



**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**

**LEONARDO COSTÓDIO NETO**

**O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE VERIFICADO NAS TUTELAS PROVISÓRIAS  
DE URGÊNCIA**

Florianópolis

2017

**LEONARDO COSTÓDIO NETO**

**O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE VERIFICADO NAS TUTELAS PROVISÓRIAS  
DE URGÊNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Processo Civil, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Especialista em Processo Civil.

Orientação do Professor Henrique Barros Souto Maior Baião, Esp.

Florianópolis

**2017**

**LEONARDO COSTÓDIO NETO**

**O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE VERIFICADO NAS TUTELAS PROVISÓRIAS  
DE URGÊNCIA**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Especialista em Processo Civil e aprovado em sua forma final pelo Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Processo Civil, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 07 de maio de 2017.

---

Professor orientador: Henrique Barros Souto Maior Baião, Esp.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Carina Milioli Corrêa, MSc.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico essa, assim como todas as minhas conquistas, não só no campo do Direito, mas na condução das atitudes que pautam a minha trajetória de vida, ao Dr. Leonardo Costódio (*in memoriam*), advogado e meu avô, exemplo de integridade, e ao meu pai, Dr. Ubiratan Costódio, também advogado, pelo constante incentivo à dedicação ao contínuo aprimoramento e exercício dessa maravilhosa profissão de advogado.

Certamente, sem esses exemplos de vida, fundamentais na formação de meu caráter, seria impossível atingir meus objetivos.

Deus nos abençoe sempre.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela oportunidade da vida, por me conceder nessa existência o compartilhar de momentos e experiências com pessoas espetaculares.

À Jesus Cristo pela vida que deu por nós, pelo seu exemplo de conduta que pauta minhas ações cotidianas e pelo seu evangelho que nos apresenta os parâmetros da moral a ser seguida, sempre tendo por fundamento de atitude a VERDADE.

Impossível não mencionar a força, a coragem, a retidão de caráter e de conduta da minha Mãe, Antonia Fernandez Costódio e as oportunidades de crescimento e reciclagem constante que minha irmã Eliza Costódio me oferece em todos os momentos. Meus mais sinceros agradecimentos.

À minha esposa, meu amor, Carla Leitis, que é um anjo que Deus, em sua infinita misericórdia, colocou em meu caminho, onde pude encontrá-la, além dos agradecimentos, todo meu amor e gratidão eternos.

E ao meu professor orientador, Dr. Henrique Barros Souto Maior Baião, pela paciência e dedicação ao meu aperfeiçoamento pessoal e profissional, bem como à UNISUL por mais essa oportunidade de qualificação intelectual.

Sem vocês nada seria possível.

Deus nos ilumine e abençoe sempre.

## **RESUMO**

O trabalho apresentado tem por objeto a verificação das implicações procedimentais quando da aplicação do princípio da fungibilidade nos requerimentos das tutelas provisórias de urgência antecipadas e cautelares, bem como o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca da fundamentação nas decisões encontradas. Tem por objetivo a verificação da real aplicação do princípio da fungibilidade, quando da concessão ou denegação das tutelas provisórias de urgência antecipadas ou cautelares no novo código de processo civil, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Nessa esteira, apresentar as diferenças conceituais e procedimentais entre as tutelas provisórias de urgência antecipadas e cautelares, destacando as suas respectivas implicações práticas, além de elencar alguns dos princípios que são efetivamente contemplados quando da utilização da fungibilidade para aplicação das tutelas provisórias de urgência antecipadas e cautelares.

Palavras-chave: Tutelas Provisórias, Urgência, Antecipadas, Cautelares, Fungibilidade.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2 CAPÍTULO I - DA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO COM FOCO NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NAS DECISÕES QUE ENVOLVEM AS TUTELAS PROVISÓRIAS.....</b>	<b>11</b>
2.1 DOS PRINCÍPIOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, COM DESTAQUE AO DA FUNGIBILIDADE .....	11
2.2 DA TUTELA PROVISÓRIA.....	22
<b>3 CAPÍTULO II -DA ANÁLISE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE, SOB A ÓTICA DAS PECULIARIDADES PROCEDIMENTAIS, QUANDO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE, VERIFICADO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART.305 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, COTEJANDO DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA .....</b>	<b>29</b>
3.1 DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA.....	29
3.2 DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE .....	34
3.3 DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIACAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE.....	38
3.4 DA APLICAÇÃO EFETIVA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA ANTECIPADAS E CAUTELARES FRENTE AO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE.....	45

3.5 DOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....48

**CONCLUSÃO**.....53

**REFERÊNCIAS**.....54

## 1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso de especialização em Processo Civil Brasileiro é baseado no estudo das inovações verificadas na lei 13.105/05 que introduziu o chamado Novo Processo Civil, no tema inerente às tutelas provisórias.

Trazendo por base conceitos advindos do antigo diploma, as tutelas provisórias, nesse novo contexto, são consideradas gênero das espécies tutela de urgência e de evidência. E, por sua vez, as tutelas de urgência são divididas em antecipadas, as outrora convencionadas como satisfativas, e as cautelares, sendo que ambas podem ser requeridas de forma antecedente ou incidental.

É nesse contexto que se verifica a importância da aplicação do princípio da fungibilidade nas decisões que envolvam as tutelas provisórias de urgência antecipadas ou cautelares, requeridas em caráter antecedente ou mesmo incidental.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo que se configura pela análise de um item mais abrangente para o item específico, partindo do geral para o particular, fazendo com que a partir de algumas premissas, seja possível chegar a algum tipo de conclusão. São verificados princípios conhecidos, como no caso o da fungibilidade, apresentando-os como verdadeiros e inquestionáveis, para então, observarem-se as respectivas conclusões, baseadas na lógica do raciocínio, apresentado dentro de determinadas formalidades.

O primeiro capítulo abordará a questão principiológica verificada no presente estudo, abordando de forma superficial, mas objetiva, as características dos principais princípios do novo diploma, destacando os que são de origem constitucional dos que são inerentes exclusivamente ao processo civil, abordando sempre sob a ótica da cooperação, da boa-fé e da forma com que o princípio da fungibilidade é aproveitado para conferir decisões adequadas em tempo razoável, concluindo de modo a permitir ao observador entender a base principiológica da nova lei, bem como suas aplicações de cunho prático.

Esse capítulo será conclusivo no que tange a importância da aplicação do princípio da fungibilidade para com as decisões que envolvam a concessão ou denegação das tutelas provisórias. Será ainda objeto desse capítulo, a apresentação e análise da tutela provisória, à luz da lei, através da constatação da distinção dos referidos institutos entre a tutela provisória de urgência e a de evidência, bem como das nuances que envolvem a respectiva análise.

O segundo capítulo abordará o tema das tutelas provisórias de urgência antecipadas e cautelares requeridas em caráter antecedente, bem como incidental, tomando

por base a própria disposição verificada na lei, destacando ainda a imprescindível atenção dos operadores do direito quanto aos procedimentos distintos verificados nos referidos institutos a fim de que a efetividade das decisões verificadas consiga ser observada na aplicação prática das medidas.

Em sequência será possível analisar alguns dos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com as respectivas observações quanto a aplicação dos institutos até então estudados de modo que seja plausível a observação do entendimento da corte catarinense quanto à aplicabilidade das matérias abordadas.

Finalizando, serão apresentados alguns julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, onde se constata que o referido tribunal se utiliza do princípio para fundamentar decisões que permitem a adequação dos institutos.

Cada capítulo terá suas respectivas conclusões específicas, sendo que ao final será apresentada a conclusão geral do trabalho.

## **2 DA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO COM FOCO NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NAS DECISÕES QUE ENVOLVEM AS TUTELAS PROVISÓRIAS.**

### **2.1 DOS PRINCÍPIOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, COM DESTAQUE AO DA FUNGIBILIDADE**

Para adentrar ao assunto dos princípios que norteiam o novo código e que serão a base conceitual do estudo ora apresentado, é importante a abordagem a temas destacados pelos doutrinadores como sendo “de vanguarda” na nova lei.

De acordo com Scarpinella Bueno (2017, p.43):

O direito processual civil é o ramo do direito que se volta a estudar a forma de o Poder Judiciário (Estado-juiz) exercer sua atividade-fim, isto é, prestar a tutela jurisdicional a partir do conflito de interesse (potencial ou já existente) que exista entre duas ou mais pessoas.

Trata-se o novo código de uma lei que pretende objetivamente que o acesso a prestação jurisdicional seja mais justa, efetiva e adequada.

Tal eficiência será obtida em razão da boa-fé e da cooperação que o legislador acrescentou à nova sistemática processual civil brasileira.

Comenta ainda Scarpinella Bueno (2017, p.45) que:

[...] tão importante quanto o estudo daqueles atos e do procedimento que os une é o estudo dos atos relativos ao cumprimento do que foi decidido em busca da satisfação do direito, tal qual reconhecido. Dessa forma se constata que a estruturação do novo diploma contempla tal entendimento.

Muito se comenta acerca da própria estruturação do novo código. Estruturação essa, que passa pela lógica mais simplificada na disposição e redação dos assuntos inerentes à cronologia dos atos processuais.

O novo código de processo civil brasileiro é dividido em duas partes, sendo que a primeira é a Parte Geral, por sua vez subdividido em seis livros, iniciando-se o primeiro pelas normas fundamentais e sua aplicação, onde se observa a positivação de vários princípios, dentre os quais alguns constitucionais. Passando para o segundo livro, depara-se com a função jurisdicional, seus limites e competência. O terceiro livro aborda os sujeitos do processo, seguido pelos atos processuais identificados no livro quatro. O livro cinco é o que aborda as

Tutelas Provisórias, objeto desse estudo. Na sequência, o livro seis esclarece a dinâmica da formação, suspensão e extinção do processo.

A segunda parte do código é a Parte Especial, composta por apenas três livros. O primeiro aborda o processo de conhecimento e o cumprimento de sentença, com destaque para as alterações quanto aos procedimentos que se assemelham aos da própria execução de título extrajudicial. O segundo livro é o que apresenta o processo de execução, finalizando com a suspensão e a extinção do referido processo, merecendo destaque aos imprescindíveis embargos à execução. O livro três é o que ensina a forma de manejo dos processos nos Tribunais, bem como os meios de impugnação das decisões judiciais, ou seja, os recursos.

Ao final do diploma, será possível a análise das disposições finais e transitórias.

Essa abordagem, ainda que superficial, ao modelo de estruturação do novo código, permite a constatação de que o legislador se preocupou em estabelecer uma lógica que permita o entendimento das diversas fases do processo civil de forma didática, simples e objetiva e, porque não dizer, cronológica. Assim sendo, pode-se entender que o novo código se apresenta como um conjunto de regras processuais divididas de forma organizada e lógica, o que, além de facilitar o entendimento dos operadores do direito, se aproxima mais ainda da realidade fática verificada nas esferas dos tribunais pátrios.

Ensina ainda Nelson Nery Junior (2015, p.186) que:

O CPC é norma geral de processo, razão porque incide nas situações em que houver lacuna nas leis processuais civis extravagantes, bem como nas leis processuais especiais civis e não civis. Tal ensinamento demonstra a importância do estudo e da correta aplicação da nova lei, bem como o correto entendimento de sua abrangência.

Importantes alterações são observadas quanto a atuação dos advogados e seus reflexos.

Nesse sentido, é possível observar, através do disposto no Código de Processo Civil Anotado, (OAB-PR, 2015), na sua Apresentação, que:

O advogado é indispensável à administração da justiça não apenas como procurador da parte que requer em juízo, mas, também, como um qualificado colaborador que atende o dever ético de contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis.

Aos advogados especificamente, o código apresenta uma nova forma de contagem de prazos, agora em dias úteis.

Essa alteração, embora venha ao encontro das expectativas dos ilustres causídicos, certamente é contrária aos objetivos da celeridade das decisões, pois os prazos de respostas às

citações e intimações serão sempre maiores do que os verificados no diploma anterior, fato esse que não coaduna com a expectativa de razoável duração do processo, sendo objeto de críticas dos doutrinadores de forma geral. Os honorários sucumbenciais também devem ser uma tônica positiva para com a efetividade das decisões. Como o novo código contempla de forma objetiva a aplicação de honorários sucumbenciais, principalmente nas fases recursais, recursos eminentemente protelatórios, certamente serão objeto de análise mais acuradas pelos demandantes, tendo em vista o risco de arcarem com a sucumbência.

As decisões conhecidas como decisões surpresa, também não serão admitidas. Os magistrados têm então, a obrigação de fundamentação específica de cada item que componha a decisão, criando assim um ambiente mais adequado ao manejo dos recursos. Tal preceito é possível encontrar nos comentários de Marcos André Franco Montoro (2017, p.672):

Aplicação do art. 933, que veda as chamadas “decisões surpresas”, estabelecendo que o relator deve determinar que as partes debatam questões ainda não examinadas no processo e que podem ser levadas em consideração no julgamento do recurso pendente.

Na mesma esteira, observa-se a possibilidade das decisões parciais de mérito. Essa possibilidade carrega uma alternativa útil à obtenção da prestação jurisdicional na medida em que, ao momento da verificação da possibilidade de decisão de mérito parcial pelo magistrado, seja possível dar prosseguimento aos outros elementos e fases processuais que careçam de decisões de forma mais aprofundada, inclusive com a aplicação do moderno instituto do saneamento compartilhado. Tal situação permite abordagem ao mérito de forma parcelada, finalizando-se assim a utilização do princípio da unicidade de julgamento da decisão de mérito, necessidade essa verificada na aplicação do antigo diploma.

A utilização dos precedentes, bem como dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, também tem o condão de esclarecer entendimentos que servirão de base às decisões futuras. Com a utilização de tais institutos será possível identificar com maior probabilidade de acerto, a pertinência de eventuais pleitos com decisões já sedimentadas.

Diversas outras inovações são observadas no novo diploma legal, sendo que seus efeitos práticos deverão ser sentidos no decorrer da aplicação da lei.

Analisando as questões ora abordadas, pode-se entender que os objetivos de adequação das decisões judiciais dentro de espaço de tempo razoável são a tônica da nova lei processual.

Ao abordar já no início do texto legal os princípios norteadores, o legislador fortaleceu as intenções da sociedade para com a efetividade da prestação jurisdicional.

Os princípios são os fundamentos basilares de qualquer aplicação legal, uma vez que são os elementos que definem as mínimas diretrizes de comportamento do Estado-Juiz.

Demonstra Scarpinella Bueno (2017, p.47) que:

Os princípios se ocupam especificamente com a conformação do próprio processo, assim entendido o método de exercício da função jurisdicional. São eles que fornecem as diretrizes mínimas, embora fundamentais, de como deve se dar o comportamento do próprio Estado-juiz. Eles prescrevem, destarte, o “modo de ser” (mais precisamente, de “dever-ser”) do processo da perspectiva constitucional.

Alguns são de origem constitucional e outros inerentes especificamente ao próprio código.

Vários princípios constitucionais são efetivamente positivados no novo diploma.

Para Moreira e Pinto (2017, p. 06):

A par de consagrar o modelo constitucional do processo civil, repetindo normas constitucionais que tratam, por exemplo, da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5o, XXXV e NCPC, art. 3o, caput), da razoável duração do processo (CF, art. 5o, LXXVIII e NCPC, art. 4o, caput), do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5o, LV e NCPC, art. 7o), da proteção à dignidade da pessoa humana e dos princípios da legalidade, publicidade e eficiência (CF, art. 1o, III e 37, caput, e NCPC, art. 8o) e da fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX e NCPC, art. 11), a Parte Geral do Novo Código (o “espírito” do CPC de 2015) também inova, especificando e aclarando a verdadeira finalidade social do processo civil: a pacificação social.

O princípio do direito de ação é um dos basilares do novo código, não sendo por acaso que se encontra logo no início do texto, mais precisamente no seu artigo terceiro. Para Nelson Nery Junior (2015, p. 187):

O princípio constitucional do direito de ação garante ao jurisdicionado o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada (Nery. Princípios, n.19, p.187). Por tutela adequada entende-se a que é provida da efetividade e eficácia que dela se espera. Segue ainda afirmando que “haja ou não lei prevendo e regulando concessão de liminares, haja ou não lei limitando ou restringindo a concessão de liminares, se o jurisdicionado dela necessitar, deve ser concedida pelo Poder Judiciário, em atendimento ao fundamento constitucional ora analisado.

Esse entendimento vem diretamente ao encontro do objetivo verificado nesse trabalho, uma vez que, através da aplicação do princípio da fungibilidade nas tutelas provisórias de urgência se proporciona ao jurisdicionado a obtenção de seu direito

independente da verificação do atendimento à eventuais formalidades processuais que poderiam impedir que tivesse seu direito observado e atendido tempestivamente.

Do princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da prestação jurisdicional, se observa que a constituição impõe ao poder judiciário a obrigação de oferecer uma decisão frente a qualquer ameaça ou lesão ao direito. Para Scarpinella (2017, p. 48), “ele quer significar o grau de abertura imposto pela CF para o direito processual civil”.

O princípio do devido processo legal, determina as mínimas condições procedimentais a serem observadas pelo Estado-Juiz para lidar com eventual ameaça ou lesão ao direito. Entende Scarpinella Bueno (2017, p.49) que o referido princípio:

[...]volta-se, basicamente, a indicar as condições mínimas em que o desenvolvimento do processo, isto é, o método de atuação do Estado-juiz para lidar com a afirmação de uma situação de ameaça ou lesão a direito, deve se dar.

O princípio do contraditório leva em consideração a possibilidade de participação e colaboração da parte para com o regular desenvolvimento do processo e para com a conseqüente decisão futura. É a partir do contraditório que a parte tem a oportunidade de se manifestar de forma a influenciar a decisão. Para Scarpinella (2017, p.50), “contraditório deve ser entendido como possibilidade de *participação* e *colaboração* ou *cooperação* ampla de todos os sujeitos processuais ao longo do processo.” Acrescentando ainda que “esta *participação*, *colaboração* ou *cooperação* devem ser compreendidas na perspectiva de as partes e eventuais terceiros intervenientes conseguirem *influenciar* a decisão do juiz.”

No mesmo sentido é que se apresenta o princípio da ampla defesa que, conforme Scarpinella Bueno (2017, p.51, 52) “devem ser entendidos como criação de mecanismos, de formar, de técnicas processuais, para que a ampla defesa seja exercitada a contento.” Assim sendo, se caracteriza pelas várias oportunidades de manifestação ao longo da demanda processual.

O princípio do duplo grau de jurisdição encontra-se diretamente atrelado aos recursos que se traduzem eficientes em mecanismos de defesa. Conceitua Scarpinella (2017, p. 53) como sendo o “modelo que garante reversibilidade ampla das decisões judiciais por magistrados preferencialmente diferentes e localizados em nível hierárquico diverso.”

O princípio do juiz natural é relacionado à possibilidade de identificação do juízo, ou seja, do órgão jurisdicional competente, de modo que ocorra a racional distribuição da carga de trabalho aos órgãos jurisdicionais, regulando-se assim a referida competência, destacando-se o fato de que a autoridade judiciária que deverá julgar determinado fato, deve

existir antes da ocorrência do referido fato, conforme ensina Scarpinella. Entende ainda Augusto Tavares Rosa Marcacini (2015, p. 1457) que “o juiz natural de uma causa é aquele a quem ela foi atribuída, como resultado da aplicação das normas gerais e abstratas que definem a competência dos órgãos judiciais.”

Embora o princípio da imparcialidade não seja verificado de forma positivada na constituição federal, este se verifica em decorrência do princípio do juiz natural, destacando que o juiz deve sempre ser indiferente para com o litígio analisado, o que se extrai dos ensinamentos de Scarpinella Bueno e Paula Pessoa Pereira (2015, p.95) ao afirmar que:

[...] nesse cenário, a imparcialidade apresenta-se como elemento essencial da jurisdição, uma vez que o direito fundamental ao processo justo (CF, art. 5º, inciso XXXVII) requer do Estado a prestação de uma tutela jurisdicional adequada e tempestiva, dentro de uma estrutura normativa institucional estável e isenta de qualquer interesse.

Observam-se ainda, os princípios da isonomia que determina que deve existir equilíbrio e identidade para com aplicação das decisões de modo a tratar de forma igualitária aos litigantes.

O princípio da publicidade que confere a imprescindível transparência na condução processual que leva a aplicação do direito material.

A publicidade dificulta a ocorrência de conluíus e práticas fraudulentas na exata medida em que confere não só às partes interessadas (que muitas vezes podem estar unidas na tentativa de burlar a lei), mas a toda a sociedade o poder de controle dos atos processuais. (SILVA CAIS, 2015, P.329).

O princípio da motivação ou da fundamentação das decisões, que exige que qualquer decisão seja devidamente fundamentada, ou mesmo justificada pelo juiz, que deve, de certa forma, realizar a prestação de contas de sua atividade jurisdicional. Para Scarpinella Bueno (2017, p.56), “o princípio da motivação expressa a necessidade de toda e qualquer decisão judicial ser explicada, fundamentada e justificada pelo magistrado que a proferiu, levando em conta o direito aplicável e as vicissitudes do caso concreto.”

Como o objetivo da análise verificada através do presente estudo é o da aplicação do princípio da fungibilidade para com as decisões das tutelas provisórias, o que se traduzirá certamente em decisões mais céleres, adequadas e justas, é imprescindível o cortejo dos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional, da duração razoável do processo ou darazoabilidade, da efetividade, e da proporcionalidade frente ao da fungibilidade.

O princípio da duração razoável do processo se reflete na eficiência processual de modo a conceder a tutela jurisdicional no tempo considerado razoável, ou seja, no menor espaço de tempo possível entre a apresentação da demanda e as decisões de fundo prático. Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p.198) “razoável duração do processo é conceito legal indeterminado que deve ser preenchido pelo juiz, no caso concreto, quando a garantia for invocada. Norma de eficácia plena e imediata (CF 5.º §1.º), não necessita de regulamentação para ser aplicada.”

Por efetividade do processo se verifica a possibilidade de serem tornados reais os direitos controvertidos, lesionados ou ameaçados. Para Scarpinella Bueno (2017, p.58) o referido princípio “volta-se mais especificamente aos *resultados* da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo.”

Quanto ao princípio da proporcionalidade, entende André Luiz Bauml Tesser (2015, p.503) que “adotando-se critérios de proporcionalidade, o juiz deve sopesar as circunstâncias específicas do caso concreto para decidir se concede ou não medida.”

Assim sendo, se torna possível vislumbrar que, para que ocorram decisões céleres, efetivas, adequadas e justas, no caso de demandas por tutela provisórias, é absolutamente imprescindível, quando o caso assim requerer, a aplicação do princípio da fungibilidade, de modo a afastar entraves processuais que impeçam a obtenção da tutela jurisdicional.

Observa-se então, que o novo código de processo civil, apresenta princípios que, embora não sejam diretamente originários do diploma constitucional, contribuem de forma significativa para com o bom andamento do processo e das decisões judiciais.

O princípio da boa-fé obriga aos sujeitos do processo a agir dentro de normas e parâmetros éticos de modo que seja possível que tenham comportamentos adequados ao bom andamento processual e conseqüentemente ao deslinde da lide. É também basilar no novo diploma, bem como em todo o ordenamento jurídico brasileiro, transcendendo aos deveres de probidade e de lealdade processual. Entende Nelson Nery Junior (2015, p. 206) ao comparar esse princípio com o que era verificado no diploma anterior que “a diferença é que, agora, existe uma imposição geral de boa conduta mais explícita, além dos dispositivos que tratam dos deveres das partes e da sua responsabilidade por dano processual.”

Fundamental destacar o princípio da cooperação que, embora inspirado no modelo constitucional, que prevê ampla participação dos sujeitos do processo no total das atividades jurisdicionais, não se encontra positivado no mencionado diploma. Tal princípio determina que os sujeitos do processo devem observar o dever de cooperar entre si, esclarecendo as questões que lhes forem pertinentes, observando as consultas realizadas pelo magistrado e

agindo no sentido do melhor esclarecimento, atentando para a melhor forma de atuação de modo a se prevenirem do uso inadequado do processo e, finalmente auxiliarem às partes de modo que possam superar suas dificuldades inerentes ao cumprimento de seus deveres, direitos e faculdades processuais. Para José Rogério Cruz e Tucci (2015, p.13),

[...] na verdade, inspirando-se na moderna doutrina que já adotara entre os princípios éticos que informam a ciência processual o denominado “dever de cooperação recíproca em prol da efetividade”, o legislador procura desarmar todos os participantes do processo, infundindo em cada qual um comportamento pautado pela boa-fé, para se atingir uma profícua comunidade de trabalho. E isso, desde aspectos mais corriqueiros, como a simples consulta pelo juiz aos advogados da conveniência da designação de audiência numa determinada data, até questões mais complexas, como a expressa previsão de cooperação das partes ao ensejo do saneamento do processo (CPC/2015, art. 357, § 3º).

O princípio da fungibilidade refere-se a tudo que possa ser trocado ou substituído e, será então abordado sob a ótica tanto da oposição ao princípio da instrumentalidade e em sintonia aos da razoabilidade e proporcionalidade, bem como o de princípio regulador entre os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e da instrumentalidade ou relevância das formas.

A fim de fortalecer o conceito de fungibilidade, importante observar o entendimento de Vitor A. A. Bonfim Marins em estudo sobre as medidas cautelares, segundo o qual “juridicamente dizem-se fungíveis as coisas ou bens que equivalem a outros da mesma classe ou espécie”, de onde se conclui que o sentido da fungibilidade é a substituição.

Com relação ao princípio da instrumentalidade das formas, segundo Nelson Nery Junior (2015, p.826), aprende-se que “o código adotou o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual o que importa é a finalidade do ato e não ele em si mesmo considerado. Se puder atingir a sua finalidade, ainda que desatendida sua forma, não se deve anulá-lo.” E segue “o aproveitamento dos atos deve se dar desde que não haja prejuízo à defesa de *qualquer parte*.” Concluindo que “não importa a posição da parte no feito, seja ela autora ou ré, deve se beneficiar do aproveitamento dos atos praticados.”

O princípio da proporcionalidade tem por objetivo impedir que excessos sejam cometidos de modo a evitar restrições abusivas ou desnecessárias, conforme se destaca do artigo oitavo do novo código.

No primeiro caso, a fungibilidade se apresenta enquanto ideia de lógica de substituição quanto a aplicação do direito material. Quanto ao direito processual, sua lógica é

a da aceitação e não de transformação ou conversão, devendo ser aplicado e aceito pelo fato de ser útil ao momento e aos objetivos verificados.

O termo fungibilidade não se encontra escrito nos artigos estudados. Dessa forma o pedido deve ser sempre realizado de modo implícito, apresentando a alternativa de forma subsidiária. Pode ser verificado na aplicação dos recursos e nas intervenções de terceiros. A ausência observada na nova lei quanto às cautelares outrora nominadas, também permite aplicação do referido princípio quando da verificação do disposto no artigo trezentos e um do novo código.

Assim sendo, se constata tratar-se de um princípio com uma possibilidade ampla de aplicação, sempre oriundo de eventual dúvida razoável, sendo contrário diretamente ao princípio da instrumentalidade que, no caso de aplicação da fungibilidade deve ser mitigado.

Inicialmente existiriam dois requisitos básicos para utilização do princípio da fungibilidade na aplicação das tutelas provisórias de urgência antecipadas e cautelares (informação verbal)<sup>1</sup>.

O primeiro é a observação de ausência de erro grosseiro, quando não seria possível afirmar com certeza qual o meio processual mais adequado, existindo a dúvida objetivamente demonstrada. A título de ilustração, se apresenta a sustação de protesto que, operada anterior ao registro, tem característica de tutela cautelar e, se aplicada depois de efetivado o registro, adquire a natureza de tutela antecipada (informação verbal)<sup>1</sup>.

O segundo requisito é o relativo ao princípio já abordado da boa-fé, onde se permite a demonstração da dúvida, bem como da tempestividade dos meios escolhidos, quando então deve ser realizada a aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade dos meios processuais. Cabe destacar que a estrutura normativa observada no novo código, obriga a apresentação da estrutura principiológica que servirá de base à decisão requerida, sempre atentando ao fato de que o poder geral de cautela deve ser sempre mantido.(informação verbal)<sup>1</sup>.Uma vez exaurida a verificação da aplicação do princípio da fungibilidade enquanto em sintonia aos princípios constitucionais e processuais, com destaque aos da razoabilidade e proporcionalidade, será possível observar o comportamento quando da aplicação do referido princípio como regulador entre o princípio da instrumentalidade que determina que o uso das formas deve ser vinculado às finalidades do processo e o da inafastabilidade do controle jurisdicional que ensina que a jurisdição deve atuar produzindo efeitos práticos, ainda que

---

<sup>1</sup> Informação coletada no III Congresso De Processo Civil De Florianópolis - Aniversário Da Vigência Do Novo CPC - Tutela Provisória E O Princípio Da Fungibilidade - Eduardo Lamy (Doutor PUC-SP. Professor UFSC. Advogado) em 23 de março de 2017.

despreze o aspecto formal que, eventualmente, poderia afastar a praticidade do efeito da respectiva decisão.

O princípio da fungibilidade se destaca por apresentar características que permitam a substituição de bens por outros de mesma quantidade, qualidade e espécie, desde que tenham absolutamente o mesmo efeito jurídico sem causar prejuízo às partes. Pode ser entendido como sendo um princípio regulador, utilizado para manutenção da harmonia e equilíbrio do sistema jurídico quando ocorre o chamado conflito entre princípios, como explicado acima.

O direito processual civil brasileiro é baseado ainda no princípio da regulação das formas ou instrumentalidade, que determina exatamente o modo de aplicação de determinados atos, não aceitando outras formas de execução destes, ou seja, se a lei prevê a forma de realizar determinado ato, não seria aceitável que o fosse realizado de outra maneira. Como existem situações em que as formas não são exatamente adequadas aos respectivos atos, é necessário que seja mitigado o princípio da instrumentalidade o que, de certa forma, permite que a utilização das formas seja subordinada à finalidade do processo, não impedindo, como eventual consequência o afastamento do referido princípio do controle jurisdicional.

Fundamental ainda se faça abordagem ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional que, além de garantir o livre acesso à justiça, determina que a sociedade, na totalidade de seus membros, possa ter acesso à atividade jurisdicional. Para Caio Roberto Souto de Moura (MOURA, 2007), “O princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional consagra uma garantia fundamental que traduz o direito público subjetivo de obtenção da efetiva tutela jurisdicional, na defesa de direitos de qualquer natureza.”, ou seja, é garantido o livre acesso a justiça, uma vez que a atuação jurisdicional deve se estender a todos.

Verifica-se de plano então, que ocorre um conflito de princípios. O da regulação das formas ou instrumentalidade que se apresenta em certa oposição ao da inafastabilidade do controle jurisdicional. O primeiro exige que determinadas formas previstas em lei, sejam observadas para que os procedimentos adquiram efeitos jurídicos práticos, enquanto que o segundo determina que, independente do aspecto formal, a jurisdição deva ser atuante, produzindo os chamados efeitos jurídicos.

Quando é identificada tal situação, é necessário que se recorra a um terceiro princípio, o chamado princípio regulador, que permite que seja verificado o imprescindível equilíbrio entre os princípios conflitantes.

Nesse contexto, quando verificada a necessidade de aplicação das tutelas provisórias de urgência antecipadas ou cautelares, é que realmente se observa a importância do princípio da fungibilidade. É justamente o princípio que vem regular e equilibrar as discrepâncias apresentadas. Permite que seja realizada a prestação da tutela jurisdicional, atendendo as formas determinadas na lei, evitando-se assim o formalismo excessivo e, por vezes, nocivo ao fim que se pretende.

Dessa forma, se percebe que o princípio da fungibilidade até pode adquirir um caráter instrumental, uma vez que absorve e minimiza aspectos negativos do formalismo excessivo de modo a prevenir eventuais prejuízos advindos de excesso de procedimentos formais, conferindo validade ao processo, de modo que esse realize a efetiva prestação jurisdicional.

Assim sendo, esse princípio garante a segurança, uma vez que se trata, nesse caso, de um princípio residual e regulador, possibilitando assim decisões judiciais mais apropriadas.

Cabe destacar que tal aplicação só ocorre se não houver dúvidas acerca da adequação de procedimentos semelhantes e se não for verificado erro grosseiro capaz de impedir tais procedimentos (informação verbal)<sup>2</sup>.

Pode-se concluir, portanto, que a aplicação do princípio da fungibilidade permite ainda que outros princípios, devidamente positivados no código sejam contemplados de modo a realizar a prestação jurisdicional de forma eficiente e legal, como o princípio da efetividade e mesmo o da adequação das decisões.

Como já apresentado, a Lei 13.105/15 trouxe positivados vários princípios, inclusive constitucionais, que possibilitam que as partes tenham uma decisão acerca de sua lide, da forma mais rápida e efetiva possível, como ainda os da celeridade processual e da primazia do julgamento de mérito, todos com grande destaque no novo diploma.

O presente estudo tem por objetivo demonstrar a importância da utilização do princípio da fungibilidade para que os pedidos de tutela provisória de urgência, cautelares ou antecipadas, possam ser devidamente apreciadas de modo que o requerente possa ver satisfeita sua pretensão de forma célere, adequada e justa.

No antigo código eram várias as medidas de natureza cautelar que eram vinculadas aos procedimentos especiais de modo que o princípio da fungibilidade era bem mais aplicado. Com o advento do novo código, e a conseqüente simplificação dos

---

<sup>2</sup>Informação coletada no III Congresso De Processo Civil De Florianópolis - Aniversário Da Vigência Do Novo CPC - Tutela Provisória E O Princípio Da Fungibilidade - Eduardo Lamy (Doutor PUC-SP. Professor UFSC. Advogado) em 23 de março de 2017.

procedimentos, aliada a extinção das cautelares típicas, a aplicação do referido princípio passa a adquirir um caráter de maior importância, devendo ser de aplicação praticamente automática, uma vez que, ainda que observado o momento do requerimento, se ao mesmo tempo da ação principal ou anterior a esta, dúvidas quanto a nomenclatura dos institutos e conseqüentemente dos procedimentos podem ocorrer.

É certo que a sistemática apresentada facilita a obtenção do resultado prático do direito pleiteado, assim como a aplicação do princípio da fungibilidade pode ser considerado o elemento que crie as condições à efetiva prestação jurisdicional.

Importante abordar a crítica de Nelson Nery Junior (2015, p.842) ao afirmar que:

No caso das tutelas de urgência, não há razão para acreditar que haja necessidade de aplicação do princípio, uma vez que a atenção se volta para o momento em que é requerida a medida: se ao mesmo tempo em que é proposta a ação principal, ou anteriormente a esta.

Como exaustivamente apresentado, a questão que envolve a aplicação do princípio da fungibilidade nas tutelas provisórias de urgência, deve ser observada sob o aspecto da inexistência de erro grosseiro e da dúvida na aplicação do instituto. Assim sendo, entende-se ser absolutamente possível e, porque não, provável, que ocorram equívocos quando da proposição de tais tutelas, de modo que entende-se ser perfeitamente aplicável e adequada a aplicação do referido princípio de modo a não impedir o acesso a justiça dos demandantes que necessitam de uma prestação jurisdicional mais próxima da perfeição possível, principalmente se atentarmos para a possibilidade de estabilização das medidas concedidas em sede de tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente, como será objeto de esclarecimentos a seguir.

## **2.2 DA TUTELA PROVISÓRIA**

O objetivo de pacificação social, advinda da extinção de eventual litígio, uma vez devidamente aplicadas ao caso concreto às respectivas regras que permitam atingir tal fim, só é atingido através das tutelas de conhecimento e de execução.

Esse é o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque (2015, p.493) ao afirmar que:

O legislador processual adotou o termo tutela provisória para identificar modalidade de tutela jurisdicional cujo escopo não é, ao menos em princípio, solucionar

definitivamente a crise de direito material. A definição da regra a ser aplicada ao caso concreto e a respectiva efetivação prática dessa decisão, com a consequente extinção do litígio e a obtenção da pretendida pacificação social, são alcançadas pelas tutelas cognitiva e executiva.

As tutelas provisórias, conforme nomenclatura do novo diploma são os procedimentos pelos quais através de cognição sumária do juiz, ou seja, a partir da verificação de elementos indispensáveis à decisão daquele momento específico, seja possível garantir um resultado adequado o mais rápido possível de modo que o aspecto prático da decisão seja, ou possa ser, efetivado no momento ideal, cuja finalidade é eliminar a discussão sobre o direito material. Ainda para José Roberto dos Santos Bedaque (2015, p.494

O Código de Processo Civil de 2015 procurou conferir melhor sistematização ao instituto. Em primeiro lugar, denominou-o Tutela Provisória, visando a possibilitar sua identificação no sistema das tutelas jurisdicionais. A expressão leva em consideração a principal característica dessa modalidade de tutela, comum em todas as suas espécies, e apta a distingui-la da Tutela Definitiva, cuja finalidade é eliminar a crise de direito material.

As tutelas provisórias do novo código de processo civil são divididas em tutelas de urgência, por sua vez cautelares e antecipadas, e de evidência. Quanto às tutelas de urgência, se verifica que a intenção do legislador foi a de facilitar o entendimento e aplicação do instituto, que tem por objetivo precípuo, a proteção do direito que se encontra em risco, facilitando-se assim, conseqüentemente, o manejo pelos advogados.

As tutelas de urgência e de evidência têm cada qual, seu procedimento próprio, o que obriga que a medida a ser pleiteada seja definida no respectivo pedido, de modo que o requerimento é o elemento que distingue a aplicação dos institutos.

As tutelas cautelar e antecipada, espécies do gênero tutela provisória de urgência, no antigo código, tinham distinções mais acentuadas que as verificadas nesse novo diploma. A tutela antecipada era relativa à própria antecipação dos efeitos da sentença de mérito, cedendo o respectivo provimento jurisdicional ou mesmos seus efeitos, enquanto que a cautelar se limitava a assegurar o resultado prático do processo bem como a efetivação do direito do autor. Ambas revestidas de caráter de urgência uma vez que visavam resguardar direitos que, ainda que por cognição sumária pelo magistrado, pudessem ser protegidos ou tutelados, de modo a serem oportunamente efetivados.

Para Scarpinella Bueno (2017, p.257):

É correto entender a tutela provisória, tal qual disciplinada no CPC 2015, como o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão estável (por isso, provisória) apta a *assegurar e/ou satisfazer*, desde logo, a pretensão do autor, até mesmo de maneira liminar, isto é, sem prévia oitiva do réu.

Entende-se então que foram recepcionadas de modo a facilitar o entendimento do operador, uma vez que apresentam finalidades e características muito parecidas, merecendo tratamento jurídico similar destacando que foram mantidos os preceitos jurídicos que ensejaram as diferenças conceituais, apresentam-se assim como institutos muito aproximados, embora com definições procedimentais próprias.

Quando se aborda a questão das tutelas provisórias, são verificadas situações absolutamente fundamentais para com a efetividade das decisões. Trata-se de decisões com reflexos práticos imprescindíveis ao desenrolar da lide que, por não serem baseadas em cognição exauriente, carecem de determinados procedimentos para sua efetividade enquanto decisão final.

O novo código no que diz respeito à questão das tutelas provisórias, contemplou uma tendência observada no Direito Brasileiro ao eliminar as cautelares nominadas, uma vez que não se justifica a manutenção dos procedimentos cautelares típicos que outrora exigiam a aplicação mais efetiva do princípio da fungibilidade.

No entendimento de Nelson Nery Junior (2015, p.860):

São possíveis todas as medidas que visem o resguardo do direito pretendido, motivo pelo qual o rol indicado neste dispositivo é enumerativo”, ao se referir ao disposto no artigo trezentos e um do novo código. Concluindo ainda que “ este dispositivo traz as definições de arresto e seqüestro que já eram correntes em doutrina na época da vigência do CPC/73. Note-se, todavia, que há o uso da forma verbal “pode”, o que indica que o juiz não precisa se ater a essas medidas nos casos mencionados no parágrafo, caso outra medida se apresente mais adequada.

De certa forma, encontra-se aqui mais um exemplo de aplicação do princípio da fungibilidade.

Também não recepciona o termo satisfativa, embora ainda existam as eventuais medidas exaurientes a serem verificadas até a decisão final.

Cabe destacar ainda, enquanto diferenciação entre as tutelas de urgência, cautelar e antecipada que, na tutela de urgência antecipada, devem ser obrigatoriamente apresentados dois tipos distintos de pedidos: o mediato e o imediato, sendo que o primeiro representa o bem da vida, ou seja, a vantagem prática pleiteada e o segundo o tipo de providência jurisdicional a ser aplicada pelo magistrado, cada qual concedido no momento oportuno.

Nesse sentido, ensina Theodoro Junior (2016 p.50):

Ocorre que na tutela antecipada, o órgão julgador, entrega o bem da vida, a vantagem prática, ou seja, apenas o pedido mediato. Jamais haverá a entrega do pedido imediato, pois, nesse caso, o juiz já proferirá a sentença, o julgamento antecipado da lide.

Quando requeridas em caráter incidental, ou seja, no bojo do processo em andamento, não ocorre origem de nova relação processual e conseqüentemente, é desnecessário o recolhimento de custas, mesmo que seja para outro requerimento, destacando-se ainda que a forma incidental não apresenta procedimento específico, fazendo crer que os requerimentos deverão ser realizados através de simples petição, valendo mencionar que tal determinação legislativa não encontra correspondência com o antigo código. Para Nelson Nery Junior (2015, p.860) “ainda que se trate de um pedido em separado, não há necessidade do pagamento de custas no caso da tutela antecipada incidental.”

É possível que no curso de um processo apareçam elementos que justifiquem a alteração de eventual medida concedida ou denegada, caracterizando assim a provisoriedade dessa espécie de tutela.

Nesse sentido ainda, é o ensinamento de Scarpinella Bueno (2017, p. 264) ao afirmar que:

[...] uma coisa é certa, todavia, com relação à tutela provisória requerida incidentalmente: para ela não faz diferença, felizmente, se ela é “antecipada” ou “cautelar”, isto é, se sua finalidade é predominante satisfativa ou se predominantemente assecuratória. Inexiste para elas a distinção procedimental que, para a hipótese de elas serem formuladas antecedentemente, estabelece o CPC de 2015, como se lê de seus arts. 303 e 304 e 305 a 310, respectivamente.

Na pendência ou até mesmo durante a suspensão do processo, salvo decisão judicial contrária, é conservada a eficácia da tutela provisória, podendo ser revogada ou alterada a qualquer tempo. Tal possibilidade confere um caráter transitório ainda mais acentuado ao instituto. Importante distinção quanto ao diploma anterior na medida em que era desnecessária tal definição pois no caso da tutela antecipada já era entregue o provimento jurisdicional ao momento do pedido, fazendo com que outrora pudesse ser inócua tal previsão. Esse aspecto vem ao encontro da simplificação e melhoria do novo instituto bem como do novo diploma legal. Importante destacar o entendimento de Nelson Nery Junior (2015, p. 849) ao afirmar que:

Não haveria a necessidade de prever que a tutela antecipada conservaria eficácia durante a suspensão do processo, se tratasse de uma efetiva entrega do provimento jurisdicional, como ocorria no CPC/1973 – e muito menos de se admitir que uma decisão judicial pudesse decidir de modo contrário.

As providências para efetivação da tutela invariavelmente se alteram em função do tipo de medida adequada quando aplicada à situação concreta. As medidas aplicadas a efetivação da tutela provisória, deverão ser sempre as menos gravosas dentre as consideradas pelo magistrado, exercendo assim seu poder de discricionariedade, restando por inalterado o seu poder geral de cautela, abrindo-se assim amplas possibilidades tanto ao juiz quanto ao jurisdicionado.

Quando o juiz verificar que a tutela adequada for medida urgente, desde que preenchidos os requisitos legais, tem o dever de conceder independente de existir alguma lei específica que autorize, bastando se basear na interpretação dos princípios e das normas constitucionais. Destaque aos procedimentos a serem observados para efetivação da tutela provisória que são os inerentes ao cumprimento provisório de sentença, quando viáveis. Ilustra assim, Nelson Nery Junior (2015, p.849), “quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente”.

Cabe enfatizar que, principalmente nas obrigações de fazer, reside uma necessidade da adoção de medidas adequadas a proporcionar a satisfação, podendo exigir a realização de atos mais complexos.

A obrigatoriedade de fundamentação é definida pela constituição e a motivação do convencimento do magistrado deverá ser apresentada de forma clara e precisa sempre que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória. Assim entende Nelson Nery Junior (2015, p.853), “a fundamentação da decisão há que ser completa, para abarcar as hipóteses de fato que revelaram a urgência da medida ou a evidência de prova que autoriza a solução dada.”

Como se trata de decisão interlocutória, se faz impugnável através de recurso de agravo.

Deve o magistrado verificar se estão preenchidas as condições para concessão do pedido de tutela, bem como se estão adequadas aos respectivos requerimentos de urgência ou evidência, abordando sistematicamente os fatos que ensejaram a decisão.

Ao juízo competente para conhecer o processo principal é que deve ser endereçada a requisição da tutela provisória quando requerida em caráter antecedente, sendo possível deduzir que é ao juiz da causa quando incidental.

Quando a ação original for de competência do tribunal, como é o caso das ações rescisórias, a respectiva tutela também será. Entende-se pela ocorrência da simplificação da definição bem como da aplicação dos institutos da tutela provisória. Para Nelson Nery Junior (2015, p.854) “é do juízo competente para conhecer a ação principal, da qual a cautelar é acessória”.

Já a tutela provisória de evidência, assim como o direito líquido e certo no mandado de segurança, ou o direito do exequente no processo de execução de título executivo, é cabível quando o direito for absolutamente evidente sendo desnecessária a verificação do perigo na demora na concessão da tutela ou mesmo da fumaça do bom direito, uma vez que, em não havendo defesa plausível ou possível controvérsia, se verifica de plano a existência do direito e de sua justa aplicação.

Ensina ainda Nelson Nery Junior (2015, p.871) que:

Em comparação com a tutela de urgência, a tutela de evidência igualmente exige a plausibilidade do direito invocado, mas prescinde da demonstração do risco de dano. Vale dizer, o direito da parte requerente é tão óbvio que deve ser prontamente reconhecido pelo juiz.

Apenas a título ilustrativo, cabe a menção de que existem restrições quanto a aplicação da tutela provisória. Estas encontram-se elencadas no livro complementar do novo código de processo civil, em seu art. 1059. As referidas restrições se aplicam à Fazenda Pública, fazendo com que seja obrigatória a observação da lei 8.437/92 que dispõe sobre as medidas cautelares em face do poder público.

Assim sendo, é possível concluir em decorrência do verificado no presente capítulo que, a aplicação do princípio da fungibilidade para que ocorra a efetiva, célere, adequada e justa prestação jurisdicional quando do requerimento de aplicação das tutelas provisórias, é fundamental para proporcionar à nova lei que atinja seus objetivos.

A aplicação do princípio da fungibilidade tende a ser cada vez mais utilizado e aperfeiçoado não se restringindo as hipóteses dos casos de recursos ou da intervenção de terceiros, abrangendo de forma absolutamente positiva as decisões em sede de tutela provisória.

Sendo como princípio contrário ao princípio da instrumentalidade, vindo ao encontro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ou mesmo como princípio

regulador entre o da já mencionada instrumentalidade e da inafastabilidade do controle jurisdicional, a sua aplicação é de altíssima relevância, cabendo aos operadores do direito a devida observância quanto às particularidades procedimentais de modo a não ocorrerem eventuais preclusões, ainda que o magistrado tenha, por força do art. 321 do novo código, a obrigação de oportunizar devidas correções ou complementações, o que, de certa forma, contribui para minimizar tal risco.

Nesse mesmo sentido, cabe ainda constatar que, no caso de alteração procedimental em virtude de aplicação do princípio da fungibilidade de tutela provisória de urgência cautelar requerida em caráter antecedente, para tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, o magistrado deve oportunizar a manifestação do autor para com a intenção de se valer da estabilização possível, própria da medida concedida, o que, de certa forma, ameniza eventuais riscos já mencionados, sendo que tal situação não ocorre na hipótese da concessão transversa, pois o pedido cautelar não se estabiliza.

Constata-se ainda que houve uma simplificação quanto a apresentação das tutelas provisórias, de modo a entender ser um conjunto de técnicas que permite ao juiz, uma vez verificadas as condições de urgência ou evidência prestar a tutela jurisdicional, seja de forma antecedente ou mesmo incidental, sempre tendo por base a cognição sumária e a conseqüentemente instabilidade de uma decisão, por isso provisória, assegurando ou satisfazendo a pretensão do autor, ainda que de forma liminar ou até mesmo sem oitiva da parte contrária.

Poderá ser notado ao final que, a aplicação do princípio da fungibilidade pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, é realizada de forma sistemática e atual de modo a conferir a efetividade que as decisões exigem, embora sejam poucos os exemplos observados, principalmente pelo fato de que a lei é recente.

No próximo capítulo, seguindo sempre a sequência apresentada pelo novo código, será possível o entendimento acerca dos procedimentos das tutelas provisórias de urgência antecipadas e cautelares, requeridas em caráter antecedente ou mesmo incidental, com os devidos destaques quanto aos reflexos práticos advindos das respectivas diferenças procedimentais, principalmente da possibilidade de estabilização das decisões, no caso das antecipadas, sempre observando a aplicação do princípio da fungibilidade para que as decisões em sede de tutela provisória de urgência, sejam sempre as mais apropriadas ao caso concreto.

### **3 DA ANÁLISE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE, SOB A ÓTICA DAS PECULIARIDADES PROCEDIMENTAIS, QUANDO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE, VERIFICADO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART.305 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, COTEJANDO DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.**

#### **3.1 DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA**

No presente capítulo, respeitando sempre a sequência observada no novo código, serão verificados os procedimentos inerentes às tutelas provisórias de urgência antecipadas e cautelares, requeridas em caráter antecedente ou mesmo incidental, destacando os reflexos de ordem prática, contempladas as diferenças procedimentais, principalmente quando da possibilidade de estabilização das decisões, no caso das tutelas provisórias de urgência antecipadas antecedentes, sempre sob a ótica da aplicação do princípio da fungibilidade para que as decisões sejam sempre as mais céleres e apropriadas ao caso concreto, finalizando com a conclusão acerca do entendimento quanto a aplicabilidade do referido princípio pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, uma vez apresentados e analisados alguns julgados. Nesse sentido é que comenta Nery Junior (2015, p. 857) que “o legislador teve a intenção de trabalhar com poucos conceitos ligados a noção de ‘proteção’ do direito que se encontra em risco, o que é louvável por facilitar o manejo dos institutos processuais pelo advogado”.

O art. 300 do Novo Código de Processo Civil descreve os dois requisitos básicos para concessão da tutela de urgência, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Para Scarpinella Bueno, (2015, p. 264):

A concessão da “tutela de urgência” pressupõe: (a) probabilidade do direito; e (b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art.300, caput). São expressões redacionais do que é amplamente consagrado nas expressões latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, respectivamente.

A despeito da conservação da distinção entre “tutela antecipada” e “tutela cautelar” no CPC de 2015, com importantes reflexos procedimentais, é correto entender, na perspectiva do dispositivo aqui examinado, que os requisitos de sua concessão foram igualados [...].

Anteriormente chamado de *periculum in mora*, esse elemento de risco é imprescindível à concessão da referida tutela.

No entendimento de Nery Junior, (2015, p. 857) “esse perigo, como requisito para concessão de tutela de urgência, é o mesmo elemento de risco que era exigido, no sistema do CPC/73, para a concessão de qualquer medida cautelar ou em alguns casos de antecipação de tutela.”

Atualmente, a redação do referido artigo traz o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Entende-se então que, caso não seja concedida a tutela de forma a proteger o direito que pode desaparecer, futuramente talvez não seja possível reparar o referido dano, assim como, se for verificado de plano que o resultado útil do processo pode ser vilipendiado, deve ser concedida a tutela. O dispositivo legal apresenta duas situações diferentes mas que não se confundem ou se acumulam, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, podendo a medida ser concedida verificado apenas um dos requisitos, impedindo assim, os males que o tempo possa trazer ao processo ou ao direito.

O outro é o *fumus boni iuris* ou a *fumaça do bom direito* que se caracteriza, segundo a doutrina, pela situação estar, ainda que aparentemente, protegida pelo direito, visando inclusive eventualmente a garantir a eficácia do processo de conhecimento ou de execução. Para Nery Junior (2015, p.856 e 857):

Também é preciso que a parte comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (*fumus boni iuris*). Assim, a tutela de urgência visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou de execução[...] (*apud* Nery. Recursos, n. 3.5.2.9, p 452).

Cabe aqui destacar que não se trata de uma faculdade do julgador, abrangida por eventual discricionariedade, e sim de uma obrigação de concessão; conforme ensina Nery Junior (2015, p. 858) “Demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da tutela de urgência, pois tem o dever de concedê-la.”

A tutela provisória de urgência pode ter natureza cautelar ou antecipada, ainda aplicadas de forma antecedente ou incidental. Verifica-se então uma discreta alteração quanto ao diploma anterior, uma vez que desaparece a necessidade de processo autônomo para a tutela cautelar, devendo então ser concedida nos mesmos autos em que será apreciado o pedido principal, reforçando que os requisitos para concessão de ambas, cautelar e antecipada, são os mesmos.

Desde logo se percebe duas sensíveis mudanças entre o sistema novo e aquele vigente ao tempo do CPC/1973: desaparece a necessidade de um processo autônomo para a tutela cautelar (a qual agora é concedida nos mesmos autos em que será processado o pedido principal) e adotam-se os mesmos requisitos para ambas (tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada exigem, para sua concessão, a

probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo). (TUCCI et al., 2016, p.511)

A tutela cautelar se limita a assegurar a eficácia do processo e, conseqüentemente, o seu resultado útil, garantindo assim, a satisfação do direito. Já a tutela antecipada, concede o próprio pedido formulado.

Entende-se então que a distinção entre as tutelas, cautelar e antecipada, pode ser verificada com relação ao sujeito e ao processo sendo que não tem o condão de serem definitivas. Quando a situação afetar o processo, a solução é cautelar e, quando for com relação ao sujeito, é antecipada.

Cabe mencionar que, no caso de tutela de evidência, esta será concedida independente de verificados o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Uma vez que o requerido pode vir a sofrer danos advindos da concessão de tutela provisória de urgência, pode o magistrado por absoluta discricionariedade, ao analisar o caso, exigir caução como condição para concessão da medida, trata-se da chamada contra cautela. Anteriormente, na concessão de medidas cautelares, já se justificava a prestação de caução em razão do caráter transitório da medida concedida. O que se verifica atualmente é que a tutela antecipada também apresenta tal possibilidade, o que pode criar um ambiente de maior cautela quando do referido pleito. A isenção de caução quando verificada a hipossuficiência da parte requerente é possibilidade de concessão, o que permite que requerentes por vezes sem recursos financeiros possam pleitear as medidas sem que necessitem a prestação de tal garantia, ao mesmo tempo em que podem ser passíveis de caução aqueles que apresentam condições para tal. Caso a parte atingida pela medida concedida venha a sofrer danos sem que tenha ocorrido a prestação da caução, não restará alternativa que a de procurar seu ressarcimento através das perdas e danos.

Para Tesser, (2015, p. 502):

A possibilidade de o juiz exigir, se entender necessário, caução real ou fidejussória idônea para concessão da medida tem o condão de visar garantir o ressarcimento de eventuais danos que a execução da tutela urgente possa causar à outra parte. Naturalmente, a exigência de caução não deve ser um obstáculo intransponível à concessão da medida, especialmente nos casos em que a parte não puder ofertá-la. Por isso, ainda que o juiz entenda necessária para a concessão da medida, a caução pode ser dispensada 'se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la'.

A medida liminar é a antecipação provisória dos efeitos que repercutem no plano fático de possível sentença e é devidamente verificada no dispositivo legal, podendo ocorrer sem a oitiva prévia da parte adversa. Embora possa apresentar natureza cautelar, não a tem diretamente uma vez que nem todas as liminares são cautelares. Tratava-se da essência do

processo cautelar anterior e agora também da tutela de urgência, ampliando significativamente a sua abrangência.

Para Scarpinella Bueno, (2015, p. 265):

[...] a concessão liminar é absolutamente harmônica com o ‘modelo constitucional’. É uma situação bem aceita de preponderância do princípio da efetividade do direito material pelo processo sobre os do contraditório e da ampla defesa. Por isto mesmo, é correto entender que a hipótese que envolve mera postergação (adiamento) do contraditório, não sua eliminação. Concedida tutela provisória, é mister que o réu seja citado (para o processo) e intimado de sua concessão para reagir a ela, inclusive, se assim entender, recorrer dela por agravo de instrumento (art. 1.015, I).

O juiz pode, caso não esteja convencido da existência dos requisitos imprescindíveis à concessão da medida, quais sejam o perigo da demora e a fumaça do bom direito, designar audiência para justificação prévia.

No entendimento de Nery Junior, (2015, p. 858):

Caso o juiz, pelo exame do requerimento de tutela de urgência e dos documentos que o acompanham, não se convença da existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, poderá designar audiência de justificação prévia na qual deverão ser produzidas provas. Havendo perigo que a ouvida do réu torne ineficaz a medida, para audiência de justificação deverá ser intimado apenas o autor.

Caso ocorra o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão ao estado anterior, de natureza antecipada e não cautelar, a medida não deve ser concedida, é conhecida como a irreversibilidade impeditiva, apontada como exemplo no caso do pedido de demolição de prédios históricos, como destaca Nery Junior (2015, p.859) ao afirmar que “derrubado o prédio sua eventual reconstrução não substituirá o edifício original.” Reforça ainda o ilustre doutrinador que “aqui existe a irreversibilidade *de fato*, que impede a concessão da medida. Quando houver a irreversibilidade de direito, ou seja, quando puder resolver-se em perdas e danos, a medida pode, em tese, ser concedida”.

Constata-se que o novo diploma legal consagrou a ideia de atipicidade dos meios executivos para o cumprimento da tutela cautelar, sendo a tutela de urgência cautelar um fenômeno essencialmente atípico enquanto a aplicação dos meios adequados à sua efetivação, não sendo, portanto, objeto de regramento específico.

Entende-se ainda por adequadas todas as medidas legais que visem resguardar o direito pretendido. Dessa forma se constata que o rol exposto no art. 301 do novo diploma, é enumerativo ou exemplificativo uma vez que o juiz pode discricionariamente efetivar a tutela

mencionada da forma que entender mais adequada, trazendo a real dinâmica do poder geral de cautela conferido ao magistrado.

Dessa forma entende Tesser( 2015, p. 503):

O Código de Processo Civil de 2015 consagra legislativamente a ideia da atipicidade dos meios executivos para o cumprimento da tutela cautelar. Tal perspectiva representa a correta compreensão do Poder Geral de Cautela conferido ao juiz (e que já existia expressamente também no CPC/1973, especialmente nos arts. 798 e 799) como expressão do fato de que a tutela cautelar é fenômeno essencialmente atípico, no que tange aos meios executivos idôneos e adequados à sua efetivação, e não como uma simples regra de fechamento do sistema.

Cabe aqui ainda menção quanto à aplicação do princípio da fungibilidade, ponto central deste trabalho, na medida em que pode converter uma medida pedida em outra se entender mais adequada ao caso. Novamente se encontra esse princípio como elemento que permite que as decisões possam ser adequadas aos casos concretos, desprezando-se assim os formalismos excessivos que por vezes podem impedir a mais adequada prestação jurisdicional. Essa é a abordagem de Nery Junior (2015, p. 860) ao afirmar que “há o uso da forma verbal ‘pode’, o que indica que o juiz não precisa se ater a essas medidas nos casos mencionados no parágrafo, caso uma medida se apresente mais adequada”.

Uma vez que a concessão de tutela de urgência pode resultar em danos ao requerido, é fundamental que a parte que causou o referido dano possa ser devidamente responsabilizada. Tal responsabilização decorre da responsabilidade objetiva pela aplicação da tutela de urgência, uma vez que não há o juízo de certeza acerca da lide, independente da indenização por dano processual. Obriga o beneficiário da ordem liminar a providenciar o ressarcimento, independente de verificada a sua culpa, os prejuízos suportados por aquele a quem a medida foi deferida.

Assim ensina Tesser( 2015, p. 504) ao explicar que “o art. 302 estabelece a *responsabilidade objetiva pela execução da tutela de urgência*, justamente porque a medida urgente permite a intervenção na esfera jurídica do réu sem que haja um juízo de certeza sobre o mérito da lide.”

As hipóteses condicionantes à possibilidade de responsabilização, são o da sentença desfavorável que se apresenta quando da cognição exauriente; quando a parte, uma vez concedida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os elementos necessários ao ato da citação em cinco dias, como informações precisas ou recolhimento adiantado das custas destacando que, por inércia do poder judiciário não pode o requerente ser penalizado; quando verificada a cessação da eficácia da medida conforme as regulamentações

legais verificadas no art. 309, ou seja, o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal, ou a medida não for efetivada por culpa deste ou na ocorrência de fato imputável ao mesmo no prazo de trinta dias, ou ainda se o juiz julgar improcedente o pedido principal extinguindo o processo sem resolução de mérito; o acolhimento de prescrição ou decadência da pretensão do autor que, em análise superficial, seria um aspecto da sentença.

A indenização deverá ser liquidada nos mesmos autos sendo que é imprescindível a comprovação de dano pelo réu, devidamente quantificado, tendo o escopo de permitir à parte prejudicada não ajuizar ação autônoma para ressarcimento de danos causados pela execução injusta da medida urgente, podendo ser realizada nos mesmos autos.

E assim se colhe o entendimento de Scarpinella Bueno (2017, p. 267, 268) ao afirmar que:

[...] a regra estatui a responsabilidade do requerente da tutela de urgência, estabelecendo, seu caput, àquele que a requereu, o dever de reparar os prejuízos que a efetivação da tutela de urgência causar à parte contrária, sem prejuízo de sua responsabilização por dano processual (art. 79 a 81), nas hipóteses de seus quatro incisos. Esclarece ainda, que ‘uma vez apurado o valor dos prejuízos, o procedimento a ser observado é o do cumprimento de sentença, definitivo ou provisório, consoante o respectivo título executivo tenha, ou não, transitado em julgado’.

Então se observa, que esse tópico esclarece os requisitos para concessão de tutela provisória de urgência, bem como a possibilidade de exigência de caução para sua concessão, além da possibilidade da concessão liminar, com merecido destaque ao fato de ser vetada sua concessão no caso de serem irreversíveis os efeitos de eventual decisão concessiva. É latente o fato de que houve uma certa unificação das providências de urgência e que seu efeito prático é a facilitação do entendimento e manejo dos institutos processuais pelos advogados.

### **3.2 DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE**

É uma inovação do novo código a permissão de que a tutela antecipada, de caráter satisfativo, possa ser requerida de forma antecedente, o que possibilita que só o pedido dessa natureza seja realizado sem que ocorra a total apresentação de argumentação inerente à lide.

Para Tesser (2016, p. 507,508):

[...] o CPC/2015 inova ao permitir que a tutela antecipada (de caráter satisfativo) seja requerida em caráter antecedente, possibilitando que apenas o pedido de tutela de urgência dessa natureza seja deduzido, sem integral exposição de toda argumentação relativa à completa compreensão da lide.

Quando constatado que a urgência é contemporânea a propositura da ação, é possível ser deduzido apenas o pedido de tutela antecipada. No código anterior, deveriam estar presente todos os fundamentos e argumentos da lide.

Uma vez que se trata de tutela com caráter antecedente, deve ocorrer o respectivo recolhimento de custas, uma vez que a isenção é restrita aos casos de tutela incidental, atentando para o valor da causa da petição inicial.

Então deverá ser realizada a exposição da lide bem como do direito que se pretende realizar, além do perigo de danos ou do risco ao resultado útil do processo.

Assim, Tesser (2015.p. 508):

[...] quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, pode-se deduzir somente o pedido (o código fala em requerimento, mas tratando-se de postulação ligada ao mérito da ação, é de se reputar verdadeiro pedido) de tutela antecipada. Para tanto, a parte deverá indicar o pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Caso não seja concedida medida pleiteada, ensina Scarpinella Bueno (2015, p.272) que:

[...] nesse caso, será determinada ao autor a emenda da petição inicial no prazo de até cinco dias (o magistrado é que fixará, portanto, até o limite de cinco). Como se trata de prazo especial, ele prevalece sobre o genérico de quinze dias previsto no art. 321, embora seja indispensável que o magistrado indique o que deve ser trazido ao processo pelo autor à guisa de emenda da inicial, como exige a parte final daquele dispositivo.

Uma vez concedida a medida requerida, deve ocorrer o respectivo aditamento onde será necessária a complementação da argumentação, bem como a eventual juntada de outros documentos com a imprescindível confirmação do pedido de tutela final, o que deve ocorrer no intervalo de quinze dias ou em algum outro prazo maior que o juiz poderá determinar.

O ideal seria de que o requerente, com objetivo de que o processo tenha maior celeridade, elaborasse o requerimento de tutela antecipada conjuntamente a petição inicial completa, a fim de que esta não necessite de aditamento posterior. Tal procedimento certamente trará mais rapidez ao desenrolar da lide. Nesse sentido, esclarece Nery Junior (2015, p. 862) que :

[...] é perfeitamente possível que o autor opte por elaborar o requerimento de tutela antecipada em conjunto com a petição inicial completa, que não necessite de aditamento posterior. Aliás, seria mesmo o ideal, tendo em vista que essa opção faz com que o processo flua com mais rapidez, já que não há a necessidade de aditar a inicial.

O que em não ocorrendo, obrigará o aditamento sem o recolhimento de novas custas, destacando que então, o valor das custas determinado no pedido da tutela inicial, deverá contemplar o pedido da tutela final.

Ainda no entendimento de Tesser (2015, p. 508):

[...] na hipótese de concessão da medida pleiteada, a petição inicial deve ser aditada, complementando-se a argumentação, com juntada de novos documentos e confirmação do pedido de tutela final, o que deve acontecer em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar. Esse aditamento será feito nos próprios autos e sem a incidência de novas custas processuais, razão pela qual o valor da causa indicado no pedido inicial (limitado à tutela antecipada) deverá considerar também o(s) pedido(s) de tutela(s) final(is).

Uma vez aditado o requerimento com a petição inicial, deverá ocorrer a citação e intimação do réu para audiência de conciliação ou de mediação, conforme disposto no art. 334, sendo que, caso não haja autocomposição, o prazo para contestação será o de quinze dias, conforme determinado pelo art. 335. Ocorrendo a análise quanto a ausência de elementos suficientes à concessão da tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda à inicial em cinco dias, o que não ocorrendo, se desdobrará em indeferimento do pedido e extinção do processo sem resolução de mérito. Importante frisar que a interposição de agravo tem como termo inicial do prazo, a data da própria citação.

Merece destaque a necessidade do autor indicar na petição inicial, que pretende se valer do benefício de estabilização da medida, verificado no caput do art. 303.

A estabilidade da decisão de concessão de tutela antecipada observada no caput do art. 304 ocorrerá quando não houver interposição de recurso, caso em que o processo será extinto, conforme o parágrafo primeiro do referido artigo. Assim sendo, a decisão que concedeu a tutela antecipada, continuará a produzir efeitos, sem que seja necessária sua reafirmação em sede de provimento de cognição exauriente, conforme esclarece Tesser (2015, p. 509) ao mencionar que:

[...] o caput do art. 304 estabelece que a decisão que concede a tutela antecipada em caráter antecedente tornar-se-á estável se não for interposto o respectivo recurso cabível. Em linhas gerais, o que restou estabelecido é a possibilidade de a decisão que concede tutela jurisdicional urgente antecipada (*satisfativa*) continuar a produzir efeitos, sem a necessidade de sua reafirmação em um provimento de cognição exauriente.

Dessa forma, cabe ao réu a impugnação da concessão da medida urgente, o que não ocorrendo, restará na estabilização da tutela concedida sem que ocorra a formação de coisa julgada material.

Ainda assim, existirá a possibilidade a qualquer das partes, de realizar o ajuizamento de ação com pretensão de confirmar ou denegar a tutela já concedida.

Conclui-se, portanto que, uma vez concedida tutela de urgência antecipada antecedente em caráter satisfativo, sem que tenha havido recurso ou mesmo ação autônoma capaz de produzir alteração nos efeitos, esta conservará sempre a sua eficácia.

Importante mencionar que a possibilidade de estabilização não seria possível para as tutelas de urgência cautelar concedida de forma antecedente, uma vez que esta se reveste de caráter instrumental quando exige a dedução do pedido principal em trinta dias, o que não ocorrendo implicará na perda de eficácia da tutela. O referido prazo conta a partir da efetivação da tutela.

É nesse sentido que observa Tesser (2015, p. 509) ao comentar que:

[...] é de ressaltar ainda que tal possibilidade apenas existe para os casos de tutela antecipada (*satisfativa*), não sendo possível a estabilização de uma tutela de urgência cautelar concedida de forma antecedente, mantendo (como não poderia deixar de ser) o caráter instrumental da tutela cautelar, uma vez que estabelece a perda da eficácia da tutela cautelar antecedente caso o autor não deduza o pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da tutela cautelar (arts. 308 e 309, inciso I).

É facultado ainda às partes, o desarquivamento dos autos em que foi concedida medida para eventual instrução da petição inicial que servirá para revisão, reforma ou invalidação da tutela, sendo que o juízo que a concedeu torna-se prevento. Tal direito se extingue contados dois anos a contar da ciência da decisão que extinguiu o processo, na hipótese de ocorrência do disposto no parágrafo primeiro do art. 304.

A ausência de impugnação por meio de recurso se reflete diretamente na estabilização da medida concedida, sendo que não ocorre a coisa julgada material, uma vez que esta é exclusivamente verificada quando da cognição exauriente.

Constata-se então, que uma vez estabilizada a tutela concedida, os respectivos efeitos somente serão afastados através de decisão que permita revisão, reforma ou invalidação da mesma, como consequência de ação autônoma ajuizada por qualquer das partes, uma vez que nessas ações será discutido o mérito integral do direito no qual se fundamentou o pedido da tutela referida.

Permanece a questão quanto ao que acontece com a decisão estabilizada, que não for objeto de impugnação, dentro do prazo de dois anos contados do conhecimento quanto a extinção do processo em razão da estabilização, uma vez que não ocorre a coisa julgada material.

E assim conclui Tesser (2015, p. 510):

[...] o que, por outro lado, o CPC/2015 não consegue responder é o que acontece com a decisão estabilizada que não for impugnada após 2 (dois) anos, contados da ciência que extinguiu o processo em razão da estabilização. Isso porque o § 5º do art. 303 prevê que o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada será extinto após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo. Ora, se o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada será extinto (e, portanto, deve se reputar o prazo de dois anos para fazê-lo como prazo decadencial), o que acontecerá com a decisão que foi estabilizada, se não há formação da coisa julgada material? Que fenômeno processual será esse? Uma hipótese de preclusão qualificada, sem formação de coisa julgada material? Particularmente (e uma vez que, naturalmente, não há parâmetros jurisprudenciais e até mesmo doutrinários seguros para uma afirmação taxativa), é de se apontar que, na interpretação sistemática do CPC/2015, a decisão estabilizada que, em dois anos da intimação da extinção do processo que a concedeu, não foi objeto de ação para discussão do direito que foi seu objeto mediato, não poderá formar coisa julgada material. Isso significa dizer que, ainda que a decisão estabilizada e seus efeitos não possam ser revistos, reformados ou invalidados, a parte contra a qual a medida foi concedida poderá alegar em sua defesa eventuais argumentos a serem opostos contra o direito afirmado sumariamente na decisão estabilizada, uma vez que não se formou, sobre o direito em comento, a coisa julgada material.

Esclarecendo de forma conclusiva ainda Scarpinella Bueno (2015, p. 271 ) que “tão fundamental que o mandado de citação e intimação do réu deve manter essa sequência de maneira expressa, sob pena de comprometer os princípios do contraditório e da ampla defesa.”

Assim sendo, é possível concluir ser a questão da estabilização dos efeitos da concessão da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, a preponderante frente às novidades verificadas na nova lei, em se tratando de medidas concedidas em sede de cognição sumária, de modo que, certamente, os entendimentos jurisprudenciais aliados às conclusões de vanguarda pelos doutrinadores, acerca desse instituto, é que servirão de base às conclusões e entendimentos futuros.

### **3.3 DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE**

Duas importantes alterações são verificadas no novo sistema. O desaparecimento da necessidade do processo autônomo para a tutela cautelar, uma vez que agora é concedida nos mesmos autos do pedido principal e a unificação dos requisitos concessivos para ambas as tutelas cautelar e antecipada.

Para Dotti (2015, p. 511):

[...] desde logo percebem-se duas sensíveis mudanças entre o sistema novo e aquele vigente ao tempo do CPC/1973: desaparece a necessidade de um processo autônomo para a tutela cautelar (a qual agora é concedida nos mesmos autos em que será processado o pedido principal) e adotam-se os mesmos requisitos para ambas (tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada exigem, para sua concessão, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo).

Necessária a exposição da lide bem como de seu fundamento, além da exposição sumária do direito que pretende ver assegurado, bem como do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, sendo que os requisitos inerentes aos arts. 319 e 320 também devem ser observados, de modo que se aplica o regime jurídico do indeferimento da inicial da ação de conhecimento disposto nos arts. 330 e 331.

Assim sendo se verifica a referibilidade do pedido de tutela cautelar para com o pedido principal, característica própria das medidas cautelares, se justificando a necessidade da informação da lide e de seu fundamento. Essa menção também é necessária para confirmação quanto a presença das condições da ação, de modo a se observar a legitimidade e interesse processual.

É obrigação do autor, portanto, a descrição de em que consiste o direito ameaçado, bem como o receio da lesão para então, deduzir a pretensão cautelar em pedido, o que não ocorrendo implicará em inépcia da petição com a conseqüente extinção do processo, desde que, uma vez intimado para emenda o autor se mantenha inerte. É a pretensão que assegurará à eficácia dos resultados dos processos de conhecimento ou de execução, se configurando distinta a lide cautelar da principal. Para Nery Junior (2015, p.864,865).

[...] a norma explicita os requisitos específicos da petição inicial da tutela de urgência cautelar requerida antes da propositura da ação principal. Os requisitos genéricos, do CPC 319 e 320, também devem ser observados. Aplica-se à tutela cautelar o regime jurídico do indeferimento da petição inicial de conhecimento (CPC 330 e 331) e os requisitos do CPC 303.

Compete ao autor descrever em que consiste o direito ameaçado (*fumus boni iuris*) e o receio de lesão (*periculum in mora*). Em seguida deverá fazer o pedido (CPC 319 IV), deduzindo a pretensão cautelar. Essa *pretensão* – expressão que tem como sinônimos *lide*, *pedido*, *objeto* – é à segurança e eficácia do resultado dos processos de conhecimento e de execução. A lide cautelar, nesse caso, é distinta da lide principal, tal qual ocorria no CPC/73.

No diploma anterior, quando a cautelar tinha cunho satisfativo, era admitida pela jurisprudência a dispensa do requisito da indicação da lide principal, tendo como exemplo a exibição de documentos. No código atual é imprescindível tal indicação uma vez tratar-se de um único processo.

Quando o juiz verificar que a natureza do pedido de tutela cautelar antecedente for de tutela antecipada antecedente, baseando-se no princípio da fungibilidade, observará o disposto no art. 303, conferindo ao autor a possibilidade de emenda para adequação às respectivas exigências, atentando principalmente para questão da estabilização da medida.

Contrário ao disposto no código de 1973, a previsão encontrada é da reversão da tutela cautelar antecedente para tutela antecipada antecedente. De qualquer forma o que poderá ser verificado quando das decisões judiciais é a aplicação do princípio da fungibilidade de forma a assegurar a obtenção do direito, como via dupla, ou seja, de cautelar para antecipada e vice-versa, desprezando inclusive eventual ausência de previsão legal, como de fato vinha ocorrendo.

No entendimento de Dotti (2015, p.512):

O parágrafo único assegura a fungibilidade entre tutela cautelar e tutela antecipada ao dar ao juiz a possibilidade de observar o disposto no art. 303 (para as tutelas antecipadas) quando perceber que o pedido tem essa natureza. Nesse caso, deverá ser concedida à parte a possibilidade de emenda, para se adequar às exigências da tutela antecipada antecedente, inclusive no que tange ao benefício da estabilização, que é exclusivo a essa forma de tutela (art. 303, § 5º, do CPC/2015). Observe-se que o CPC/2015 faz o caminho inverso ao que estabelecia o CPC/1973. Agora, a previsão legal é de conversão da tutela cautelar em antecipada, ao passo que, no sistema anterior, a lei previa a conversão da tutela antecipada em cautelar (art. 273, § 7º, do CPC/1973). De qualquer forma, a tendência da jurisprudência será assegurar a fungibilidade de dupla via, ou seja, de um lado para o outro e vice-versa, independentemente da omissão legal. Era o que já vinha acontecendo anteriormente. Afinal, deve-se combater o formalismo excessivo e reconhecer que o objetivo do processo é a proteção do direito material.

Tal procedimento é absolutamente salutar ao desenrolar do processo, bem como a proteção do direito material que é o seu objetivo principal, devendo ser desprezadas as cominações de formalismo excessivo.

A citação do réu deverá ocorrer para que, no prazo de cinco dias, realize a contestação do pedido que deverá se limitar ao disposto no pedido cautelar e indique as provas que pretende produzir, medida essa idêntica a do antigo código. Poderá ser realizada onde quer que se encontre o réu, através de correio, oficial de justiça, escrivão, chefe de secretaria, por meio eletrônico ou por edital, conforme determinação legal. Os prazos devem obedecer a regra geral disposta no art. 231, sendo esse o entendimento de Scarpinella Bueno (2017, p.278) ao afirmar que:

Recebida a petição inicial na qual o autor pretende a tutela cautelar em caráter antecedente, o magistrado determinará a citação do réu para contestar, em cinco dias, o pedido e apresentar as provas que pretende produzir (art. 306). À falta de

regra expressa em sentido diverso, aquele prazo fluirá de acordo com as diversas hipóteses previstas no art. 231.

Quanto às provas a serem produzidas, essas devem se limitar ao objeto do pedido cautelar, devendo o réu demonstrar que o direito não é provável, que não existe o perigo alegado ou que não se configura o risco ao resultado útil do processo. As provas em relação ao pedido principal deverão ser realizadas quando da instauração do procedimento comum.

No entendimento de Dotti (2015, p. 513):

As provas a serem indicadas pelo réu na hipótese do art. 306 devem guardar pertinência com o objeto do pedido cautelar, e não com o pedido principal propriamente dito. Incumbe, portanto, ao réu requerer provas para demonstrar que o direito não é provável, que inexistente o alegado perigo ou que não há risco ao resultado útil do processo. A especificação de provas em relação ao pedido principal deverá ser feita posteriormente, no procedimento comum.

Uma vez que o réu não se pronuncie, ocorrerá a revelia, caracterizada pela presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, os quais somente poderão atingir os fatos relativos ao pedido cautelar, não influenciando a decisão do pedido principal. Tal presunção é relativa, uma vez que existe o princípio do livre convencimento do magistrado e, assim sendo, o juiz não se encontra obrigado a decidir pela procedência do pedido.

Conforme Scarpinella Bueno (2017, p.278):

[...] nesse caso, os fatos alegados pelo autor para justificar a concessão da tutela cautelar podem ser presumidos verdadeiros, cabendo ao magistrado decidir nos cinco dias seguintes. Não há como afastar do autor a necessidade de se desincumbir, consoante o caso, do ônus da prova dos fatos que alega, a despeito da revelia, descartando, por isso mesmo, o automatismo sugerido pelo texto legal entre a falta de contestação e a decisão contrária a seus interesses a ser proferida pelo magistrado.

E em sendo tempestiva a contestação, o processo deverá prosseguir pelo procedimento comum, sendo designada audiência de instrução e julgamento, se necessário. Em caso de matéria apenas de direito ou de fatos que não necessitem de dilação probatória, o juiz decidirá de plano.

Para Nery Junior (2015, p. 866):

Havendo contestação, será designada audiência de instrução e julgamento, caso necessário. Se não for necessária audiência, o juiz deverá levar em consideração as provas apresentadas pelo autor, juntamente com a contestação. Caso haja contestação, o juiz designará audiência de instrução, na hipótese de ser necessária a produção de provas. Em se tratando de matéria apenas de direito, ou de fatos que não necessitem ser provados em audiência, o juiz decidirá de plano.

Quando a medida cautelar for efetivada, o autor terá o prazo de trinta dias para protocolar o pedido principal, nos mesmos autos, sendo que o prazo em questão é decadencial e, como tal não está sujeito a suspensão ou interrupção, devendo, a eventual decadência, ser pronunciada de ofício. A decadência ora mencionada atinge, nesse momento, apenas o direito à cautela não interferindo no direito material que o requerente seja titular.

No entendimento de Nery Junior (2015, p.866, 867):

Não ajuizada a ação principal no prazo de trinta dias, ou em outro prazo que o juiz fixar, opera-se a decadência do direito à cautela. Matéria de ordem pública que é, a decadência deve ser pronunciada de ofício pelo juiz. A norma só se aplica às cautelares antecedentes, pois, quanto às incidentes, a ação principal já se encontra em curso. A decadência atinge somente o direito à cautela, permanecendo íntegro eventual direito material de que seja titular o requerente.

Ainda que pronunciada a decadência quanto a cautela, é facultado ao requerente o ajuizamento da ação principal, desde que o direito pleiteado não se encontre extinto. Somente a tutela cautelar concedida é que perderá seus efeitos. Tal procedimento independe do recolhimento de novas custas processuais, conforme destaca Nery Junior (2015, p. 867) ao mencionar que “mesmo após verificar-se a decadência da cautela, o requerente pode ajuizar a ação principal, se o direito nela pleiteado ainda não tiver sido extinto. Apenas a tutela cautelar é que perderá seus efeitos.”

Observa-se então que, mesmo que o requerente tenha deixado transcorrer sem observação do prazo, tal fato não impede o ajuizamento da ação principal.

O início da contagem do prazo se dá a partir da efetivação da medida cautelar e não do despacho de concessão, sendo que a referida efetivação se configura através do cumprimento do mandado judicial que concedeu a cautela.

Cabe destacar que, contrário ao que ocorria no antigo código, a perda da eficácia da tutela cautelar não implica em extinção do processo, uma vez que o autor pode prosseguir com a demanda principal nos mesmos autos.

Uma vez deferida a tutela, a sua subsistência dependerá diretamente da cognição exauriente, uma vez verificada a referibilidade entre a tutela cautelar e a definitiva.

Então, se conclui que os pedidos de tutela cautelar e definitiva deverão ser realizados nos mesmos autos e, até conjuntamente, sendo que tal procedimento contribui significativamente ao desenrolar da lide na medida em que evita a duplicidade de ações, ocorrendo a dispensa ao recolhimento de novas custas, bem como se aproveitando do procedimento de citação.

A causa de pedir poderá ser aditada quando da formulação do pedido principal pois pode ocorrer do autor não ter ao momento do pedido cautelar, todos os elementos que venham a compor o pedido principal, aproveitando assim os atos processuais já ocorridos, se traduzindo em mais um exemplo de simplificação do procedimento.

Entende Nery Junior (2015, p. 867) que:

Quando da apresentação do pedido de tutela cautelar, a parte pode não dispor de todos os elementos necessários para formulação do pedido principal, talvez mesmo em razão da situação de urgência que motiva o requerimento cautelar prévio. E, razão disso, é permitido ao autor, quando da propositura da ação principal, aditar a causa de pedir.

Quando for formulado o pedido principal, o réu, através do seu advogado, será apenas intimado para contestação.

Na ocorrência de pedido cautelar conjunto ao principal, o réu deverá observar o prazo de cinco dias para contestar a ação cautelar, conforme disposto no art. 306, bem como o de quinze dias a contar da audiência de mediação ou conciliação nos termos do art. 335.

Conclui-se que, quando houver pedido cautelar e pedido principal, deverão ser providenciadas duas contestações de modo a abranger os pedidos de forma individualizada. Uma com foco a combater os argumentos da cautelar, relacionadas a probabilidade do direito e risco de dano e outra que deverá abordar o pedido principal da tutela definitiva.

Caso o pedido principal não venha a ser providenciado no prazo dos trinta dias ou, se a medida não for efetivada dentro desse mesmo prazo, ou mesmo se houver improcedência do pedido principal, a lei determina a cessação da eficácia da tutela cautelar, sendo que a renovação do pedido só é permitida se sob novo fundamento.

O novo código não determina a cessação da eficácia pela simples extinção do processo, mas sim pela improcedência do processo principal pois, uma tutela concedida sob cognição sumária, não pode ser mantida quando do reconhecimento de improcedência daquela realizada pela cognição exauriente, impedindo a manutenção da tutela cautelar quando de um julgamento de mérito desfavorável ao autor.

Nesse sentido é o entendimento de Dotti (2016, p.519) ao afirma que:

Assim como no CPC/1973, a nova lei determina a cessação da eficácia da tutela cautelar se o pedido principal não for apresentado dentro do prazo (que no caso é de trinta dias, conforme o art. 308 do CPC/2015); se a medida não for efetivada no mesmo período ou ainda se houver improcedência do pedido principal. Isto porque existe referibilidade entre a tutela cautelar e a tutela definitiva (baseada em cognição

exauriente). Assim, se esta não for ajuizada ou se for julgada improcedente, não há sentido em permanecer vigente a decisão baseada em cognição sumária.

A responsabilidade do requerente com relação a eventuais prejuízos suportados pelo réu na hipótese de cessação de eficácia da tutela cautelar é objetiva, conforme disposto no art. 302, III, já abordado anteriormente.

Ainda que reunidas em um único processo, não há dependência entre a tutela cautelar e a tutela definitiva, embora ocorra a referibilidade, de modo que a apresentação da tutela principal depende diretamente da apresentação da tutela cautelar, destacando que tal referibilidade implica apenas na instrumentalidade da proteção cautelar, não guardando nenhuma influência para com o resultado de mérito do pedido principal. Dessa forma, uma vez concedida tutela cautelar, deve o autor providenciar o pedido principal a fim de que o processo prossiga até a cognição exauriente.

Para Dotti, (2015, p. 520):

Tal dispositivo demonstra que, apesar de um único processo, há completa independência entre a tutela cautelar e a tutela definitiva. É verdade que há referibilidade, ou seja, a tutela cautelar depende da apresentação de um pedido principal. Contudo, essa referibilidade demonstra apenas a instrumentalidade da proteção cautelar, não significando qualquer influência no julgamento de mérito do pedido principal.

No caso do juiz reconhecer a ocorrência de prescrição ou decadência, haverá uma decisão de mérito que estará apta a formar a coisa julgada material, passível de questionamento através de ação rescisória, de acordo com os ensinamentos de Dotti (2015, p. 520) ao esclarecer que:

Hipótese diversa ocorrerá se o juiz reconhecer, desde logo, a ocorrência da prescrição ou da decadência. Isso porque haverá nesse caso decisão de mérito (art. 487, inciso II, do CPC/2015), apta à formação da coisa julgada material. Importante destacar que há divergência doutrinária quanto ao efeito da decisão que rejeita a alegação de prescrição ou decadência. Muitos autores sustentam que, nessa circunstância, não haveria coisa julgada material, podendo a alegação ser novamente apresentada no processo principal. Como o CPC/2015 prevê um único processo, a tendência será que, nessa hipótese, admita-se uma nova alegação de prescrição após a formulação do pedido principal.

Dessa forma é possível proceder o entendimento de que a tutela provisória de urgência em caráter antecedente, é passível de ser interpretada como tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, uma vez que o magistrado identifique a condição satisfativa da medida pleiteada, agindo então de acordo com os procedimentos a

serem verificados na concessão da tutela antecipada. Cabe sempre atentar ao aspecto da estabilização da medida concedida no caso da tutela antecipada no caso de não haver o respectivo recurso.

### **3.4 DA APLICAÇÃO EFETIVA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA ANTECIPADAS E CAUTELARES FRENTE AO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE**

Assim sendo, é baseando-se no princípio da fungibilidade verificado no art. 305 § único, que tais adequações são possíveis. É nesse sentido que Bueno (2016, p. 264) ensina que:

[...] é difícil encontrar no CPC de 2015, elementos suficientes para estabelecer segura e objetiva distinção entre os casos de tutela cautelar e tutela antecipada. É muito provável, aliás, que se a dúvida sobre a hipótese concreta reclamar proteção por um ou por outro procedimento (arts. 303 e 305 em contraposição aos arts 303 a 308) acabe por justificar a aplicação ampla do parágrafo único do art. 305 que aqui defendo.

Nessa mesma linha de raciocínio, encontram-se as conclusões e ensinamento de Theodoro Junior (2016, p. 51) ao afirmar resumidamente que:

[...] o que caracteriza a tutela antecipada é a satisfatividade, enquanto o que caracteriza a tutela cautelar é a referibilidade, ou seja, deve haver referência a um direito acautelado. Destaca ainda que, [...] no novo CPC essas diferenças deixam de ter importância, uma vez que tutela cautelar e antecipada estão previstas como tutelas de urgência em contraponto a tutela de evidência, sendo que ambas (antecipada e cautelar) exigem o requisito do *periculum in mora* e também do *fumus boni iuris*, este na mesma densidade, independente do tipo de tutela de urgência, enfatizando ainda que... a aparência do bom direito será analisada em cognição sumária e não exauriente, sendo totalmente despcienda a preocupação com os graus de intensidade com que ele se apresenta, para fins de distinção entre as forma de tutela.

Dessa forma, se verifica que o novo diploma ainda apresenta a diferenciação entre as tutelas cautelares e antecipadas, até porque não foi adotado um regime único para ambas, cabendo-se destacar que, é apenas no caso das tutelas antecipadas não contestadas pelo réu que ocorrerá a estabilização da medida, item esse de extrema relevância no contexto dessa análise, pois se trata de duas tutelas que, embora possam ter condições similares, são absolutamente distintas quando se analisa a natureza e os procedimentos cabíveis a cada uma.

Conclui então, o ilustre professor Theodoro Junior (2016, p.57) que:

[...] as tutelas provisórias de urgência, antecipada e cautelar, se distinguem pelo fato de que, na primeira, a finalidade é proteger o próprio direito proporcionando a fruição do mesmo. Já na tutela cautelar, a proteção se dá em relação ao processo, não havendo entrega do direito, mas apenas concessão de medidas tendentes a garantir o resultado útil do processo, a final.

Exige ainda a nova lei, que o magistrado, na decisão que conceder, negar, reformar ou modificar a tutela provisória, fundamente a motivação que levou ao seu convencimento por força do art. 298 caput Novo Código de Processo Civil, “o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”, reforçando a ideia de que não existe discricionariedade do magistrado para com a concessão das tutelas requeridas, podendo apenas se valer do parágrafo único do art. 305 do Novo Código de Processo Civil para aplicar ao caso concreto aquela tutela que entender mais adequada, sempre atentando às eventuais e necessárias intimações às partes para adequações procedimentais, esclarecendo ainda que, conforme o caso pode ocorrer a estabilização dos efeitos, conforme determina o art. 304 do Novo Código de Processo Civil, a fim de evitar futuras arguições de nulidade. Descreve Neves (2016, p. 55) que “[...] ao conceder a tutela, o juiz deve deixar claro que a tutela concedida é uma tutela antecipada, para que o réu saiba que se não se insurgir contra ela ocorrerá a estabilização prevista no art. 304 do Novo CPC”.

Importante destacar ainda que o código é omissivo quanto ao momento em que o magistrado deverá converter o pedido de tutela cautelar em tutela antecipada, embora seja possível concluir que ao proferir a decisão sobre o pedido formulado, esta já contemple o esclarecimento acerca da natureza da tutela de urgência pleiteada.

Na lei anterior, já se verificava a questão da fungibilidade nas tutelas, sendo que, prevalecia o entendimento de que a aplicação poderia ser realizada por via de mão dupla, ou seja, desde que reconhecidos os requisitos básicos e, verificando o magistrado algum equívoco passível de ser absorvido, sem que cause danos às partes, poderia ser realizada tanto de cautelares para antecipadas quanto vice-versa. Esperavam então, os operadores do direito, que o legislador contemplates esses procedimentos já aplicados, positivando e legitimando-os através da letra da lei, o que de fato, não ocorreu. Dessa forma, se verifica que o art. 305 em seu parágrafo único apenas contempla a fungibilidade no sentido cautelar para antecipada, deixando um vácuo para interpretação análoga para com o caminho inverso, ao nosso entendimento, tão fundamental quanto o primeiro.

É nesse sentido que Gajardoni (2016, p. 904) comenta “[...] no modelo do CPC/15, inexplicavelmente, não se prevê a fungibilidade de mão dupla, tampouco se trata do tema das disposições gerais da tutela provisória, ou, ao menos, das tutelas de urgência”.

No mesmo diapasão, explica Neves (2016, p.57) que:

[...] sempre me pareceu claro que a fungibilidade é um fenômeno de mão dupla, não tendo qualquer sentido lógico que A se pareça com B, mas B não se pareça com A. E segue afirmando que [...] digo isso para fundamentar a reciprocidade da fungibilidade prevista no art. 305 parágrafo único do Novo CPC: diante de pedido de tutela antecipada antecedente, cabe seu recebimento como tutela cautelar, ainda que omissa a lei nesse sentido.

Tal é também o entendimento de Tucci et al., (2016, p.511):

De qualquer forma, a tendência da jurisprudência será assegurar a fungibilidade de dupla via, ou seja, de um lado para o outro e vice-versa, independentemente da omissão legal. Era o que já vinha acontecendo anteriormente. Afinal, deve-se combater o formalismo excessivo e reconhecer que o objetivo do processo é a proteção do direito material.

Então, frente ao exposto, pode-se concluir que é mais importante a decisão que confere a tutela do que as formalidades procedimentais exigidas. Tratando-se de cognição sumária para proteção de direito, é fundamental que o juiz tenha a capacidade de interpretar e aplicar a norma da forma mais eficiente e, se para tal, for necessário que seja conferida uma tutela pela outra, que o magistrado se atente às diferenciações procedimentais a fim de proporcionar às partes a adequação tempestiva e necessária.

Embora a expectativa dos operadores do direito fosse a da simplificação dos procedimentos com vistas a aplicação da medida mais adequada e eficiente, o que se verifica é uma modificação com abertura procedimental baseada num princípio que proporciona a aplicação mais coerente da norma, permitindo que seja evitada uma discussão infrutífera sobre a eventual classificação das medidas pleiteadas, o que por certo afastaria a decisão almejada.

Esse ainda é o entendimento de Wambier(2016, p. 568) quando conclui afirmando que: “[...] mais correto, a nosso ver, é o entendimento de que, independente da técnica adotada (cautelar ou antecipada), o que importa é tutelar a urgência. Somos pois, pela plena fungibilidade dos procedimentos”.

E, dessa forma, se demonstra que esse estudo pretende ao abordar a questão da fungibilidade nas tutelas provisórias de urgência, destacar a importância da utilização desse princípio na prestação jurisdicional efetiva e célere, servindo ainda de base para aplicação em outros institutos como pode ser verificado nos recursos, com a intenção de que esse diálogo possa abrir novos horizontes que permitam a adequação de medidas legais com foco na solução prática das lides, sempre da forma mais adequada, célere, efetiva e justa possível.

### 3.5 DOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

A investigação dos julgados foi realizada no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no domínio [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br), acessando-se o link 'pesquisa de jurisprudência'. O critério de pesquisa tomou por base as palavras chaves 'fungibilidade' e 'tutelas provisórias'.

A partir desse critério, foi identificado um julgado no ano de 2017, devidamente destacado, além de outros com referência ao diploma anterior que, por sua relevância, serão objeto de análise pelo pesquisador.

Foram colhidos alguns julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sendo que apenas um foi objeto de deliberação pela aplicação dos princípios da fungibilidade para manutenção das tutelas cautelares em antecipadas, na vigência do novo código.

Os demais julgados foram realizados durante a vigência do antigo diploma.

Assim sendo, se verifica que, a unificação dos requisitos para concessão tanto da tutela cautelar quanto da tutela antecipada, veio simplificar sobremaneira os procedimentos de modo a permitir que as decisões sejam mais céleres, justas e adequadas.

Aliado a esses aspectos, a utilização do princípio da fungibilidade se encontra perfeitamente adequado às questões que, por divergência de interpretação dos operadores do direito, poderiam fazer com que as decisões inerentes as tutelas cautelares e antecipadas fossem postergadas, com base em erros de procedimentos que poderiam inviabilizar a obtenção do direito material.

Segue a ementa de alguns julgados:

1- Agravo de Instrumento n. 2015.054430-2, da Capital Relator: Des. Henry Petry Junior  
AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZATÓRIA. AVERBAÇÃO DE EXISTÊNCIA DA DEMANDA EM MATRÍCULA DE IMÓVEL DA AGRAVADA. - INTERLOCUTÓRIO NEGATIVO. (1) PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CARÁTER ACAUTELATÓRIO DA MEDIDA. FUNGIBILIDADE. POSSIBILIDADE. - "Em razão do princípio da fungibilidade das tutelas de urgências, estampado no artigo 273, § 7º do Código de Processo Civil, o magistrado está autorizado a conhecer e deferir como cautelar, o pedido antecipatório formulado pela parte autora, desde que preenchidos os seus respectivos pressupostos." (TJSC, AI n. 2012.019547-8, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 20.02.2014).

2- Agravo de Instrumento n. 2013.011384-0, de Balneário Camboriú Relator: Des. Sebastião César Evangelista

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E AÇÃO CAUTELAR. FUNGIBILIDADE. ART. 273, § 7º DO CPC. LIMINAR CONCEDIDA PARA AVERBAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE AÇÃO EM REGISTRO IMOBILIÁRIO. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. DEMONSTRADA A VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. REQUISITOS DO ART. 273, I DO CPC VERIFICADOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO À luz do art. 273, inciso I do Código de Processo Civil, a antecipação dos efeitos da tutela deve ser concedida se estiverem presentes, cumulativamente, a verossimilhança das alegações do requerente da medida e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. É admissível a fungibilidade dos procedimentos por uma questão de celeridade processual. Não sendo a hipótese de concessão de espécie determinada de medida cautelar, pode o Magistrado utilizar-se do princípio da fungibilidade e adaptar o pedido do autor, concedendo-lhe a medida que julgar conveniente para a lide. Ademais, observa-se que os requisitos da antecipação de tutela são mais rigorosos que da ação cautelar, portanto possível a sua fungibilidade. A averbação de existência de ação em matrícula imobiliária não obstaculiza a livre negociação do imóvel, porém torna público perante terceiros a existência de pendência judicial ainda não deebelada e que eventualmente o bem poderá ser necessário para responder por suposto débito. A simples anotação em matrícula imobiliária não causa prejuízo ao proprietário

3- Agravo de Instrumento n. 2015.003461-2, de São Miguel do Oeste Relator: Desembargador Substituto Luiz Antônio ZaniniFornerolli

AGRAVO DE INSTRUMENTO Â- AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO E DISSOLUÇÃO PARCIAL Â- ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA PARA ORDENAR A INDISPONIBILIZAÇÃO DE IMÓVEL SEDE DA EMPRESA REGISTRADA EM NOME DA PESSOA FÍSICA DE UM DOS SÓCIOS Â- INSURGÊNCIA DOS REQUERIDOS Â- ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO Â- MOTIVAÇÃO CONCISA Â- NULIDADE NÃO CONFIGURADA Â- JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS Â- IMPOSSIBILIDADE Â- PROVIMENTO QUE, EM VERDADE, APROXIMA-SE A UMA MEDIDA CAUTELAR Â- PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE Â- INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 7º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL Â- PLAUSIBILIDADE INVOCADA PRESENTE

Â- PROVAS DOCUMENTAIS QUE DEMONSTRAM QUE O REQUERENTE CONTRIBUIU FINANCEIRAMENTE PARA AQUISIÇÃO E CONSTRUÇÃO DA SEDE DA EMPRESA Â- PROVA INEQUÍVOCA, ADEMAIS, DE PARTICIPAÇÃO DO REQUERENTE NA CONDIÇÃO DE SÓCIO Â- NECESSIDADE DE OBSTACULIZAÇÃO DE EVENTUAL ALIENAÇÃO DO IMÓVEL Â- CAUTELA NECESSÁRIA PARA ASSEGURAR O RESULTADO FINAL DA DEMANDA QUE VISA RECONHECER O IMÓVEL COMO DE PROPRIEDADE DA SOCIEDADE Â- RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSE ÂMBITO, DESPROVIDO. I Â- Considera-se nula a decisão que padece de fundamentação (CF/88, art. 93, IX), não se confundindo com aquela em que, de forma sucinta, expõe e decreta a solução da questão. II Â- A prestação jurisdicional de segunda instância se limita aos comandos decisórios que tenham sido impugnados, de forma de que a matéria não discutida em primeiro grau não pode ser analisada em fase de recurso. III Â- Uma vez comprovado que o autor contribuiu financeiramente para a aquisição e construção da sede da sociedade empresarial, embora dela não figure formalmente como sócio, é de rigor que, cautelarmente, seja indisponibilizado o referido imóvel até que se tenha decisão definitiva sobre a questão.

4- Agravo Regimental em Medida Cautelar Inominada n. 2015.079186-0/0001.00 e Medida Cautelar Inominada n. 2015.079186-0, de Navegantes Relator: Des. Luiz César Medeiros MEDIDA CAUTELAR E AGRAVO REGIMENTAL Â- PEDIDO ACAUTELATÓRIO INCIDENTAL DE NATUREZA SATISFATIVA Â- ALEGADA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA Â- DESCABIMENTO Â- FUNGIBILIDADE Em homenagem ao princípio da fungibilidade, expressamente previsto no art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil, desde que indicados os requisitos necessários, não há óbice em apreciar medida cautelar incidental de caráter satisfativo, mormente quando não é irreversível e trata de direito de natureza indisponível. PLANO DE SAÚDE FIRMADO POR SINDICATO Â- INADIMPLEMENTO DO CONTRATANTE Â- CONTRATO RESCINDIDO Â- PEDIDO DE MANUTENÇÃO DO PLANO POR FILIADO Â- SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA Â- EXTINÇÃO DO PACTO LEGÍTIMA Â- PRECEDENTES DESTA CORTE Â- FUMUS BONI IURIS NÃO DEMONSTRADO Â- INDEFERIMENTO 1 Não é possível o deferimento de medida cautelar em que não foi demonstrada a contento a presença de um dos requisitos indispensáveis à sua concessão, quais sejam, o fumus boni iuris e o periculum in mora. 2 "Mesmo que em algumas situações o princípio da autonomia da vontade ceda lugar às disposições cogentes do CDC, não há como obrigar as operadoras de planos de saúde a

manter válidas, para um único segurado, as condições e cláusulas previstas em contrato coletivo de assistência à saúde já extinto (REsp n. 1119370/PE, rela. Mina. Nancy Andrichi, Terceira Turma. Dje de 17-12-2010) [...]” (AC n. 2015.010953-1, Des. Saul Steil).

5- Agravo de Instrumento n. 0032813-81.2016.8.24.0000, da Capital Relator: Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL INATIVA. GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE INSTITUÍDA PELA LEI N. 13.763/2006 1) CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO ART. 1º DA LEI N. 9.494/1997 QUE NÃO ATINGE CAUSA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. ENUNCIADO N. 729 DA SÚMULA DO STF. 2) PROFESSORA CEDIDA À FUNDAÇÃO CATARINENSE DE EDUCAÇÃO ESPECIAL E EM EXERCÍCIO NA APAE NA DATA DA APOSENTADORIA. CABIMENTO DA GRATIFICAÇÃO. PRECEDENTES. 3) TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA DE URGÊNCIA (ART. 300, CAPUT, DO CPC/2015). PROBABILIDADE DO DIREITO COMPROVADA. PROVA DO PERIGO DE DANO INSUFICIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA MEDIDA NESSA MODALIDADE. 4) TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA DE EVIDÊNCIA (ART. 311, IV, DO CPC/2015). FUNGIBILIDADE ENTRE OS INSTITUTOS. PETIÇÃO INICIAL INSTRUÍDA COM MEMÓRIA DOCUMENTAL SUFICIENTE DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DA AUTORA. AUSÊNCIA DE PROVA, JUNTADA PELO RÉU, CAPAZ DE GERAR DÚVIDA RAZOÁVEL. DEFERIMENTO DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA, COM AS GARANTIAS DO ARTIGO 10 DO CPC DE 2015. RECURSO PROVIDO. O direito vigente não repetiu integralmente a regra da fungibilidade entre as “tutelas provisórias” constante do direito anterior. A previsão da fungibilidade encontra-se textualmente restrita às hipóteses de tutelas provisórias requeridas de forma antecedente (art. 305, parágrafo único). Porém, é evidente que o legislador permite ampla fungibilidade entre as “tutelas provisórias”. A fungibilidade é uma manifestação da necessidade de aproveitamento de atos processuais já praticados, com o que reside nos domínios da economia processual e da duração razoável do processo (arts. 5º, LXXVIII, da CF, e 4º). Agravo de Instrumento n. 0032813-81.2016.8.24.00002 Gab. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

Nessa perspectiva, sendo possível conhecer o pedido de tutela satisfativa (antecipada) como se pedido de tutela cautelar fosse (e vice-versa), seja formulado de forma incidental, seja de maneira antecedente, uma interpretação conforme ao direito fundamental à duração razoável

do processo autoriza esse aproveitamento. Inspirado nessa mesma linha de efetiva prestação da tutela jurisdicional, tendo o Código encampado claramente uma preferência pela prolação de decisões de mérito em detrimento de decisões meramente processuais (arts. 317 e 488), é igualmente evidente a possibilidade de se aplicar a regra da fungibilidade entre os pedidos de tutelas provisórias da maneira mais ampla possível. (grifos no original) (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 213) Se o legislador, prescindindo o exame da urgência, permite o deferimento de tutela provisória da evidência, porque negar a fungibilidade se o pleito formulado cogitou a existência de *periculum in mora*, de fato ausente? Se há evidência de um direito não urgente, porque sonegar a agilidade para seu exercício se o sistema concebe técnica apta ao seu acolhimento? A fungibilidade é mais que útil, é necessária à efetivação do direito evidentemente violado.

Entende-se, portanto, que é imprescindível a verificação pelo magistrado da condição da tutela pleiteada de modo a poder adequar seus procedimentos à tutela mais apropriada.

## CONCLUSÃO

Conclui-se com o presente trabalho, que houve significativa e oportuna alteração na abordagem e aplicação das tutelas provisórias no novo código de processo civil brasileiro.

A nova sistemática de apresentação do novo diploma, passando pela estruturação mais adequada aos momentos processuais, além da positivação de princípios constitucionais ou mesmo específicos à nova lei, também são elementos que corroboram com o entendimento de maior foco na solução das lides.

A correta aplicação dos princípios, aliada a nova sistemática de análise das tutelas provisórias de urgência, certamente se traduzirá em decisões mais justas, adequadas e céleres.

O princípio da fungibilidade adquire um caráter de maior importância quando da análise dos requerimentos das tutelas provisórias de urgência cautelares e antecipadas, à medida em que permite ao magistrado a adequação à tutela que entender mais apropriada, sem que o demandante venha a ter que suportar adequações que, por vezes poderiam atrasar, ou mesmo impedir, o acesso à decisão fundamental.

Em se tratando de tutelas provisórias e portanto, verificadas através de cognição sumária, é fundamental que, em observando os elementos indispensáveis à decisão, o juiz possa adequar o requerimento ao procedimento mais adequado ao caso em questão.

Observa-se a aplicação do princípio da fungibilidade não só nas tutelas, mas nos recursos e nas intervenções de terceiros, demonstrando essa ser essa uma tendência no direito processual brasileiro.

Embora não seja o objeto deste trabalho, poder-se-ia inclusive vislumbrar a aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência e de evidência, quando, uma vez verificados os elementos que fundamentem as decisões, podendo ser objeto de adequação procedimental.

E, dessa forma, se constata que a aplicação do princípio da fungibilidade nas tutelas provisórias de urgência antecipadas ou cautelares, é devidamente aplicado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, destacando-se o fato de que a nova lei completou um ano de vigência neste ano e, por esse motivo, ainda são pouquíssimos os exemplos encontrados.

Finalizando então, conclui-se pela modernidade da nova lei quanto a positivação e aplicação de princípios, bem como pelo objetivo do legislador ser atingido quando nos deparamos com situações onde a formalidade excessiva possa ser mitigada na intenção da mais absoluta e perfeita prestação jurisdicional pelo Estado-juiz.

## REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo cpc: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/973 ao CPC/2015**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. **Processo Cautelar e Procedimentos Especiais: (CPC73 X NCPC)**. Palhoça: Unisul Virtual, 2016. p.7-17.

CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO CIVIL - II CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL DE FLORIANÓPOLIS, 2016 - **TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CPC**, Cassio Scarpinella Bueno (Doutor PUC-SP. Professor PUC-SP. Advogado).

III CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL DE FLORIANÓPOLIS - ANIVERSÁRIO DA VIGÊNCIA DO NOVO CPC - **TUTELA PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE** Eduardo Lamy (Doutor PUC-SP. Professor UFSC. Advogado).  
GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria geral do processo: comentários ao cpc de 2015**. São Paulo: Método, 2015. 992 p.

GOLDENBERG, Mirian. **A arte de pesquisar**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Panorama Atual do Novo CPC**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. 410 p.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010. 320 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERONOVO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Felipe Augusto de Toledo; PINTO, Rafael de Arruda Alvim. **Novo CPC Descomplicado: Dicas e esquemas**. [s.i]: Instituto de Direito Contemporâneo, 2017. 42 p. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/download-e-book-dicas-e-esquemas-novo-cpc/>>. Acesso em: 25 maio 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil: Novo CPC - lei 13.105/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2845 p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: artigo por artigo**. Bahia: Jus Podiam, 2016. 1904 p.

OLIVEIRA, Jacqueline Fernandes. **A fungibilidade das tutelas de urgência e sua aplicação nas decisões judiciais**. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19436/a->

fungibilidade-das-tutelas-de-urgencia-e-sua-aplicacao-nas-decisoes-judiciais/4>. Acesso em: 30 nov. 2016. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 57. ed. São Paulo: Forense, 2016.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TUCCI, José Rogério Cruz e et al. **Código de processo civil anotado: Fungibilidade de dupla via entre tutela cautelar e tutela antecipada**. São Paulo: Aasp e OabPr, 2015.