

Uma perspectiva constitucional acerca do §7º do art. 273 do Código de Processo Civil

*Larissa Vianez Figueira**

Sumário: 1 Introdução. 2 Fundamentação Teórica. 3 Tutelas provisórias: antecipada e cautelar. 4 A fungibilidade estabelecida pelo §7º do art. 273 do CPC. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: Trata-se de artigo jurídico sobre a norma inscrita no §7º do art. 273 do CPC, a qual estabelece apenas a possibilidade de substituição da tutela antecipada pela medida cautelar, deixando de prever a hipótese de fungibilidade em sentido inverso. É a partir desta lacuna legal que se torna de grande importância identificar como a aludida norma vem sendo interpretada à luz dos ditames constitucionais, pois, como é sabido, todo o ordenamento jurídico brasileiro é pautado na Constituição Pátria de 1988, nossa Lei Maior. É de se notar que, diante da vigente concepção acerca dos institutos do “processo” e da “ação”, como meios de se alcançar a efetividade da tutela jurisdicional, faz-se imperioso admitir a chamada fungibilidade pela “via de mão dupla”.

Palavras-chave: Tutelas Provisórias. Fungibilidade. Constituição.

1 Introdução

A Constituição Brasileira, no inciso XXXV de seu art. 5º, assegura o acesso à justiça, mas não apenas formalmente e sim a uma tutela efetiva e adequada. Por sua vez, o inciso LXXVIII do mesmo dispositivo constitucional assegura a celeridade processual necessária à efetividade da proteção jurisdicional.

É nesse contexto, então, que devem ser compreendidas as chamadas tutelas de urgência, por meio das quais o Estado-Juiz, diante de uma situação emergencial, possui adequadas ferramentas para evitar que a morosidade processual

* Agente Técnico Jurídico do Quadro de Pessoal Efetivo do Ministério Público do Estado do Amazonas. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

comprometa a efetividade da tutela jurisdicional.

Dentre as tutelas de urgências, encontram-se as cautelares e as antecipadas. As primeiras possuem caráter assecuratório, visando assegurar a eficácia e o resultado útil de um processo, enquanto que as segundas têm natureza satisfativa e antecipam o próprio direito material discutido em juízo.

Não obstante cada uma possua as suas peculiaridades, ambas integram um só gênero, tendo sido concebidas para evitar o perigo de dano pela demora do processo, e, por essa razão, na prática, em muitos casos, há certa dificuldade em descobrir, com rigor, qual das duas espécies deve ser adotada. Diante de tais impasses, muitos prejuízos foram sendo suportados pelos jurisdicionados, cujos pedidos de tutelas emergenciais foram diversas vezes indeferidos em nome de um tecnicismo exacerbado.

Sensível a tal problemática, a Lei nº 10.444/2002 inseriu o §7º no art. 273 do Código de Processo Civil, admitindo-se a chamada “fungibilidade” (substituição) da tutela requerida em juízo por aquela efetivamente pretendida.

No entanto, o texto literal da referida norma previu apenas uma única hipótese: aquela em que o autor, a título de antecipação de tutela, requer providência de natureza cautelar. Com isso, restou a dúvida quanto à possibilidade ou não da fungibilidade em sentido inverso. Daí a importância do estudo acerca do tema para se conhecer qual a interpretação do dispositivo legal mais condizente com o atual panorama constitucional.

Logo, a questão que interessa ao presente artigo é: *Como se tem interpretado o §7º do art. 273 do Código de Processo Civil, à luz do sistema constitucional vigente?*

Sendo assim, o objetivo geral deste estudo é justamente analisar, com base nos princípios constitucionais, o fenômeno da conversibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Dentre os objetivos específicos, busca-se, primeiramente,

traçar um esboço acerca da visão constitucional a respeito do processo, do direito à ação e à tutela jurisdicional. Em seguida, procura-se descrever as semelhanças e características diferenciadoras entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, bem como as dificuldades em estabelecer distinções práticas entre ambas. E, por fim, almeja-se avaliar, diante do atual panorama constitucional, o fenômeno da fungibilidade das tutelas de urgência, previsto no §7º do art. 273 do Código de Processo Civil.

Para tanto, o artigo será dividido em três capítulos: *Fundamentação Teórica*, onde será identificado, de modo geral, o posicionamento constitucional em relação ao processo, ao direito de ação e à efetividade da tutela jurisdicional, ressaltando-se a evolução histórica e a nova concepção acerca dos referidos temas; *Tutelas Provisórias: Antecipada e Cautelar*, onde serão caracterizadas a tutela antecipada e a medida cautelar, polemizando seus aspectos diferenciadores e analisando criticamente o rigor técnico com que são tratadas; *A Fungibilidade estabelecida pelo §7º do Art. 273 do CPC*, onde, enfim, será apreciada a conversibilidade das tutelas de urgência, explicando-se como o dispositivo infraconstitucional vem sendo interpretado de modo a se adequar à linha de raciocínio constitucional.

2 Fundamentação teórica

Sabe-se que o homem não vive isolado, mas, ao contrário, depende da sociedade para sobreviver, pois é um ser coexistencial que precisa da interação e da troca de experiências. No meio social, a criatura humana, em constante transformação, age em função da necessidade de alcançar melhores condições de vida, o que gera, inevitavelmente, conflitos intersubjetivos de interesses. Torna-se, então, indispensável a busca de formas capazes de solucionar tais desavenças, e é daí que vem a importância do

Direito, o qual, por sua vez, possui a tarefa de harmonizar as relações sociais e coordenar os interesses controversos.

Nos primórdios da civilização, os litígios eram solucionados através da *autocomposição*, ou, principalmente, da *autotutela*. A primeira, que existe ainda hoje, consiste no meio pelo qual um dos litigantes ou ambos abrem mão de seus interesses ou parte deles, enquanto que a segunda é caracterizada por uma solução imposta de forma arbitrária e violenta por uma das partes conflitantes. Esta última era o regime que prevalecia antigamente, pois não existia um Estado forte capaz de se sobrepor às vontades dos particulares e impor o cumprimento do direito. No entanto, esta forma de composição de conflitos não garantia a justiça e ameaçava a ordem social, visto que o mais forte sempre vencia o mais fraco. Necessitava-se, assim, de uma maior interferência do Direito para que cada indivíduo tivesse sua conduta limitada e regrada.

Diante de tal situação, o sistema da autotutela foi sendo abandonado com o decorrer do tempo, e, pouco a pouco, a vingança privada foi dando lugar à *arbitragem*, através da qual as partes, em comum acordo, escolhiam um árbitro, pessoa da confiança de ambas, para resolver seus conflitos de modo imparcial e amigável. Na vigência desse regime, o Estado ainda não tinha autoridade suficiente para se sobrepor aos indivíduos.

Ocorre que, após os períodos arcaico e clássico do direito romano, com o fortalecimento significativo do Estado, este passou a impor autoritativamente a solução dos litígios, chamando para si a denominada jurisdição. Consequentemente, o ente estatal tornou-se responsável pela tutela dos direitos, cabendo-lhe agir em substituição às partes e dar a cada um o que lhe era devido, da maneira mais justa e pacífica possível.

Para tanto, o Estado passou a dispor do *processo* e os indivíduos da *ação*. Impedidos os particulares de fazer justiça com as próprias mãos, o *processo* surge como o meio

a ser utilizado pelo Estado-Juiz para o exercício da atividade jurisdicional e a *ação* nasce como o instrumento a ser empregado pelos indivíduos para o ingresso em juízo e a busca da justiça.

A concepção acerca do processo e da ação evoluiu ao longo do tempo. Inicialmente, e, mais precisamente, até meados do século XIX, acreditava-se que o próprio direito violado fazia aparecer o direito à ação, permitindo ao seu titular acionar o órgão judicial competente para fazer valer a norma no caso concreto. Assim, a ação era entendida como imanente ao próprio direito substancial, não se concebendo o direito à ação àquele que não fosse detentor do direito material (teoria imanentista da ação). Não havia, portanto, diferença entre direito material e direito processual, nem se cogitava da existência de uma relação jurídica processual distinta da relação jurídica de natureza substancial. O direito processual não possuía autonomia científica, tanto que o processo não era considerado de forma independente, mas sim como um mero aspecto de direito material. Esta foi a fase do *sincretismo*.

Posteriormente, com uma importante polêmica travada na década de 1850, na Alemanha, entre dois juristas de renome, Windscheid e Muther, surgiu a denominada fase *autonomista*. Nesse período, chegou-se à conclusão de que a ação e o processo eram autônomos em relação ao plano de direito material. A partir de então, aceitou-se a existência de uma relação jurídica processual independente da relação jurídica de direito material, reconhecendo-se definitivamente o direito processual como ramo científico autônomo, dotado de princípios, conceitos, institutos e métodos próprios. Diante de tal reconhecimento, essa fase foi marcada pela construção de diversas teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições da ação e os pressupostos processuais.

Embora essa segunda fase tenha contribuído significativamente para a ciência processual diante do estudo

de diversas teorias, houve um exagerado apego à forma em detrimento do objetivo maior do processo, pois este foi examinado através de uma visão puramente introspectiva, voltada apenas à sistematização dos institutos e às discussões doutrinárias demasiadamente técnicas e inócuas, absolutamente desprovidas de interesses pragmáticos e despreocupadas com a função processual pacificadora.

Nesse diapasão, com o amadurecimento de uma postura crítica em relação a esta perspectiva interna e tecnicista do processo, o direito processual, atualmente, vivencia a *fase instrumentalista*, na qual o processo passa a ser examinado sob um ponto de vista externo, isto é, em função de seus resultados. Hodiernamente, toma-se consciência de que o processo só existe em razão de seus fins sociais, políticos e jurídicos. Recorda-se que o Estado, ao invocar para si a atividade jurisdicional, retirando-a das mãos dos particulares, assumiu a missão de produzir a justiça e a paz social, motivo pelo qual se torna imprescindível uma postura estatal ativa capaz de eliminar concretamente as tensões sociais, que antes eram definidas pelos próprios litigantes.

Em outras palavras, percebe-se que, subtraído de cada pessoa o poder de utilizar a força e a violência para dirimir seus litígios, proteger seus direitos e satisfazer suas pretensões, o Estado obriga-se a dispor de instrumentos efetivos para a solução real dos conflitos de interesses. O processo, assim, passa a ser compreendido como um instrumento a serviço da sociedade e do direito material, de tal modo que, ao contrário da fase *autonomista*, neste terceiro período, ora em curso, há uma tendência à reaproximação do direito processual e do direito material, criando-se a mentalidade de que aquele só existe em função deste e não como um fim em si mesmo.

Dessa maneira, considerando que a importância real do processo está em seus resultados, mostra-se necessária a

utilização de meios que o torne efetivo, isto é, apto para servir como verdadeira e eficiente via ao fim que se propõe. Para isso, não bastaria um processo eminentemente técnico e com primor científico, mas sim eficaz e célere, capaz de alcançar os objetivos a que se destina. Vê-se, portanto, a necessidade de abandonar o culto exagerado aos aspectos formais do processo, que, ao invés de garantirem segurança, inibem a realização dos escopos processuais. Para tanto, procura-se, então, “*relativizar o valor das formas e saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas*” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 44).

Nesse contexto, todo o sistema processual passa a ser orientado pelo ideal de efetividade, que, além do desapego às formas, demanda o uso de mecanismos voltados a garantir a proteção eficiente dos direitos materiais e a interferência concreta na vida das pessoas. Sob esse enfoque, a Constituição de 1988 previu o já tão falado *direito de ação* ou *direito de acesso à justiça*, como se vê no texto do inciso XXXV do seu art. 5º, segundo o qual nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (princípio da inafastabilidade da jurisdição). Tal direito de agir, dentro do atual panorama do direito processual, passa a conter um sentido bem mais amplo do que aquele pelo qual anteriormente era compreendido.

Agora, diante da nova concepção acerca do processo, a ação sofre uma mudança conceitual, de modo que a mesma passa a ser vista não mais como um mero direito à formulação de um pedido em juízo, mas, especialmente, um direito à realização concreta e efetiva do direito substancial requerido, quando reconhecida a procedência do pleito judicial.

Constata-se que o direito de ação constitui, na verdade, um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. E, como a efetividade da jurisdição só se dá no plano material da tutela dos

direitos, conclui-se que não basta, para o exercício do direito de ação, que o indivíduo possa invocar o Poder Judiciário, é preciso, ainda, que possa influir sobre o convencimento do juízo, obter um pronunciamento judicial (com ou sem resolução do mérito), e, enfim, alcançar a eficácia desse julgamento e a tutela concreta no menor espaço de tempo possível, através de meios executivos aptos, ou, até mesmo, mediante a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional e a concessão de medidas cautelares (MARINONI, 2006, p. 215-221).

Nessa linha de raciocínio, verifica-se o dever do Estado-Juiz não só de prestar a atividade jurisdicional, mas também de exercê-la dentro de um prazo razoável, já que a morosidade processual pode tornar inútil a concessão do direito pleiteado. Daí porque a Emenda Constitucional nº 45/2004 agregou ao art. 5º da nossa Lei Maior o inciso LXXVIII, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios garantidores da celeridade de sua tramitação. Tal dispositivo constitucional mostra-se de inteira importância, uma vez que “a demora para a obtenção da tutela jurisdicional obviamente repercute sobre a efetividade da ação”, motivo pelo qual “a ação não pode se desligar da dimensão temporal do processo ou do problema da demora para a obtenção daquilo que através dela se almeja” (MARINONI, 2006, p. 224).

Por essa razão, à luz da idéia de efetividade que atualmente norteia os conceitos de processo e ação, é que se torna imperiosa a adoção pelo Poder Judiciário de técnicas processuais capazes de permitir a realização concreta e tempestiva da tutela de direito substancial.

3 Tutelas provisórias: antecipada e cautelar

Como é de notório conhecimento, a produção do resultado almejado pelo processo, que nada mais é do que a prestação da

tutela definitiva, demanda um considerável lapso de tempo, pois depende de um amplo e profundo debate em juízo (cognição exauriente). Como já visto, essa demora processual acaba por ocasionar consequências indesejáveis que comprometem a efetividade da tutela jurisdicional e a utilidade do processo. Dentre os prejuízos que ocasiona, pode-se destacar: o dano irreparável ou de difícil reparação diante da incompatibilidade entre a natureza do direito em jogo e a lentidão processual (ex: alimentos); e, a ocorrência de eventos que colocam em risco a futura realização do direito reconhecido (ex: desfazimento dos únicos bens que poderiam responder pela condenação) (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p.511).

Diante de tais situações, é que surgem as tutelas provisórias, que, diretamente relacionadas com o acesso à ordem jurídica justa, objetivam garantir a efetividade da tutela jurisdicional. É através delas que o Estado Juiz, diante de uma ocasião emergencial, detém adequadas ferramentas para evitar os prejuízos decorrentes da morosidade e da ausência de praticidade nas decisões judiciais.

Dentre as tutelas provisórias, encontram-se a tutela antecipada e a tutela cautelar. Segundo a doutrina tradicional, enquanto a primeira possui caráter satisfativo por antecipar a fruição do próprio direito material discutido em juízo e entregar o bem da vida almejado, a segunda possui natureza assecuratória por apenas garantir a eficácia de um outro processo e a futura realização do direito pleiteado.

Achamada “tutela antecipada”, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 8952/1994, está prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil e refere-se ao adiantamento, total ou parcial, dos efeitos práticos da tutela jurisdicional pleiteada, que só poderiam ser perceptíveis por ocasião de futura decisão de natureza definitiva. Tal pedido antecipatório é exercitável mediante requerimento da parte em processo já existente, antes do proferimento da sentença ou na pendência

de recurso com efeito suspensivo. Possui como pressuposto necessário a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” e como pressupostos cumulativo-alternativos o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, o “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”, além da “existência, total ou parcial, de pedidos incontroversos”.

Por outro lado, a “tutela cautelar”, prevista nos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil, restringe-se em manter os elementos do processo em condições de serem úteis para a futura prestação jurisdicional, sem antecipar o provimento de mérito visado pela parte, ou seja, sem atuar diretamente no plano material, voltando-se tão somente para a conservação do plano processual. Desenvolve-se antes ou no curso do processo principal, objetivando assegurar este último (conhecimento e/ou execução). Possui como pressupostos o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

No tocante aos pressupostos, insta salientar que, teoricamente, não obstante “a prova inequívoca da verossimilhança da alegação” e o *fumus boni iuris* representarem uma situação de plausibilidade do direito invocado, o primeiro, requisito para a tutela antecipada, demanda um convencimento mais intenso e profundo do juiz do que segundo, requisito da tutela cautelar, para o qual basta uma mera aparência de direito.

Além dessas distinções, a doutrina tradicional utiliza-se, ainda, do critério da “referibilidade” para diferenciar a tutela antecipada da medida cautelar. Segundo este critério, quando há coincidência entre o que é pleiteado provisoriamente com o que se pretende a final, trata-se de tutela antecipada, enquanto que, na ausência de tal coincidência, a hipótese é de tutela cautelar (BUENO, 2009, p.124).

Embora convencionalmente tenham sido admitidas tais diferenciações entre a medida cautelar e a antecipada, certo é que ambas possuem semelhanças acentuadas entre si, o que

torna injustificável a incessante tentativa de distanciá-las, quando, na verdade, mais útil e razoável seria aproximá-las.

Ambas retratam a denominada “tutela preventiva”, que, juntamente com a tutela repressiva, é assegurada pela Constituição Brasileira no seu art. 5º, inciso XXXV. São preventivas porque, ao contrário das tutelas repressivas que buscam reparar uma lesão a direito, possuem como objetivo justamente evitar a ocorrência da lesão.

Tanto a tutela cautelar como a antecipada são sumárias, temporárias e precárias. Fundam-se em uma cognição sumária, ou seja, em uma análise superficial do objeto da causa, que conduz a um juízo de probabilidade e verossimilhança. São temporárias porque têm eficácia limitada no tempo, durando até o alcance de suas finalidades ou até serem revogadas ou substituídas por outras por se tornarem desnecessárias e inadequadas, ou, enfim, até o momento em que a tutela definitiva as substitui. E, finalmente, são precárias porque podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, quando da alteração dos fatos ou do estado das provas, não produzindo, portanto, coisa julgada material. Em suma, são concedidas diante de uma certa urgência, caracterizada por uma situação de risco à efetividade do direito.

Logo, na essência, ambas são técnicas que visam a um mesmo fim: o de evitar prejuízos que possam advir com a demora na concessão da tutela definitiva, isto é, permitir que o processo produza efetivamente o resultado almejado. Assim, as tutelas de urgência (cautelar e antecipada) trazem técnicas capazes de garantir a efetividade processual, que poderia não vir a ser atingida, caso não fossem concedidas.

Então, independentemente de uma ter caráter *satisfativo* e da outra ter natureza *assecuratória*, como faz entender a doutrina tradicional, ambas foram criadas para fazer valer o chamado “modelo constitucional do processo civil”, em especial os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Pátria (BUENO, 2009,

p. 119). Em outras palavras, a medida cautelar e a antecipada são ferramentas de que o processo se utiliza para assegurar a tutela preventiva, e, desse modo, a tempestividade, a utilidade e a efetividade da atuação jurisdicional. Tais tutelas identificam-se, assim, por servir a uma mesma finalidade: “abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 514).

Como ensina Cássio Scarpinella Bueno, a diferença entre o *satisfazer* da tutela antecipada e o *assegurar* da tutela cautelar é “tênue e repousa muito mais na ênfase do que é pedido ao Estado-Juiz e ao modo de se beneficiar da tutela jurisdicional do que, propriamente, em algo cientificamente comprovado ou que pertença, ontologicamente, à espécie ‘tutela antecipada’ ou ‘tutela cautelar’ (BUENO, 2009, p. 123). Uma medida que para muitos parece satisfazer, para outros parece apenas acautelar, e, vice-versa. Muitas vezes, vê-se que, ao satisfazer de imediato um direito, este está sendo assegurado, bem como que, ao acautelar um direito, permite-se que o mesmo seja satisfeito.

A antecipação da tutela, portanto, não deixa de ser uma prestação acautelatória, pois “tem função idêntica a de todas medidas cautelares, a saber, a garantia do resultado útil (efetividade) da decisão final” (GUERRA, 1997, p. 98). Acontece que, no caso da tutela antecipada, “a única forma de *assegurar* um direito ameaçado é *satisfazendo-o* de imediato, ainda que parcialmente” (BUENO, 2009, p. 122). Ou seja, trata-se de medida jurisdicional que, ao mesmo tempo em que se assegura a fruição de um direito, satisfaz este desde logo. Não é por outra razão que muitos doutrinadores entendem que a “tutela antecipada” seria espécie do gênero “tutela cautelar”.

Quanto às medidas ditas cautelares, constata-se também que estas não deixam de ser providências antecipatórias, pois, como explica Cássio Scarpinella Bueno, ao se assegurar a realização futura de um direito, embora não se adiante o

efeito principal da tutela jurisdicional pleiteada, acaba por se anteciparem efeitos subjacentes à tutela pretendida, que só seriam atingidos por ocasião da decisão final (BUENO, 2009, p. 125/126). Ensina, ainda, José Roberto Bedaque que “toda cautelar, mesmo as conservativas, tem conteúdo antecipatório. O arresto, por exemplo, antecipa possível penhora a ser determinada na execução” (BEDAQUE, 2003, p. 127).

Ademais, verifica-se que a cautelar também possui caráter satisfativo. Enquanto na antecipação da tutela assegura-se o direito satisfazendo-o, na tutela cautelar satisfaz-se assegurando o direito. Assim, dentro do âmbito em que é pleiteada, a medida cautelar é inteiramente satisfativa. Como afirma Cássio Bueno, a cautelar “quando analisada em si mesma e tendo em conta seus próprios fins, é inequivocadamente *satisfativa*” (BUENO, 2009, p. 128).

Portanto, ao contrário dos termos *satisfazer* e *acautelar* representarem idéias antagônicas, traduzem noções que se complementam de acordo com as necessidades do caso concreto. A diferença entre cautelar e antecipada está mais na técnica e no modo pelo qual são exercidas do que na finalidade a que se destinam.

Não há, desse modo, um critério útil, prático e cientificamente comprovado que distinga uma medida da outra. Como afirma Cássio Scarpinella, “não há, do ponto de vista *ontológico*, pelo menos jurídico, o que possa ser entendido como ‘cautelar’ em contraposição ao ‘não cautelar’ ” (BUENO, 2009, p. 3). O ilustre doutrinador conclui, então, que ambas as medidas “não são realidades ontologicamente distintas; no máximo, trata-se de duas facetas diversas de uma mesma realidade que, como tais, complementam-se”(BUENO, 2009, p. 131). À vista disso, o que mais se deve levar em conta no que diz respeito às tutelas cautelar e antecipada é o fato de que ambas servem para conter o perigo da demora.

Dessa forma, o que é de grande valia não é averiguar se há coincidência ou não entre o pedido provisório e o definitivo (critério da “referibilidade”), mas sim identificar se o que está sendo pleiteado sumariamente visa evitar que a morosidade processual comprometa a efetividade da tutela jurisdicional. Isto é o que determina as tutelas provisórias (antecipada e cautelar).

4 A fungibilidade estabelecida pelo §7º do art. 273 do CPC

Considerando que não há uma distinção rígida entre tutela cautelar e tutela antecipada, bem como que não foi encontrado pela doutrina um parâmetro uniforme e objetivo que as diferenciem, várias incertezas do ponto de vista teórico acabaram por ocasionar prejuízos aos jurisdicionados. Em diversas ocasiões, ao se pleitear tutela antecipada, o Poder Judiciário indeferia o pedido por entender que se tratava de medida cautelar, e vice-versa. Questões, então, de ordem puramente formal criavam obstáculos à realização dos fins para os quais haviam sido criadas tais medidas de urgência, comprometendo, assim, a efetividade da tutela jurisdicional, em total contradição ao que vinha sendo proposto pela fase instrumentalista do processo e pelo sistema constitucional do processo civil ditado, especialmente, pelos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da nossa Constituição Pátria.

Sensível a esta situação, a Lei nº 10.444/2002 introduziu o §7º no art. 273 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

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

Criou-se, dessa forma, uma espécie de fungibilidade

(substituição) das medidas urgentes. Todavia, o legislador mencionou apenas a hipótese de o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar e não a possibilidade inversa. Diante dessa situação lacunosa, surgiram duas correntes doutrinárias.

De um lado, encontram-se aqueles que defendem a idéia da “via de mão única”, admitindo somente a chamada fungibilidade “regressiva”, ou seja, a substituição da medida mais rigorosa (tutela antecipada) pela mais singela (tutela cautelar). Negam a possibilidade da fungibilidade “progressiva” (sentido inverso), em virtude dos requisitos para a antecipação da tutela serem bem mais rígidos do que os pressupostos para a concessão da medida cautelar, de modo que a conversão de uma pela outra significaria o deferimento de medida mais gravosa sem o preenchimento dos respectivos requisitos. Além disso, alegam um inconveniente prático quanto à ação cautelar preparatória, pois, neste caso, não haveria como antecipar a tutela jurisdicional, em razão da ausência da ação principal e do pedido final.

Por outro lado, a segunda corrente aceita a chamada fungibilidade de “mão dupla”, entendendo que o dispositivo legal em questão disse menos do que deveria, devendo, portanto, ser interpretado de forma ampla, afastando-se a literalidade do texto, a fim de que seja permitida também a conversão inversa, não prevista expressamente pela lei, qual seja a da medida cautelar para a tutela antecipada (fungibilidade “progressiva”- da medida menos gravosa para a mais rigorosa).

Este segundo entendimento é o que melhor se adequa ao sistema constitucional hoje vigente, ao princípio da instrumentalidade das formas, ao princípio da economia processual e à atual idéia de processo como resultado, pois, segundo os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Brasileira, Lei Maior do nosso ordenamento jurídico à qual todas as demais normas devem obediência, não importa a técnica

utilizada, primordial é evitar a ameaça a direito e garantir a celeridade processual necessária à efetividade da tutela jurisdicional.

Logo, de acordo com o modelo constitucional e a nova concepção de processo, não se pode cogitar que o apego à forma obstaculize o atingimento do fim desejado. Como explica Cássio Scarpinella Bueno, o Direito Constitucional vigente impõe uma “*indiferença de técnicas processuais*”, “tanto faz qual a *técnica* a ser empregada pelo jurisdicionado e pelo magistrado para, diante de cada caso concreto, tutelar (proteger) adequadamente (imunizar) situação de ameaça” (BUENO, 2009, p. 133).

Não se pode olvidar, contudo, que a fungibilidade só ocorre quando presentes os pressupostos da medida a ser concedida. Para tanto, é preciso haver correspondência entre os pressupostos da tutela pleiteada e daquela a ser deferida. No caso, por exemplo, de ser requerida tutela antecipada com fundamento em “abuso de direito de defesa”, “manifesto propósito protelatório do réu”, ou “existência, total ou parcial, de pedidos incontroversos”, não há como se proceder à conversão para tutela cautelar, tendo em vista a falta de correspondência entre os pressupostos, a não ser que estejam também presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Assim, na visão da segunda corrente, é perfeitamente possível tanto a fungibilidade “regressiva” como a “progressiva” quando presentes os pressupostos de urgência (*periculum in mora* e “dano irreparável ou de difícil reparação”) e de plausibilidade do direito invocado (*fumus boni iuris* e “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”).

Ao contrário do que defende a primeira corrente, os defensores do segundo posicionamento não vêem inconveniente na concessão da tutela antecipada quando pleiteada acautelar com base no *fumus boni iuris*, bastando que, para tanto, o juiz esteja suficientemente convencido da verossimilhança da

alegação. Embora tradicionalmente se insista em diferenciar o *fumus boni iuris* da “prova inequívoca da verossimilhança”, como se esta necessitasse de um convencimento maior do juiz do que aquele, não há como negar que esta distinção é mais teórica do que prática.

Como assevera Cássio Scarpinella Bueno,

não há como avaliar, com precisão matemática, qual o grau de convicção do magistrado a respeito dos pedidos que lhe são formulados e das provas e dos argumentos que lhe dão embasamento (BUENO, 2009, p. 138).

Diante de tal situação leciona o doutrinador que o que basta

é que o magistrado entenda *suficientemente* que o requerente da tutela jurisdicional apresenta-se com *mais* razão do que seu adversário e que o seu pedido justifica-se diante de uma situação de *urgência* (BUENO, 2009, p.139).

Assim, conclui o mestre que

a melhor opção que se pode fazer com vistas à efetivação do ‘modelo constitucional do processo civil’ é abandonar qualquer tentativa de tornar *rígida* a distinção entre o *fumus boni iuris* e a ‘prova inequívoca da verossimilhança da alegação’ (BUENO, 2009, p. 139).

Quanto aos problemas práticos alegados pela primeira corrente, veem-se perfeitamente contornáveis. Em se tratando de cautela preparatória e entendendo o magistrado que o caso é de tutela antecipatória e que preenchidos estão os requisitos desta, deve ele conceder a medida, e, ao mesmo tempo, determinar a conversão do procedimento cautelar em comum (sumário/ordinário), intimando o autor para que proceda à

emenda da petição inicial, com a respectiva inclusão do pedido quanto à tutela definitiva, antes da citação do réu. Tomadas tais providências, a questão procedimental estará resolvida e o modelo constitucional estará sendo cumprido.

5 Conclusão

Com a promulgação da Lei nº 10.444 de 10.05.2002, foi introduzido, no ordenamento jurídico brasileiro, o §7º do art. 273 do CPC, surgindo, assim, o fenômeno da “fungibilidade” entre as tutelas de urgência. Verificou-se, no entanto, que tal dispositivo legal mencionou apenas a hipótese de substituição da tutela antecipada pela cautelar e não o caso inverso. Diante de tal situação lacunosa, dúvidas surgiram acerca da possibilidade quanto à alteração da tutela cautelar para a antecipada.

Contudo, quando se leva em consideração os mandamentos constitucionais, certo é que a melhor interpretação é aquela que afasta a literalidade do texto legal, aceitando-se a hipótese de fungibilidade não prevista expressamente, pois, segundo os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Brasileira, indiferente é a técnica processual a ser utilizada, o importante é assegurar a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional. Sendo assim, vê-se que o fim deve sobrepor-se às questões meramente formais, sendo, então, inadmissível comprometer o direito material, sob o argumento de que a medida de urgência pleiteada não foi a tecnicamente correta.

A nossa Lei Maior, sob a influência da fase instrumentalista do processo, concebe o sistema processual em função de seus resultados e considera a ação um direito à tutela jurisdicional efetiva. Sob este ponto de vista, tomou-se consciência de que o Estado, ao invocar para si a atividade jurisdicional, retirando-a das mãos dos particulares, assumiu a missão de produzir a justiça e a paz social, não se concebendo, desse modo, um tecnicismo

exacerbado capaz de impedir a consecução de tal finalidade. Percebeu-se, enfim, a importância de uma postura estatal ativa a serviço da sociedade.

Portanto, é diante dessa concepção acerca dos institutos do “processo” e da “ação”, como instrumentos eficazes para se alcançar a efetividade da tutela jurisdicional, que se torna inquestionável a necessidade de se admitir a fungibilidade pela “via de mão dupla”, numa tendência de se aproximar e não de se distinguir as chamadas *tutelas provisórias*, uma vez que tanto a medida antecipada como a cautelar, ambas espécies do gênero “tutela preventiva”, são ferramentas que, embora com algumas distinções, foram criadas com o mesmo objetivo: evitar os prejuízos decorrentes da morosidade e da ausência de praticidade nas decisões judiciais, com o intuito único de garantir de modo concreto o eventual direito material postulado.

Abstract: This legal article is about the rule entered in §7º of art. 273 from the Code of Civil Procedure, which establishes the possibility of replacing the interlocutory injunction by restraining order, failing to establish a fungibility in the opposite direction. It is necessary to identify how this aforementioned rule and its legal gap have been interpreted according to constitutional provisions, for the Brazilian legal system is entirely based on the 1988 Constitution, our highest law. Considering the prevailing conception about procedural and action institutes as means to achieve the effectiveness of judicial protection, it is important to acknowledge the so-called fungibility through the “two-way street” concept.

Keywords: Provisional measures. Fungibility. Constitution.

Referências

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. v. 2. Salvador: Jus PODIVM, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. v. 1. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.