cabimento de outro recurso, que não o interposto.

Hodiernamente, o Código de Processo Civil não prevê a fungibilidade dos recursos - como o fazia, anteriormente, o diploma legal homônimo de 1939 -, o que obriga o litigante a recorrer ao disposto no artigo 244 para que não seja rejeitado o recurso por erro.

Dispõe o artigo 244 do Código de Processo Civil (2003, p. 618) que “quando a lei prescreve determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.” É o princípio da instrumentalidade das formas, de suma importância porque capaz de proporcionar maior racionalidade ao sistema processual, evitando-lhe o excesso de formalismo.

Tal princípio surge para efetivar o princípio da economia processual, o que faz de forma a dar eficácia aos atos processuais tidos por irregulares que, todavia,

atingiram o fim almejado. Diante disso, pode-se afirmar, sem temor, que o princípio da fungibilidade é fruto e resultado do princípio da instrumentalidade das formas, nele encontrando seu fundamento de validade, quando aplicado na busca de se alcançar a finalidade da ação proposta erroneamente.

## CAPÍTULO 3 HERMENÊUTICA DO PARÁGRAFO 7º DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 A Lei nº 10.444/2002 e o artigo 273, parágrafo 7º do Código de Processo Civil brasileiro

O Direito, enquanto mecanismo norteador das relações humanas, necessita oferecer aos seus estudiosos e operadores instrumentos hábeis à resolução eficaz dos conflitos de interesses emergentes dos diferentes meios sociais.

Desde o surgimento do Código de Processo Civil de 1973, não foram poucas as alterações operadas em seu texto, de forma a aprimorar-lhe os institutos e adequá-los às novas exigências da sociedade moderna.

Após a reforma de 1994, a qual trouxe ao mundo jurídico o regime de generalização da antecipação dos efeitos da tutela, uma Comissão Revisora, dando continuidade aos trabalhos iniciados e atenta aos problemas da praxe forense, resolveu incluir novas reformas.

A segunda reforma do Código de Processo Civil foi efetivada pelas Leis nº 10.352 e nº 10.358 de 2001 e pela Lei nº 10.444 de 2002, sendo esta última denominada de a "reforma da reforma".

Este estudo trata apenas da Lei nº 10.444 de 2002, que trouxe ao mundo jurídico a inédita aplicação de um princípio perante as tutelas emergenciais.

Em linhas gerais, Ricardo Raboneze (2002, p. 126), trata das modificações ocorridas no artigo 273 do Código de Processo Civil, ensinando que:

Além do acréscimo de dois parágrafos ao art. 273, do CPC, alterou-se o § 3º, retratando as seguintes modificações: a) possibilidade de concessão da antecipação da tutela quanto à parte incontroversa da

demanda, em se tratando de pedidos cumulados (§ 6º); b) ampliação do sistema da execução provisória, aplicando-se, no que couber, à tutela antecipada, os mecanismos relativos à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (§ 3º); e c) a possibilidade de conversão da antecipação da tutela em medida cautelar incidental, desde que presentes os pressupostos desta (§ 7º).

Antes da reforma sob análise, havia uma certa tendência à aplicação de técnicas excessivamente formais, com vistas a separar as hipóteses de concessão de tutela cautelar daquelas de antecipação de tutela.

• A inserção do parágrafo 7º no bojo do mencionado artigo 273 do Código de Processo Civil vem alargar e abrandar a exegese posta nos diversos segmentos jurídicos, em favor da urgência de determinadas situações que traziam prejuízo ao jurisdicionado, o que justifica a inclusão deste parágrafo em razão do princípio da economia processual, com a adoção da fungibilidade procedimental entre as tutelas emergenciais.

• Este princípio é expressão da cidadania dos jurisdicionados e de acesso efetivo ao Poder Judiciário, tornando realidade o desejo do legislador, que já se apercebe de que o apego ao formalismo desnatura o objetivo da ciência, que é o aperfeiçoamento da garantia dos direitos inerentes ao ser humano.

O parágrafo 7º, o qual possibilita a aplicação do princípio da fungibilidade, está assim disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil:

Art. 273 – *Omissis*.

[...]

§ 7º - Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

supramencionado tem sido objeto de interpretações diferentes na doutrina e nos tribunais. *A priori*, tal confusão ocorre quando se pretende entender a fungibilidade, nas medidas de urgência, a partir da premissa de que a interpretação jurídica deve ser sistemática, ou seja, deve visualizar o Direito como um sistema integrado de normas, tendo a Constituição Federal de 1988 como o seu ápice.

O referido autor acresce que a justificativa para tal entendimento reside no fato de que a Carta Maior fornece um mecanismo capaz de harmonizar a possível tensão entre os direitos fundamentais assegurados a quem litiga em juízo, e a legitimidade constitucional da função acautelatória é o elemento de identidade entre a medida cautelar e tutela antecipada.

Em um segundo momento, cumpra ressaltar que as peculiaridades próprias da tutela urgente ainda não foram totalmente assimiladas pela doutrina e jurisprudência, haja vista que a diversidade de entendimento acaba por dificultar o estudo desta matéria.

Outrossim, desde o surgimento da tutela antecipada a doutrina buscou apartar os dois institutos, estabelecendo conceituação técnica capaz de diferenciar totalmente as espécies de medidas de urgência - cautelar e antecipatória - e dificultando a interpretação do novo parágrafo.

Ademais, tem-se que a tutela cautelar e a tutela antecipatória são espécies do mesmo gênero e desta maneira, devem ser tratadas da forma mais próxima possível. José Roberto dos Santos Bedaque (1998, p. 294) afirma que:

A questão da diferenciação entre as duas tutelas é meramente terminológica, pois essa classificação vai depender do conceito que se tenha de tutela cautelar. Para alguns, essa tutela apenas preserva, assegura, mas não satisfaz. Para outros, trata-se de instrumento destinado a assegurar o provimento final, conservando ou satisfazendo.

O autor revela, ainda, que tanto a tutela conservativa como a tutela antecipada almejam o mesmo fim, qual seja, o de eliminar o confronto entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição, isto porque, diante de tantas semelhanças, as tutelas são cautelares em sentido amplo, pois que asseguram o resultado útil do processo.

Identificando as premissas que muito sugerem à análise da problemática do parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, José Roberto dos Santos Bedaque (1998, p. 295) relembra-as, como sendo:

a) o ordenamento jurídico deve ser interpretado como um sistema de normas integradas e que estão voltadas para a Constituição Federal e seus princípios; b) as medidas cautelares e as medidas antecipadas estão constitucionalmente garantidas no ordenamento pátrio, pois destinadas a harmonizar o conflito entre os princípios fundamentais da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, bem como podem ser encaradas como forma de assegurar o acesso à ordem jurídica justa, corolário do princípio da inafastabilidade do controle judiciário; e c) diante da ampla discussão doutrinária e jurisprudencial que ainda não foi capaz (e talvez nunca será) de encontrar elementos que distingam completamente a tutela cautelar da tutela antecipada, assim como diante das inúmeras semelhanças entre elas tanto no ordenamento pátrio como no direito comparado, deve-se entendê-las como espécie do mesmo gênero, tutela de urgência, bem como deve-se buscar um regime jurídico único que os regulamente e os aproxime.

Destarte, apesar da grande dificuldade encontrada tanto pela doutrina como pelos tribunais em interpretar de forma coesa o parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil observa-se que, se antes a jurisprudência já admitia a existência da fungibilidade, a lei agora consagrou a sua aplicação.

Reforça o autor supracitado que a ilação mais acertada, quanto ao procedimento a ser adotado, atesta que o deferimento da medida antecipatória como medida cautelar se processa na ação cautelar incidental a um processo principal, assegurando-se ao demandado o direito ao contraditório. Todavia, a interpretação

literal do dispositivo legal aduz que a medida cautelar deve ser concedida se preenchidos os respectivos pressupostos, e processada nos próprios autos do processo principal.

Arruda Alvin (2002, p. 108) entende que: “se resolverá o assunto tal como resolveria um pedido de antecipação, ou seja, nos próprios autos, no que difere do procedimento das medidas cautelas”.

O deferimento da cautelar no processo principal, sem necessidade de remeter-se as partes para outro processo, minimiza o lapso temporal do trâmite processual, um dos maiores inimigos do processo, pelo que se alcança a satisfação da tutela jurisdicional.

. Apresentando posição ímpar, Joel Dias Figueira Júnior (2001, p. 19-23) adverte que não deve ser concedida tutela cautelar:

- . a) quando se fizer imprescindível a produção de prova em audiência (a exemplo do que ocorre no processo cautelar em audiência de justificação); b) se não puder ser concedida sem a ouvida da parte contrária; c) se o juiz puder antever que, nada obstante a possibilidade de concessão da tutela cautelar *inaudita altera pars*, diante das particularidades do caso, o réu necessitará produzir contraprova (documental ou testemunhal), terminando por acarretar verdadeiro tumulto processual; d) quando os autos estiverem fora do cartório (v.g. com a parte contrária, perito etc.) e a espera colocar em xeque a efetividade da providência pleiteada; e) quando a fase instrutória estiver concluída ou em vias de conclusão; f) durante a fase decisória (autos conclusos para a prolação de sentença); g) após a publicação da sentença.

Portanto, depois de esmiuçar os questionamentos postos quanto à interpretação do parágrafo 7º do artigo 273 do CPC, resta trabalhar com a demarcação da área de atuação do dispositivo, já que o legislador conferiu-lhe certas restrições, sem deixar lacunas.

O dispositivo é claro quando exige que a providência seja requerida a título de

antecipação de tutela, ou seja, não caberá a hipótese de requerimento sob qualquer outro título, haja vista a manutenção da ordem processual.

Além disso, o pleito referente à medida antecipatória de tutela deve conter natureza cautelar, ou seja, deve exarar que o objetivo do requerimento é a concessão de medida cautelar, no qual se embasa o pedido. Contudo, não basta apenas que se refira ao caso concreto, devem estar presentes na exordial os requisitos próprios da medida cautelar.

Nesse diapasão, William Santos Ferreira (2003, p. 263) se posiciona no sentido de que:

Obviamente, caso haja a conversão do pedido de tutela antecipada para de natureza cautelar, a decisão do juiz deverá ser proferida à luz dos requisitos específicos da medida cautelar (*fumus boni iuris e periculum in mora*) e não da tutela antecipada, que são inclusive mais rigorosos quanto à probabilidade do direito afirmado pelo autor. (grifo nosso)

### 3.2 As disparidades da aplicação inversa do parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil

A inovação trazida pela Lei nº 10.444/2002 é inquestionável e digna de aplausos, o que significa mais uma importante vitória do moderno Código de Processo Civil, por facultar subsídios à prestação de uma adequada e célere tutela jurisdicional.

Entretanto, da aplicação literal da lei surge a questão de se saber se, no caso contrário, ou seja, na situação em que se pede ao Poder Judiciário um provimento cautelar de natureza verdadeiramente antecipatória, pode o juiz, se presentes os requisitos necessários, conceder a tutela antecipada ao invés de indeferir o pedido, devendo as partes ingressarem com procedimento autônomo.

Nessas hipóteses, a doutrina e demais estudiosos do Direito formulam vasto e divergente entendimento quanto à aplicação inversa do parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Entende Elias Marques de Medeiros Neto (2004, p. 57) que:

Poderia perfeitamente o magistrado, desta forma, desde que atendidos os requisitos do art. 273 do Diploma Processual, deferir a tutela antecipada ao invés da requerida medida cautelar, autorizando-se, posteriormente, a emenda a inicial, evitando-se, logo, o transtorno de ajuizar nova demanda, o que implicaria, provavelmente, no severo risco de perecimento do bem da vida pleiteado.

O autor ainda ressalta, parafraseando as palavras do jurista italiano Calamandrei, que onde se lê provimento cautelar, deve-se ler medida de urgência, isto porque, quando se trata do excessivo rigor à forma, tenta o legislador corrigir os rigorismos que impedem o alcance da efetividade das decisões judiciais.

É de se acrescentar que outros juristas, como Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, preocupados mais com a efetividade do processo e a instrumentalidade das formas do que com o formalismo às extremas, reconhecem a aplicação inversa do instituto ora em análise como uma via de mão dupla.

Acerca do assunto Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 34-35) consigna que:

O novo texto não deve ser lido somente como portador de uma autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida antecipação de tutela. Também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis, isso significa que *tanto se pode substituir um por outro, como outro por um.*(grifo do autor)

Hodiernamente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça firma entendimento admitindo a fungibilidade entre as tutelas emergenciais na hipótese inversa, através da seguinte ementa do acórdão proposta:

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Medida adequada para enquanto pende de discussão judicial, evitar a inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito. Medida liminar deferida em parte. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. MEDIDA CAUTELAR Nº 6206/SP. Rel. Ministro Ari Pargendler, j. 11.03.2003, D.J. 09.06.2003.

Liderados pela corrente ideológica de Arruda Alvin, outros juristas entendem ser inviável a hipótese inversa, isto porque a fungibilidade seria uma via de mão só. Outrossim, a lei só autorizou o procedimento previsto no parágrafo 7º do artigo 273 do Diploma Processual, porque importaria em conceder o mais se apenas foi pedido o menos.

Isso é assim porque o grau de complexidade dos requisitos da tutela antecipada é maior do que o daqueles que informam a tutela cautelar; a verossimilhança necessária à concessão da medida antecipatória é mais intensa, e a exigência de certeza é maior do que o simplificado *fumus boni iuris* da tutela cautelar.

É cediço entre os estudiosos que a fungibilidade não pode, realmente, apresentar-se sobre mão dupla, porque prejudicaria o direito dos jurisdicionados, já que a concessão da medida cautelar é mais simples do que o deferimento da tutela antecipada, no tocante aos requisitos processuais exigidos e, sobretudo, devido à grande desigualdade processual, e porque a ofensa à ampla defesa e ao contraditório seriam flagrantes.

Figueira Júnior (2002, p. 263), discorrendo sobre a impossibilidade de

conversão inversa, apresenta uma alternativa hábil à resolução desta questão jurídica, todavia, não amparada pela fungibilidade:

Repisa-se que o sistema não prevê a aplicação do princípio da fungibilidade se o pedido formulado for de natureza satisfativa (antecipação de tutela), mas articulado a título de cautelar incidental, em separado. Somente a situação inversa é que está recepcionada e será, portanto, juridicamente possível, ou seja, a fungibilidade do pedido de antecipação de tutela por cautelar incidental formulado no próprio processo de conhecimento e desde que constatado erro escusável. Contudo, se o articulado incidental do autor apresentar-se na forma e no conteúdo como pedido de tutela antecipada, nada obstante o requerimento equivocado de proteção acautelatória conhecerá o juiz, sem qualquer dificuldade ou óbice, da postulação de caráter satisfativo, não aplicado o § 7º do art. 273, porquanto não enquadrado na hipótese descrita.

Desta feita, dizer que a fungibilidade inversa está proibida por lei apenas realça que, em certas situações concretas, não há possibilidade de apreciação através da fungibilidade, sobretudo porque existem outras formas de conhecimento. O processo civil não se restringe apenas às formas específicas de tutela antecipada, mas engloba outros procedimentos como regra geral.

### 3.3 O significado de fungibilidade na tutela antecipada

Vê-se, então, que o parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil admite o princípio da fungibilidade, sempre presente na concessão de recursos. Exige-se o preenchimento dos requisitos e pressupostos para aplicação do princípio, o que significa trocar uma tutela emergencial por outra. Essa troca só é possível se existir submissão entre os requisitos, isto é, deve a medida antecipada erroneamente requerida adequar-se à medida cautelar, satisfazendo tais requisitos plenamente.

O parágrafo ora em comento pretende somente viabilizar a concessão, dentro do processo de conhecimento, da tutela cautelar que foi chamada de antecipatória.

Assim, Luiz Guilherme Marinoni (2002, p. 154) conclui que:

O § 7º do art. 273 não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipada ou trata da possibilidade de toda e qualquer tutela cautelar pode ser requerida no processo de conhecimento. Tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (cautelar ou antecipatória).

A dedução mais acertada, em sede de hermenêutica, caminha no sentido de que, existindo fato incontroverso ou fato demonstrado por meio de documento, a tutela cautelar poderá ser requerida no próprio processo de conhecimento. Destarte, ocorrendo a hipótese de a tutela cautelar ser apreciada com maior profundidade, há que ser proposta ação cautelar e instaurado processo autônomo.

Portanto, de acordo com a melhor interpretação, é de ver-se que, além do princípio da fungibilidade significar a troca na concessão de uma tutela por outra, tem-se o parágrafo 7º como uma disposição *numerus clausus* a impedir que a concessão inversa se opere, ante a letra expressa da lei e a divergência posta entre os pressupostos e requisitos das tutelas emergenciais analisadas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A processualística cível, em tempos hodiernos, atravessa um alvissareiro processo de desburocratização, a fim de se obter instrumentos cada vez mais aptos à aquisição ou proteção dos direitos ameaçados ou efetivamente lesionados.

Todavia, a luta por um procedimento mais célere e eficaz não valida a interpretação demasiadamente elástica de um dispositivo legal, ainda que no intuito de se favorecer a economia processual e a sumarização dos feitos, porque a simplificação do processo não deve implicar em agressão a outros princípios e normas de igual valia.

As inovações foram trazidas por inúmeras reformas impostas ao Código de Processo Civil brasileiro, principalmente no tocante à Lei nº 10.444/2002, que inseriu no bojo do mesmo diploma legal o parágrafo 7º do artigo 273, facultando a possibilidade da concessão de uma tutela de urgência por outra.

Através deste trabalho, procedeu-se o estudo do instituto da tutela antecipada em todos os seus aspectos, desde o seu surgimento até a atualidade, no qual foram estabelecidas, deveras, as similitudes e diferenças doutrinárias e legais postas entre as diversas espécies de tutelas emergenciais.

O segundo capítulo destinou-se à análise do Princípio da Fungibilidade e sua aplicabilidade no Direito Processual pátrio, tanto na esfera cível como na criminal, tudo em sede de recurso, onde se aplica o princípio da instrumentalidade das formas.

Por fim, trabalhamos a hermenêutica do parágrafo 7º do artigo 273 do Caderno Processual Civil brasileiro, especificamente no que pertine à concessão de uma tutela de urgência por outra, visto que as discussões acadêmicas acerca da

correta interpretação do dispositivo ainda não se apresentam exauridas, haja vista a pertinência e celeuma que, constantemente, envolvem a temática *in comento*.

Outrossim, foi possível alcançar os objetivos propostos, retratados na estrutura desenvolvida no bojo dos capítulos supra descritos e, ao final, ratificar o entendimento firmado no problema e hipótese previamente elaborados, a saber: problema – É pacífica a interpretação do parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, no tocante à concessão de uma tutela por outra? Hipótese – Hodiernamente, apesar da confusão presente na atividade dos operadores do Direito, e a despeito da nem sempre correta interpretação do parágrafo 7º do artigo 273, nota-se a eficiência da inovação trazida ao ordenamento jurídico, que já torna o curso do processo mais célere e a prestação jurisdicional útil e justa.

A guisa de conclusão, forçoso é pugnar pela impraticabilidade da aplicação inversa do parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, pena de legitimação da insegurança jurídica e de afronta às disposições *numerus clausus* contidas no mesmo preceito, que já reprime a possibilidade de aplicação inversa.

Acredita-se que este trabalho será de grande valia para os estudos realizados na esfera jurídica, e que servirá de base aos muitos operadores do Direito no entendimento deste mecanismo inédito dentre as tutelas emergenciais, servindo, quiçá, à luta por um sistema jurídico em harmonia com a doutrina, a jurisprudência e a própria lei, capaz de tornar o processo mais célere, acessível, eficaz, e sobretudo seguro, e aplicar o Direito segundo os objetivos traçados pela Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. *A fungibilidade e a tutela antecipada no Direito Processual Civil moderno: tonalidade inovadora da Lei 10.444/2002*. Jus navigandi. 13 jul. 2003. Disponível em: <http://www.jus.com.br>. Acesso em: 26 out. 2004.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1 e 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444 de 7 de maio de 2002*. In *Revista de Processo*. São Paulo: Revisita dos Tribunais, n. 108, 2002.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada na reforma processual*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

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

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº 6206/SP. Teresina. Relator Ministro Ari Pargendler, j. 11.03.2003, D.J. 09.06.2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 26 out. 2004.

CARRARA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CURZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. Ver. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

ESTURILIO, Regiane Binhara. *Breves considerações sobre o princípio da fungibilidade, suas*

*variantes e novas aplicações*. Paraná, Jus Navigandi. 03 jun. 2004. Disponível em: <http://www.jus.com.br>. Acesso em: 26 out. 2004.

FERREIRA, William Santos Ferreira, *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao código de processo civil: suplemento de atualização*: Coordenação Ovídio A. Baptista da Silva. Vol. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

\_\_\_\_\_. *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Medidas de urgência – o necessário sincretismo processual previsto no artigo 273, § 7º, do Código de Processo Civil*. vol. 28. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. Alterações no CPC – Lei nºs 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02 (II). São Paulo: Revista Síntese, 2004.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MILLER, Fernando Faria. *Tutela antecipada*. Disponível em: <http://www.jus.com.br>. Acesso em: 26 out. 2004.

MOREIRA, Eloina Corrêa Gomes. *Tutela antecipada no código de processo civil brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 19, 11 Jan. 2004. Disponível em: <http://www.jus.com.br>. Acesso em: 26 out. 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RABONEZE, Ricardo. *Antecipação da tutela: as modificações introduzidas pela Lei nº 10.444/02*. vol. 18. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. Alterações no CPC – Lei nºs 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02 (II). São Paulo: Revista Síntese, 2002.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Tutela cautelar e tutela antecipatória (âmbito e diferenças dos institutos)*. Jus Navigandi, Teresina, a.3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://jus.com.br>. Acesso em: 26 out. 2004.

SANTOS, Jonny Maikel. *Mudanças de paradigmas na tutela antecipada: interpretações corretiva e valorativa e o perigo na pressa*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 198, 20 jan. 2004. Disponível em: <http://www.jus.com.br>. Acesso em: 29 out. 2004.

SILVEIRA, João José Custódio da. *A cumulação de urgência: inserção de pedido cautelar no processo de conhecimento com permissivo no artigo 273, do CPC*. Júris doctor, São Paulo. Disponível em: <http://www.jusridocor.adv.br>. Acesso em: 25 out. 2004.

THEODORO JUNIOR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 19. ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ANEXOS



**Senado Federal**  
Subsecretaria de Informações

07/05/2002 Referência

**LEI Nº 10.444, DE 7 DE MAIO DE 2002**

*Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.*

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

**Art 1º** Os artigos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

**"Art 273** .....

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5, e 461-A.

.....  
§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (NR)

**"Art 275.** .....

I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo;

....."(NR)

**"Art 280.** No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro."(NR)

**"Art 287.** Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4, e 461-A)." (NR)

**"Art 331.** Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

.....  
§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2." (NR)

**"Art 461.** .....

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva." (NR)

"Art 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:< p> I - corre por conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer;

II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

§ 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade." (NR)

"Art 604. ....

§ 1º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência; se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor e a resistência do terceiro será considerada desobediência.

§ 2º Poderá o juiz, antes de determinar a citação, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exeqüenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o credor não concordar com esse demonstrativo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador." (NR)< p> "Art 621 O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante do título executivo extrajudicial, será citado para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos.

Parágrafo único. O juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo." (NR)

"Art 624. Se o executado entregar a coisa, lavrar-se-á o respectivo termo e dar-se-á por finda a execução, salvo se esta tiver de prosseguir para o pagamento de frutos ou ressarcimento de prejuízos."(NR)

"Art 627. ....

§ 1º Não constando do título o valor da coisa, ou sendo impossível a sua avaliação, o exeqüente far-lhe-á a estimativa, sujeitando-se ao arbitramento judicial.

§ 2º Serão apurados em liquidação o valor da coisa e os prejuízos." (NR)

"Art 644. A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo." (NR)

"Art 659. ....

§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.

§ 5º Nos casos do § 4, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário." (NR)

"Art 814. ...."

Parágrafo único. Equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença, líquida ou ilíquida, pendente de recurso, condenando o devedor ao pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se." (NR)

Art 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 461-A:

"Art 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461." (NR)

Art 3º A Seção III do Capítulo V do Título VIII do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a denominar-se "Da Audiência Preliminar".

Art 4º O art. 744 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a integrar o Capítulo III do Título III do Livro II, vigorando seu caput com a seguinte redação:

"Art 744. Na execução para entrega de coisa (art. 621) é lícito ao devedor deduzir embargos de retenção por benfeitorias.

....." (NR)

Art 5º Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a data de sua publicação.

Brasília, 7 de maio de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

**FERNANDO HENRIQUE CARDOSO**

Miguel Reale Júnior