

PROPORCIONALIDADE E FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Marcel Moraes Mota*

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar a aplicação do procedimento da proporcionalidade com referência ao problema da fungibilidade das tutelas de urgência. A importância desta pesquisa se justifica, porque há necessidade de controlar a racionalidade das decisões jurisdicionais e, além disso, é necessário compreender corretamente as condições que regem a concessão dos provimentos de urgência, em virtude do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. A fim de que seja alcançado o objetivo proposto, é necessário seguir uma concepção constitucionalmente adequada do processo, que seja capaz de apreender convenientemente a função realizada pela ponderação, como procedimento de argumentação jurídica. Convém deixar claro que a tutela antecipada e a tutela cautelar não se confundem, embora sejam semelhantes. O traço básico que permite distinguir as formas de tutelas jurisdicionais diferenciadas consiste no caráter satisfativo da tutela antecipada, já que a tutela cautelar é somente assecuratória. Todavia, existem muitas situações, nas quais não é fácil saber a forma de tutela jurisdicional devida, se cautelar ou antecipada. Segundo o princípio da fungibilidade, o juiz pode receber como antecipatório o pedido chamado de cautelar, como pode fazer o contrário, se são observados os pressupostos devidos. O princípio da formalidade do processo e o princípio da tutela jurisdicional efetiva são as normas jurídicas fundamentais que devem ser ponderadas, para que se justifique, ou não, a aplicação do princípio da fungibilidade das tutelas de urgência.

PALAVRAS-CHAVE: PROPORCIONALIDADE; PROVIMENTOS DE URGÊNCIA; TUTELA ANTECIPADA; TUTELA CAUTELAR.

RIASSUNTO

* Mestrando em Direito Constitucional pela UFC. Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará (FESAC). Advogado. Bolsista CAPES.

Questo articolo ha l'obiettivo di analizzare l'applicazione del procedimento della proporzionalità con riferimento al problema della fungibilità delle tutele d'urgenza. L'importanza di questa ricerca si giustifica, perché c'è bisogno di controllare la razionalità delle decisioni giurisdizionali e, oltre a ciò, bisogna comprendere correttamente le condizioni che reggono la concessione dei provvedimenti d'urgenza, in virtù del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva. Affinchè sia raggiunto l'obbiettivo proposto, è necessario seguire una concezione costituzionalmente adatta del processo, che sia capace di apprendere ammodo la funzione realizzata dalla ponderazione, come procedimento di argomentazione giuridica. Conviene lasciare chiaro che la tutela anticipatoria e la tutela cautelare non si confondono, nonostante che siano somiglianti. Il rigo basico che permette di distinguere le forme di tutele giurisdizionali differenziati consiste nel carattere soddisfacitivo della tutela anticipatoria, giacchè la tutela cautelare è pure assicuratoria. Tuttavia, esistono molte situazione, nelle quali non è facile sapere la forma de tutela giurisdizionale dovuta, se cautelare o anticipatoria. Secondo il principio della fungibilità, il giudice può ricevere come anticipatorio la domanda chiamata de cautelare, come può fare lo contrario, se sono osservati i presupposti dovuti. Il principio della formalità del processo e il principio della tutela giurisdizionale effettiva sono le norme giuridiche fondamentali che debbono essere ponderate, affinchè si giustifichino, o no, l'applicazione del principio della fungibilità delle tutele d'urgenza.

PAROLE CHIAVE: PROPORZIONALITÀ; PROVVEDIMENTI D'URGENZA; TUTELA ANTICIPATORIA; TUTELA CAUTELARE.

1 Introdução

Este artigo tem por objetivo analisar a aplicação do procedimento da proporcionalidade no problema relativo à fungibilidade das tutelas de urgência, o que se afigura de importância manifesta, tendo em vista a necessidade de controle racional das decisões jurisdicionais e a indispensabilidade do correto entendimento acerca das tutelas de urgência, tendo em vista o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

De início, cumpre recorrer a uma breve diferenciação entre posturas legalistas e constitucionalistas, a fim de que se exponha o pensamento básico que norteará a argumentação desenvolvida neste trabalho.

Em seguida, cumpre analisar as semelhanças e dessemelhanças entre tutela cautelar e tutela antecipada, como forma de introduzir a discussão relativa à fungibilidade das tutelas de urgência.

Posteriormente, cuida-se de examinar a aplicação dos mandados da proporcionalidade na interpretação do §7º do art. 273 do CPC.

Ao final, enumeram-se conclusões, que resumem os resultados obtidos no curso desta investigação.

2 Direito constitucional e direito ordinário

A relação entre direito constitucional e direito ordinário, nos ordenamentos que possuem Constituição rígida, é definida pela superioridade hierárquica das normas constitucionais em relação às normas do direito ordinário.

Todavia, a interpretação dessa relação de superioridade é motivo de divergência entre legalistas e constitucionalistas.¹

Para o jurista de formação legalista, a Constituição é vislumbrada sobretudo como fundamento de validade formal do ordenamento jurídico, de modo que restaria amplíssima margem de ação para o legislador na definição do conteúdo do direito ordinário, cuja aplicação se caracterizaria fundamentalmente pela operação de subsunção, que envolve somente regras jurídicas.

Na perspectiva dos constitucionalistas, deve-se interpretar todo o direito ordinário, ou direito infraconstitucional, a partir da Constituição, fundamento de validade formal e material do ordenamento jurídico. Ademais, reconhece-se, no sistema jurídico, a existência de normas estrutura de princípios, muitos deles de hierarquia constitucional, de modo que a aplicação do direito ordinário pode exigir a realização de ponderações, a justificar a aplicação do procedimento da proporcionalidade no controle jurisdicional de constitucionalidade das normas elaboradas pelo legislador ordinário.

¹ A respeito, v. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed., Barcelona: Gedisa, 2004. p. 159-161.

Afigura-se indispensável a uma interpretação constitucionalmente adequada do processo o reconhecimento da pertinência dos mandados da proporcionalidade na solução de problemas da dogmática jurídica processual civil, que não se deixem resolver adequadamente por simples subsunções, a exemplo do que ocorre relativamente ao problema da fungibilidade das tutelas de urgência.

3 Tutela antecipada e tutela cautelar

As tutelas antecipada e cautelar, como formas de tutela jurisdicional diferenciadas, apresentam certas semelhanças, as quais, contudo, não vão a ponto de permitir a indiferença entre as tutelas antecipada e cautelar, sobretudo quando se tem presente a dogmática jurídica nacional.

As dificuldades teóricas e práticas relativas à distinção entre os provimentos cautelares e antecipatórios em situação de perigo acabaram por forjar o princípio da fungibilidade das tutelas de urgência, que motivou a inclusão do §7º no art. 273 do CPC. O controle de racionalidade da decisão jurisdicional que promove a fungibilidade das tutelas de urgência exige a aplicação dos mandados da proporcionalidade. Ademais, a relação entre proporcionalidade e fungibilidade das tutelas de urgência serve para elucidar determinadas situações de fungibilidade, em relação às quais a interpretação literal do enunciado normativo do mencionado §7º é absolutamente insuficiente.

3.1 Semelhanças entre a tutela antecipada e a tutela cautelar

Tanto a tutela antecipada como a tutela cautelar possuem fundamento constitucional, são decorrentes da cláusula da inafastabilidade do controle jurisdicional, integrando o direito fundamental como um todo à tutela jurisdicional efetiva.²

São formas de tutela jurisdicional diferenciadas, na medida em que são provisórias, podendo ser concedidas liminarmente, com base em cognição sumária. Como regulam de forma não definitiva a situação jurídica das partes em conflito, podem ser revogadas, uma vez que desapareçam as circunstâncias autorizadas de sua concessão, por isso mesmo não faria nem sentido cogitar acerca da possibilidade de serem acompanhadas pela eficácia da coisa julgada material.

² O conceito de direito fundamental como um todo pressupõe uma série de posições jurídicas que se combinam, segundo relações de precisão, de meio/fim e de ponderação, ver ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994. p. 226.

Não é correto, contudo, afirmar que toda forma de tutela jurisdicional antecipada é resultado de cognição judicial sumária, haja vista a possibilidade de concessão de tutela antecipada com base em cognição exauriente, nos termos do art. 273, §6º, do CPC. Pense-se, ainda, na possibilidade de concessão da antecipação da tutela na sentença.³

Observa-se ainda que a tutela cautelar e a tutela antecipada baseada em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação pertencem ao gênero das tutelas de urgência,⁴ que se destinam a evitar que o tempo necessário à marcha do processo torne inefetiva a tutela jurisdicional dos direitos.

Para cumprir sua função de zelar pela utilidade das decisões de mérito finais,⁵ o órgão jurisdicional recorre aos provimentos de urgência, seja de natureza antecipatória ou cautelar. Em se tratando de providências antecipatórias urgentes, a fruição imediata da tutela final perseguida revela-se indispensável para a situação jurídica do autor, bem como para a prestação do resultado do processo. No caso das tutelas cautelares, tenciona-se garantir a utilidade, *v.g.*, da futura e eventual tutela jurisdicional de mérito.

É óbvio que, sendo justificável a concessão de um provimento jurisdicional urgente, o não deferimento de uma providência dessa natureza importará o desempenho de uma atividade jurisdicional que, ao final, muito provavelmente, será inútil para parte que tenha razão, pois já se haverá consumado um dano irreparável ou de difícil reparação ao direito cuja tutela deveria ter sido adiantada, ou assegurada. Seria o caso, por exemplo, da não concessão de um arresto, quando devido, o que acabaria por frustrar a tutela jurisdicional executiva e, dessa forma, causaria dano injusto à esfera patrimonial do titular do direito de crédito. Outro exemplo seria rejeitar, de forma

³ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 89-92; BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 80 e ss.; ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. *Tutela antecipada na sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 122 e ss.

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 102-103, indica como tutelas de urgência: “a) medidas a que, por assim dizer, podemos chamar ‘puramente’ cautelares, como as de produção antecipada de prova; b) medidas incluídas no elenco legal das cautelares, mas produtoras de efeitos antecipados suscetíveis de cessação: *v.g.*, a concessão de alimentos a título provisório; c) medidas também incluídas no elenco legal das cautelares, mas produtoras de efeitos antecipados definitivos; por exemplo: a demolição de prédio em ruína iminente, para resguardar a segurança pública (Código de Processo Civil, art. 888, nº VIII); d) medidas antecipatórias fundadas no art. 273, ou em regra especial inserta em lei extravagante, e desprovidas de índole cautelar: *v.g.*, a imissão do expropriante na posse do bem objeto de desapropriação (Dec.-lei nº 3.365, art. 15)”.

⁵ VERDE, Filippo. *I provvedimenti di urgenza*. Padova: CEDAM, 2005. p. 3, não se pode prescindir de um instrumento processual (provimento de urgência) que “assegure em caso de urgência a utilidade da decisão futura na sentença de mérito”. Traduziu-se. No original: “*assicuri in casi di urgenza la utilità della decisione futura nel giudizio di merito*”.

injustificada, o pedido do autor no sentido de proibir o réu de publicar certas imagens, extremamente prejudiciais à honra daquele, em revista de grande circulação.

Está claro que a tutela cautelar é uma forma de tutela jurisdicional urgente, uma vez que sua concessão pressupõe o preenchimento dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, todavia a variedade das formas de antecipação da tutela impede a inclusão da espécie “tutela antecipada” na classe das tutelas urgentes, porquanto somente a tutela antecipada contra o perigo de dano é urgente.⁶ Independem do *periculum in mora* as formas de antecipação da tutela previstas no inciso II e no §6º do art. 273 do CPC.

Assim, um traço comum, que permitiria a classificação das tutelas antecipada e cautelar em uma mesma categoria, seria o da provisoriedade, critério meramente formal, de natureza processual, que não informa a função de cada uma dessas tutelas com respeito à situação jurídica substancial deduzida em juízo.

Porém, convém ressaltar que o sentido de provisoriedade não é mesmo nas tutelas antecipadas e nas tutelas cautelares. A provisoriedade na tutela antecipada, além de significar que pode ser modificada ou revogada sempre que houver razões que o justifiquem, traduz a idéia de que pode, ou não, ocorrer a confirmação da antecipação da tutela pelo provimento jurisdicional final. Por sua vez, a tutela cautelar é essencialmente temporária, não tem, de forma alguma, a pretensão de converter-se em definitiva, já que é instrumental em relação à tutela de conhecimento ou de execução.⁷

Portanto, além da natureza jusfundamental, a semelhança básica entre as tutelas antecipada e cautelar está no fato de serem tutelas destituídas de definitividade no plano jurídico.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 53-54, “não é correto pensar que a *urgência* é a nota caracterizadora da tutela antecipatória, ou melhor, que a tutela de urgência é o gênero do qual constituem espécies a tutela antecipatória e a cautelar. É que aí faltaria lugar para a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa”.

⁷ MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002. p. 204, “A *provisoriedade* nos procedimentos sumários não-cautelares diz respeito à formação do procedimento que não é dotado de absoluta certeza, mas de probabilidade de que ao final seja confirmado aquilo que se havia como provável. Todavia, há um risco de tal confirmação não ocorrer e nesse ponto reside a utilização da denominação de *provisório*. Nessa hipótese, o procedimento aspira tornar-se definitivo. Nas cautelares, ao contrário, não há possibilidade de definitividade da medida, pois é emanada no aguardo de um procedimento definitivo. A natureza é *provisória*, nasce sem pretensão de tornar-se definitiva, independe da cognição do procedimento, ser menos pleno que o ordinário, pois a *provisoriedade* reside em sua finalidade, no seu objeto”.

3.2 Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar

Em que pesem as semelhanças apontadas, os institutos da tutela antecipada e da tutela cautelar apresentam contornos diferenciados, a serem expostos por exigência de clareza derivada da dimensão analítica da dogmática jurídica processual, como também pela circunstância de acarretarem efeitos práticos distintos, na perspectiva do direito material discutido em juízo.

A diferença fundamental, com o auxílio da qual se distingue teoricamente a tutela antecipada da tutela cautelar, reside no atributo da satisfatividade, presente na tutela antecipada, ausente na tutela cautelar, que tem função meramente assecuratória.

Ao requerer, por exemplo, na petição inicial, um provimento jurisdicional de natureza antecipatória, o autor visa a obter uma decisão, revestida de provisoriedade, que lhe permita, desde logo, usufruir os efeitos que, nos moldes do vetusto procedimento ordinário, só lhe poderiam ser franqueados pela sentença de mérito.

A seu turno, a tutela cautelar refere-se ao direito material apenas de forma indireta, na medida em que tem por escopo somente assegurar a eficácia e utilidade da tutela jurisdicional cognitiva, ou executiva, dita principal. Não apresenta, portanto, a tutela cautelar função satisfativa, no sentido de permitir a imediata fruição de um bem da vida.

Afirma-se, então, que a tutela antecipada tem “eficácia satisfativa”⁸, “nada tem a ver com a tutela cautelar [...], por estar além do assegurar”⁹, corresponde a “medida para propiciar a própria satisfação do direito afirmado”¹⁰, que “adianta a própria pretensão substancial”¹¹, “implica o adiantamento de efeitos, embora de forma provisória e limitada, da tutela de mérito que se demanda”¹², destina-se “a fornecer ao sujeito aquilo mesmo que ele pretende obter ao fim, ou seja, a coisa ou situação da vida pleiteada”¹³,

⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 18.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2006. p. 131.

¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49.

¹¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 33.

¹² VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 109.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63.

consiste em “providência jurisdicional que, antecipada, coincide, total ou parcialmente, com os efeitos que, a final, busca-se com a sentença”¹⁴.

Dessa forma, o que singulariza o provimento jurisdicional antecipatório, diferenciando-o das providências meramente acautelatórias, é a propriedade, ínsita a sua denominação, de permitir ao requerente a satisfação adiantada da tutela que busca ver prestada, ao final, de forma definitiva.

De fato, não é a capacidade de promover a satisfação imediata de qualquer requerimento que teria o condão de qualificar uma tutela jurisdicional como sendo revestida de caráter antecipado.

Se o requerente pretende, *v.g.*, por meio de ação cautelar de arresto, que bens do devedor sejam preservados, a fim de que se garanta a viabilidade de uma eventual execução que sobre eles recaia, a concessão da medida cautelar típica de arresto satisfaz o requerimento do credor de providência acautelatória, mas nem por isso, como é óbvio, a medida é antecipatória. No exemplo apontado, o provimento jurisdicional deferido se limita a assegurar a possibilidade de realização efetiva do direito de crédito. Situação bastante diversa ocorreria na hipótese de autor pedir, *v.g.*, antes da sentença, o adiantamento do efeito executivo sobre o patrimônio do réu, para, com o crédito antecipado, custear procedimento cirúrgico indispensável para a manutenção de sua vida.

No caso da tutela cautelar, o interesse do requerente se volta para uma providência jurisdicional que se mostre adequada para garantir a efetividade de outra atividade desenvolvida no âmbito da jurisdição, denominada “principal”. Assim, o arresto dos bens, quando devido, é medida indispensável para que seja preservada a utilidade de uma futura execução. Logo, a tutela cautelar pressupõe outra base procedimental, em curso, ou a ser instaurada em momento posterior. Portanto, do ponto de vista processual, a tutela cautelar se caracteriza por ser instrumental em relação a outro processo. Na perspectiva do direito material, a tutela cautelar se apresenta como forma de tutela destinada a assegurar a possibilidade de realização efetiva de um direito.

O provimento jurisdicional antecipatório adianta ao requerente efeitos da tutela final pretendida. O pedido de tutela antecipada não se faz através de procedimento

¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella, *ob. cit.*, 2007. p. 30.

próprio, como deve ocorrer, pelo menos em regra, no caso das tutelas cautelares. Ao antecipar, em caráter provisório, os efeitos da tutela final, a técnica antecipatória vai além da função meramente acautelatória, de sorte que a satisfação decorrente do provimento jurisdicional antecipatório, em sede teórica, não se deve confundir com a satisfação de medida meramente assecuratória.

Compreender o processo na perspectiva do direito material significa interpretar os institutos processuais sob o prisma da tutela dos direitos. As normas processuais têm por finalidade permitir ao titular de um direito a satisfação das utilidades que esse direito lhe enseja. Logo, seguindo-se a perspectiva apontada, o importante é assegurar a tutela efetiva dos direitos, o que implica a necessidade de salvaguardar a utilidade dos resultados do processo. São importantes os resultados do processo, não por razões endoprocessuais, mas porque devem ser observados os escopos processuais, dentre os quais se destaca, quando da análise da tutela antecipada, o escopo de ensejar ao litigante que possua razão, através de provimento jurisdicional provisório, a possibilidade de desfrutar, parcial ou totalmente, dos benefícios que sua posição jurídica lhe permite.

Logo, dizer que um provimento sumário antecipatório é cautelar, só porque também assegura a utilidade do resultado da decisão definitiva, acaba por emprestar conotação excessivamente ampla ao termo “cautelar”, além do que, de certa forma, obscurece a inegável importância das decisões provisórias que antecipam a tutela, as quais, em alguns casos, podem ser necessárias até mesmo para a proteção do direito fundamental à vida, situação em que seriam mais importantes do que um sem-número de decisões definitivas corriqueiras. De acordo com essa concepção lata sobre o que signifique uma tutela cautelar, parece que o mais importante não é propriamente a tutela efetiva dos direitos, mas garantir que a decisão definitiva seja útil, o que é de se rejeitar, dada a manifesta inversão da realidade. Ora, a decisão definitiva deve ser útil, porque, como técnica processual, consiste em meio para a prestação da tutela jurisdicional de um direito, não porque tenha qualquer importância em si mesma, haja vista sua natureza instrumental.

Embora não se possa negar que a linguagem permita o uso amplo da expressão “tutela cautelar”, para nela compreender provimentos antecipatórios e meramente conservativos ou assecuratórios, é salutar discutir, nos limites da dogmática jurídica

nacional, qual seria o uso mais apropriado, útil e coerente dos termos “tutela cautelar” e “tutela antecipada”. Conforme se vem tentando firmar pela argumentação, não se afigura como a melhor solução não fazer a diferenciação entre tutela antecipada e tutela cautelar, ou considerar a tutela antecipada como espécie do gênero cautelar. Essa argumentação só tem a se reforçar, quando se leva em consideração o direito positivo brasileiro.

Se o ordenamento jurídico brasileiro não dispusesse de previsão normativa explícita para a antecipação da tutela, poder-se-ia cogitar, tendo em vista a necessidade de conferir tutela jurisdicional efetiva aos direitos, do uso antecipatório da tutela cautelar, que se daria através de medidas cautelares atípicas, como ocorreu no direito italiano, através de interpretação sistemática do enunciado art. 700 do CPC peninsular,¹⁵ de acordo com a qual seria possível conceder provimentos antecipatórios, com base na atipicidade dos provimentos de urgência.

Ocorre que, desde a reforma da legislação processual civil de 1994, que o CPC brasileiro conta com dispositivo expresso, o art. 273, que autoriza a concessão de provimentos antecipatórios, de modo que desde então a possibilidade de antecipação da tutela não se restringe a alguns procedimentos especiais, ou ao uso deturpado das ações cautelares, utilizadas com função antecipatória, à falta de previsão genérica expressa sobre a possibilidade de serem deferidas providências jurisdicionais antecipatórias.

Os conceitos elaborados pela dogmática jurídica não podem ignorar a dimensão empírica, da qual faz parte o direito positivo. Se no direito processual civil nacional a tutela cautelar tem fundamento em dispositivo autônomo em relação à tutela cautelar, certamente se verifica razão importante para a distinção entre essas formas de tutela.

Logo, no direito brasileiro, a tutela antecipada não é espécie de tutela cautelar. Diferencia-se desta, por antecipar, total ou parcialmente, os efeitos do provimento final pretendido. A tutela cautelar se limita a garantir a viabilidade da realização efetiva do direito, via de regra em outro processo.

4 Proporcionalidade e fungibilidade das tutelas antecipada e cautelar

¹⁵ TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: CEDAM, 2003. p. 55.

Verifica-se, na prática forense, que nem sempre a distinção entre a tutela antecipada e tutela cautelar se apresenta de forma clara. Há situações em que juristas bem preparados podem divergir sinceramente sobre se determinado provimento jurisdicional antecipa os efeitos da decisão de mérito final, ou assume função meramente acautelatória.

A possibilidade de confusão se apresenta em relação às tutelas de urgência, uma vez que os pressupostos da tutela cautelar e da tutela antecipada em situação de perigo têm alguma semelhança. Com respeito às técnicas antecipatórias fundadas em abuso do direito de defesa, ou no caráter incontroverso de um dos pedidos cumulados, ou de parcela deles, não se observa a confusão em relação às cautelares, na medida em que não se destinam à prestação de tutela urgente, não pressupõe fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Observa-se que o deferimento de medida cautelar se condiciona ao preenchimento dos requisitos da aparência do bom direito e do perigo na demora. A concessão de provimento antecipatório contra o perigo, do mesmo modo que ocorre em relação aos provimentos cautelares, se baseia em juízo de verossimilhança, porém se trata de juízo de semelhança, em geral, mais forte que o *fumus boni iuris* da tutela cautelar.¹⁶ Dessa forma, a diferença quanto aos pressupostos da tutela cautelar e da tutela antecipada em situação de perigo não é estrondosa. A distinção entre aparência do bom do direito requerida pela tutela cautelar e o juízo de verossimilhança da pretensão do autor é apenas de grau, sujeitando-se às variações dos casos concretos.

Exemplo revelador do quanto pode ser difícil, na prática, diferenciar a tutela antecipada da tutela cautelar se vislumbra nos casos de sustação de protesto, em razão da nulidade do título.

De um lado,¹⁷ afirma-se que a sustação do protesto tem natureza cautelar, porquanto a mera sustação não antecipa o efeito principal do pronunciamento de mérito ambicionado, consistente na declaração de nulidade. Em sentido contrário,¹⁸ argumenta-se que a sustação do protesto, por consistir em adiantamento de um dos efeitos da sentença de mérito, possui natureza antecipatória.

¹⁶ Pode haver casos, nos quais o juízo de verossimilhança para a concessão de medida cautelar seja mais forte do que o necessário para a concessão de uma medida antecipatória, porquanto o grau exigido de verossimilhança depende do peso relativo dos princípios envolvidos.

¹⁷ Compartilha dessa idéia, entre outros, BUENO, Cassio Scarpinella, ob. cit., 2007. p. 30.

¹⁸ Assim parece a LOPES, João Batista, ob. cit., 2007. p. 179.

O problema, realmente, não é de solução evidente, de modo que o desacordo entre os autores é de todo compreensível. Saber, na situação apontada, se a providência tem perfil antecipatório ou acautelatório depende de uma tomada de posição relativa aos efeitos que são adiantados pela técnica antecipatória. Não se afigura de bom alvitre defender que, havendo qualquer efeito do provimento de urgência coincidente com um dos efeitos da sentença de mérito, configurar-se-á providência antecipatória, haja vista a circunstância de a sentença não possuir apenas um efeito, mas diversos efeitos, dentre quais um sobrelevará. Pode-se argumentar, então, que, como não basta a coincidência em relação a quaisquer efeitos da sentença mérito, deve-se observar se se verifica a correspondência entre o efeito do provimento provisório com o efeito primordial da referida sentença. Nesse caso, a sustação do protesto consubstanciará mera cautela.

Se a parte precisa de medida de urgência de natureza conservativa, deve, em princípio, propor ação cautelar, em caráter incidental, ou como ação preparatória. Por sua vez, o requerimento de antecipação de tutela pode ocorrer, *v.g.*, na petição inicial, no agravo de instrumento, já que, em se tratando da técnica processual antecipatória, não se observa autonomia procedimental.

Ora, ainda em referência ao caso da sustação do protesto, se se formulasse pedido de antecipação de tutela, entendendo o juiz que a situação na verdade exige a propositura de ação cautelar, correria a parte o sério risco de não ver atendida sua necessidade de tutela de urgência, pela simples formalidade de não ter escolhido fazer uma petição inicial de ação cautelar, em vez petição inicial de ação de conhecimento.

O indeferimento do provimento de urgência, por haver a parte feito pedido de tutela antecipada em vez de tutela cautelar, ou por haver feito pedido de tutela cautelar em vez de tutela antecipada, privilegia a formalidade do processo, que é projeção do devido processo legal formal e na situação aventada se faz acompanhar pelo princípio dispositivo, em detrimento da tutela jurisdicional efetiva, em cujo favor, no caso em tela, também milita o princípio da economia processual.

Diz-se que a formalidade do processo é derivada da dimensão formal do devido processo legal, uma vez que esta se caracteriza por prescrever a observância à forma legal previamente estabelecida, o que conduz ao atendimento do princípio da segurança jurídica. Admitindo-se que a forma legal prevista pelo sistema processual para o

requerimento de uma sustação de protesto é uma ação cautelar, o pedido de sustação de protesto como providência antecipatória viola a prévia determinação legal do modo como os atos processuais devem ser exercidos. A não concessão da tutela de urgência, em razão de o requerente haver trocado a ação cautelar pelo pedido antecipatório, homenageia ainda o princípio dispositivo, pois a aceitação da fungibilidade, na espécie, implicaria a existência de tutela jurisdicional cautelar, desacompanha de processo cautelar instaurado pela parte, de modo que o órgão jurisdicional determinaria medida que, do ponto de vista exclusivamente formal, não lhe foi pedida.¹⁹

A fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada contempla, ao lado do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o princípio da economia processual, porquanto o indeferimento de requerimento de tutela de urgência, por causa de desatendimento de formalidade processual, conduz o requerente a formular novo pedido de providência urgente, através da prática de outro ato processual, tendo em vista que o ato postulatório de tutela de urgência inicialmente realizado, por haver sido praticado em desatenção à formalidade processual, não foi julgado em condições de ser aproveitado no processo. Como a parte é levada a praticar dois atos processuais, a fim de que possa alcançar resultado que a partir de apenas um ato processual poderia ser atingido, verifica-se, à primeira vista, violação do direito fundamental à razoável duração do processo,²⁰ que também serve de fundamento para o princípio da economia dos atos processuais.

É acertado dizer que a formalidade do processo não pode prevalecer, a ponto de fulminar o direito fundamental *prima facie* à tutela jurisdicional efetiva, o que significaria a real possibilidade de privilegiar, em numerosos casos, a parte que não tem razão.²¹ Deve-se lançar mão, portanto, de procedimento jurídico-argumentativo capaz de conciliar os padrões jurídicos em conflito, a permitir que seja alcançada uma solução

¹⁹ Sobre a relação entre princípio dispositivo e fungibilidade das tutelas de urgência, v. MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 156-157.

²⁰ Conforme o art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 101, “O culto à forma favorece aquele que pretende valer-se do processo para obter resultados que o direito material não lhe concede”.

equilibrada.²² Cumpre averiguar, diante das circunstâncias do caso concreto, se é proporcional deixar de conferir tutela jurisdicional efetiva ao requerente que, conforme juízo de cognição sumária, tenha razão, dando-se preferência ao aspecto formal do devido processo legal.²³

Esse controle de proporcionalidade deve ser realizado pelo órgão jurisdicional, tendo em vista a própria estrutura do ordenamento jurídico,²⁴ de sorte que, como é claro, não é necessário que um dispositivo do CPC venha a autorizá-lo a fazer algo que ele já está obrigado a fazer. Como o exercício da jurisdição não pode ser realizado de forma arbitrária, a decisão segundo a qual um pedido de antecipação de tutela, em vez da formalmente devida ação cautelar, deve ser aceito, em respeito ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve ser fundamentada através de discurso jurídico racional, balizado pelo procedimento da proporcionalidade.

Portanto, o acréscimo do §7º ao art. 273 do Código de Processo Civil, de acordo com o qual “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 ao processo ajuizado”, tem apenas a função de facilitar a argumentação necessária para sustentar a aplicação da fungibilidade entre tutela cautelar e tutela antecipada.

Em muitos casos, a simples remissão ao mencionado dispositivo legal, havendo sido comprovado que a medida pleiteada em caráter antecipatório preenche os requisitos da medida cautelar, será suficiente para que se admita a prevalência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Entretanto, a mera interpretação literal do enunciado normativo, em uma série de outros casos, revelar-se-á absolutamente insuficiente para o deslinde da colisão entre os padrões principiológicos do devido processo formal e daquele referente ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Nesses casos, o recurso ao procedimento da proporcionalidade se mostra não apenas útil, mas necessário, como condição de racionalidade da argumentação judicial.

²² Sobre a estrutura procedimental da proporcionalidade, v. MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006. p. 115 e ss.

²³ Sobre o problema da fungibilidade das tutelas de urgência, v. BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 95.

²⁴ ALEXY, Robert, ob. cit., 2004. p. 172 e ss.

A interpretação literal da disposição legal que tornou explícito o princípio da fungibilidade das tutelas de urgência conduz o intérprete a perplexidades. De acordo com uma interpretação estreita do referido dispositivo, a fungibilidade só seria admissível se o autor formulasse pedido antecipatório em vez do cautelar, de modo que, se a situação contrária ocorresse, pedido cautelar no lugar do antecipatório, não se aplicaria o princípio da fungibilidade. Outra possibilidade seria entender que apenas diante de situações extraordinárias seria correto admitir a fungibilidade recíproca das tutelas antecipadas e cautelar.²⁵

Em verdade, o entendimento restritivo da fungibilidade permitida pelo art. 273, §7º, não deve ser prestigiado. A fungibilidade das tutelas de urgência há de ser recíproca,²⁶ pois assim o exige a visão constitucional do processo, a partir da qual se fundamenta a idéia de que as técnicas processuais devem ser utilizadas como instrumentos para a tutela dos direitos. Portanto, se o autor, a título de providência cautelar, requerer antecipação de tutela, deverá o juiz, presentes os respectivos pressupostos, conceder o provimento antecipatório.

Isso não quer dizer que tanto faz ao autor requerer tutela antecipada em situação de perigo ou tutela cautelar, porque ambas são espécies do gênero tutela de urgência. O princípio da fungibilidade das tutelas de urgência pressupõe a dificuldade plausível na identificação da forma de tutela de urgência apropriada às circunstâncias fáticas e jurídicas, deduzidas pelo autor em juízo. Logo, o princípio da fungibilidade não se coaduna com o erro grosseiro, com a confusão inescusável entre providências meramente assecuratórias e antecipatórias.²⁷ Se assim não fosse, a formalidade do processo, ampara pela dimensão formal do devido processo legal, restaria totalmente desprestigiada.

Ademais, não se pode cogitar acerca da indiferença, ou plena conversibilidade, das tutelas cautelar e antecipada contra o perigo, haja vista possuírem pressupostos distintos, posto que sejam semelhantes. O pressuposto comum às tutelas de urgência é o *periculum in mora*. A distinção entre o *fumus boni iuris* exigível para o deferimento de medida cautelar e prova inequívoca da verossimilhança que condiciona as providências

²⁵ VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., 2003. p. 113.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2007. p. 70-71.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2006. p. 162.

antecipatórias é apenas de grau, podendo variar de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Distinguem-se, então, os provimentos de urgência, tendo em vista a circunstância de a decisão deferitória de tutela cautelar assumir caráter meramente conservativo, ao passo que o provimento concessivo de medida antecipatória confere ao requerente o adiantamento, parcial ou total, dos efeitos do provimento jurisdicional final. Uma vez dissolvidas por completo as fronteiras entre tutela antecipada em situação de perigo e tutela cautelar, ignorada a freqüente diferença de grau entre a aparência do bom direito exigida pelas cautelares e o juízo de probabilidade pressuposto pelas medidas antecipatórias, o mandado da tutela jurisdicional efetiva, em confronto com a formalidade processual, converter-se-ia em mandado de maximização das possibilidades fáticas, situação em que a proporcionalidade em sentido estrito²⁸ não teria qualquer aplicação, já que as possibilidades jurídicas não seriam reduzidas pelo formalismo inerente ao devido processo legal procedimental. Não é essa solução que, do ponto de vista constitucional, deve prevalecer.

A indagação acerca da admissão da fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar, nos casos mais difíceis, que se não deixam resolver pela interpretação literal do §7º do art. 273, do CPC, envolve a restrição mútua entre os princípios da tutela jurisdicional efetiva e do devido processo legal formal. Verifica-se, portanto, que a questão se resolve mediante a aplicação dos testes da proporcionalidade.

Dessa forma, a fungibilidade das tutelas de urgência será admitida, sempre que importar restrição adequada, necessária e proporcional à formalidade processual, que emana do devido processo legal formal.

A decisão jurisdicional que releva o erro formal do requerimento de tutela de urgência feito pelo autor, para recebê-lo a título da tutela de urgência consentânea ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, será sempre adequada, na medida em que se configure como providência idônea ao cumprimento do referido direito à tutela efetiva. Dessa forma, o provimento jurisdicional que promove a fungibilidade só não será adequado, quando o pedido de tutela de urgência houver sido realizado

²⁸ Com relação à proporcionalidade em sentido estrito, ou mandado da proporcionalidade (*Gebot der Proportionalität*), v. CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001. p. 140 e ss. Como observa ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131 e ss., a proporcionalidade em sentido estrito se deixa traduzir por uma fórmula peso.

corretamente, quando o autor houver escolhido o tipo de tutela de urgência idôneo à situação jurídica posta em juízo.

O mandado da necessidade, no que se refere à colisão de princípios a ser enfrentada argumentativamente pelo provimento jurisdicional que admite a fungibilidade das tutelas de urgência, determina que a decisão atributiva de fungibilidade deve ser indispensável ao atendimento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, apresentando-se como o meio mais suave de restrição ao princípio formal do processo.

Ora, se o provimento jurisdicional atributivo de fungibilidade é adequado, será também necessário, pois o juiz não poderá adotar outro meio menos gravoso para a eficácia do devido processo legal formal e ao mesmo tempo conforme ao direito fundamental à tutela efetiva. Ou o órgão jurisdicional entende que a fungibilidade deve ser admitida, ou não. Nas situações em que decisão recebe o requerimento de tutela cautelar rotulado de pedido de tutela antecipada, é salutar que o órgão jurisdicional adote providência no sentido de conferir a maior eficácia possível ao devido processo legal formal, consistente em determinar que o autor emende sua petição inicial, para a propositura da ação de conhecimento apropriada.²⁹

Se a decisão atributiva de fungibilidade é necessária, deverá ainda ser proporcional em sentido estrito, para que passe pelo teste procedimental da proporcionalidade, de modo a ser considerada devida do ponto de vista constitucional.

O mandado da proporcionalidade em sentido estrito, que encerra o princípio da proporcionalidade, prescreve que seja realizada uma ponderação entre os padrões jurídicos conflitantes. Assim, no exame da proporcionalidade da decisão que promove a conversão do pedido de tutela cautelar em antecipada, ou vice-versa, preenchidos os respectivos pressupostos, devem-se ponderar os padrões da tutela jurisdicional efetiva e da formalidade processual.

Compreender o processo na perspectiva do direito material induz à valorização do princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva. Por sua vez, a formalidade do processo se reconduz ao princípio do devido processo legal formal, ao princípio dispositivo e ao princípio da segurança jurídica. Através da utilização do mandado da

²⁹ LOPES, João Batista, ob. cit., 2007. p. 180.

ponderação, em diversos casos envolvendo o exame da admissibilidade da fungibilidade das tutelas de urgência, é possível alcançar o equilíbrio entre os padrões jurídicos contrapostos pertinentes.³⁰

O provimento atributivo de fungibilidade ao pedido de tutela de urgência formalmente equivocado será proporcional, de acordo com o mandado da ponderação, se a importância do cumprimento do princípio da tutela jurisdicional efetiva for maior do que o prejuízo sofrido pela formalidade processual.

Abstratamente, não se pode estabelecer que sempre um princípio prevalecerá sobre outro, pois princípios são normas que cujas possibilidades jurídicas são limitadas, embora devam ser otimizadas. A depender das circunstâncias do caso concreto, posto que seja algo menos freqüente, o princípio da formalidade do processo pode ser mais importante do que o princípio material referente à tutela jurisdicional efetiva.

É o que ocorre quando o requerente se equivoca de modo grosseiro em relação ao provimento de urgência que deve pleitear. O princípio da fungibilidade das tutelas de urgência não se presta a acobertar o erro inescusável. Se o autor pudesse pleitear o provimento de urgência que bem entendesse, pouco importando se no caso a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada é da mais cristalina evidência, não faria mais sentido afirmar a validade do princípio relativo à formalidade processual, no que diz respeito à diferenciação procedimental entre a tutela de urgência meramente assecuratória e a tutela antecipada em situação de perigo. A completa indiferença entre as espécies de tutela de urgência não é admissível, levando-se em consideração, entre outros aspectos, a dimensão empírica da dogmática jurídica nacional.

Pode-se afirmar, porém, que, no mais das vezes, o padrão jurídico relativo à formalidade processual cederá lugar em face do princípio jusfundamental da tutela jurisdicional efetiva. Se o autor se equivoca, de modo compreensível, na identificação do provimento de urgência a ser aplicado ao problema posto em juízo, por haver dúvidas na doutrina ou na jurisprudência sobre se a situação jurídica em questão exige cautela ou medida antecipatória, seria odioso submeter seu direito ao risco de danos

³⁰ Relativamente ao equilíbrio entre princípios formais e materiais, é oportuna a observação de BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., 2006. p. 102, segundo a qual “É preciso, pois, harmonizar esses interesses conflitantes. Não abandonemos o formalismo processual, porque útil à obtenção de determinados objetivos. Mas não o transformemos no fim último do processo, pois, se o fizermos, estaremos encobrindo a injustiça com uma capa de legalidade”.

graves ou de difícil reparação, frustrando-lhe o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, em razão de deslize formal, que não teria havido, não fosse a justificável dificuldade prática de identificar, na espécie, a forma de tutela jurisdicional de urgência a ser requerida.

5 Conclusões

1. A aplicação dos mandados de proporcionalidade na solução de questões de direito processual civil decorre de uma visão constitucionalmente adequada do processo.
2. A tutela antecipada e a tutela cautelar, apesar das semelhanças que possuem, não se confundem. O traço básico distintivo consiste na satisfatividade, no adiantamento de efeitos do provimento final de mérito, presente na tutela antecipada, ausente na tutela cautelar, que tem função meramente assecuratória.
3. O princípio da fungibilidade das tutelas de urgência pressupõe a aplicação da proporcionalidade. Busca-se o equilíbrio entre os princípios da tutela jurisdicional efetiva e do devido processo legal formal.
4. A interpretação literal do §7º do art. 273 é absolutamente insuficiente para a compreensão da fungibilidade das tutelas de urgência, o que só se alcança tendo presente o procedimento da proporcionalidade.
5. De acordo com o princípio da fungibilidade, o órgão jurisdicional tanto pode receber como antecipatório pedido rotulado de cautelar, como pode receber como cautelar pedido rotulado de antecipatório, desde que preenchidos os respectivos pressupostos.
6. A fungibilidade das tutelas de urgência será admissível sempre que importar em restrição adequada, necessária e proporcional à formalidade do processo, em benefício do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. *Tutela antecipada na sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*. Curitiba: Juruá, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: CEDAM, 2003.

VERDE, Filippo. *I provvedimenti di urgenza*. Padova: CEDAM, 2005.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.