

A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E A FUNGIBILIDADE DA TUTELA CAUTELAR E ANTECIPADA

*Juliana Zamignan**

Resumo: Este artigo apresenta considerações acerca da interpretação e aplicação do direito pelo intérprete e do problema das lacunas existentes na lei, que deve este intérprete preenche-las de forma que alcance a tutela jurisdicional pretendida pelo litigante. Após são apresentadas as características das tutelas de urgência, tutelas de decisões provisórias. O enfoque neste artigo, foram para as tutelas cautelar e antecipada, sendo assim demonstradas suas principais características. Por fim é analisado o princípio da fungibilidade, em decorrência ao §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, que possibilita a fungibilidade de uma tutela antecipada por uma cautelar, porém, de outro lado não diz claramente o inverso, qual seja, tutela cautelar por tutela antecipada. O Código de Processo Civil adotou a fungibilidade entre pedidos, porém, não tratou da fungibilidade de procedimento, assim nos deparamos diante de uma vasta divergência doutrinária.

Palavras-chave: Interpretação. Lacunas. Tutela. Fungibilidade.

* Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Especialista em Direito Público pela Universidade Regional de Blumenau (FURB) e Fundação Fritz Müller. Mestranda em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professora da graduação de Direito Processual Civil e Pós-graduação em Direito Previdenciário.

1 INTRODUÇÃO

Diante da divergência doutrinária existente quanto a fungibilidade da tutela cautelar e antecipada, busca-se neste artigo, demonstrar que muitos problemas existem diante de lacunas, pois se faz necessária a interpretação e a aplicação da lei pelo intérprete, para solucionar o que a lei não nos diz claramente.

O §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, nada mais é, do que uma lacuna quanto ao procedimento das tutelas em comento, pois trata somente da fungibilidade dos pedidos, causando dificuldade na instrumentalidade do processo civil, atingindo também o princípio da economia processual e o princípio constitucional do acesso à justiça.

Quando não se torna viável o acesso à justiça, pela morosidade e burocracias, muitas vezes desnecessárias por mero formalismo, acaba por prejudicar o bem maior, que é o direito que o litigante procura solução perante o poder jurisdicional.

Procura-se demonstrar que é possível a fungibilidade de procedimentos entre tutela cautelar e antecipada, sem prejuízos, pois trata-se somente da troca de procedimentos, como já existe literalmente prevista na lei, a troca de pedidos.

2 INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

A interpretação do direito não se resume em somente interpretar e aplicar o direito aos textos normativos, mas também compreender os fatos, a que levam a aplicação das normas postas.

O intérprete procede à interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, de sorte que o modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam vai também pesar de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso. Mas não é só, visto que – repito-o – a interpretação do direito é constitutiva, e não simplesmente declaratória. Vale dizer: não se limita a uma mera compreensão dos textos e dos fatos; vai bem além disso.

Como e enquanto interpretação/aplicação, ela parte da compreensão dos textos normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem se ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de uma determinada solução para ele, consignada na norma de

decisão.¹

Eros Roberto Grau diferencia as normas jurídicas que são produzidas de textos e de fatos, da decisão de cada caso concreto em sentença judicial, ambas as interpretações feitas pelo intérprete.² Intérprete não cria a norma, mas pela função que exerce, produz a norma já posta, acaba então por reproduzir a mesma.

[...] a norma encontra-se, em estado de potência, involucrada no texto. Mas ela se encontra assim nele involucrada apenas parcialmente, porque os fatos também a determinam – insisto nisso: a norma é produzida pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se também o caso, necessariamente, além dos textos e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados.³

A norma foi criada e o intérprete faz renascer a norma já existente, toda vez que faz a aplicação da mesma, a um caso concreto que venha abranger a norma necessária a solução de problemas existentes na sociedade.

Interpretar é, assim, dar concreção (=concretizar) aos direitos. Neste sentido, a interpretação (=interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida.⁴

A interpretação do direito deve ser prudente, cautelosa, de maneira que a interpretação da norma seja feita da melhor forma, em benefício das partes que procuram justiça perante o estado que é representado pelo intérprete.

[...] a problematização dos textos normativos não se dá no campo da ciência: ela se opera no âmbito da prudência, expondo o intérprete autêntico ao desafio desta, e não daquela. São distintos, um e outro: na ciência, o desafio de, no seu campo, existirem questões para as quais ela (a ciência) ainda não é capaz de

¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 22.

² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 22.

³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 28.

⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 34

conferir respostas; na prudência, não o desafio da ausência de respostas, mas da existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão [Adomeit].⁵

O direito deve ser interpretado no todo, não pode ser interpretado em textos isolados. Um texto interpretado em tiras, fora do contexto de um sistema jurídico, não expressa significado normativo.⁶

Dizemos, em sentido amplo, que interpretar é compreender. Diante de determinado signo lingüístico, a ele atribuímos um específico significado, de pronto colhido, definindo a conotação que expressa, em coerência com as regras de sentido da linguagem no bojo da qual o signo comparece. Praticamos, então, exercício de compreensão daquele signo (buscamos entendê-lo). Interpretar, pois, em sentido amplo, é compreender signos lingüísticos. Em sentido estrito, contudo, o verbo interpretar assume distinta conotação. Qualquer ato de comunicação pode ensejar uma ou outra das seguintes situações: (i) as palavras e expressões da linguagem nele utilizadas são suficientemente claras, verificando-se, então, uma situação de isomorfia [Wróblewski 1985:23]; (ii) inexiste essa clareza, e dúvidas se manifestam quanto ao sentido preciso de tais palavras e expressões.⁷

O direito é interpretado e aplicado ao mesmo tempo, pois é necessário interpretar o direito para que ele seja aplicado. Precisamos interpretar (compreender) os textos normativos, mas também compreender (interpretar) os fatos.⁸

3 O PROBLEMA DAS LACUNAS

O direito se refere a um determinado tipo de ordenamento jurídico que é um sistema de normas, portanto, não trata de uma norma, mas de um conjunto delas.

Os problemas de um ordenamento jurídico nascem das próprias normas, pois elas colidem entre si.

⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 35.

⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 40.

⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.69 e 70.

⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.71.

Em primeiro lugar, trata-se de saber se essas normas constituem uma unidade, e de que modo a constituem. O problema fundamental que deve ser discutido a esse respeito é o da hierarquia das normas. [...]

Em segundo lugar, trata-se de saber se o ordenamento jurídico constitui, além da unidade, também um sistema. O problema fundamental que é colocado em discussão a esse respeito é o das antinomias jurídicas. [...]

Todo ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente (se não efetivamente) sistemático, pretende ser também completo. O problema fundamental que aqui é discutido é das assim chamadas lacunas do direito. [...] ⁹

Quando falamos em completude do ordenamento jurídico, temos a idéia de que existam normas para qualquer caso, sendo assim um ordenamento sem lacunas, pois lacunas só existem na falta de normas para um caso concreto.

[...] Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema. Caso queiramos dar uma definição mais técnica de completude, poderemos dizer que um ordenamento é completo quando nunca se verifica uma situação na qual não se possa demonstrar a pertinência nem de sua norma contraditória. Se quisermos especificar, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um determinado comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um determinado comportamento podem ser deduzidas do sistema, tal como é posto, é preciso dizer que o sistema é incompleto, que o ordenamento jurídico tem uma lacuna. ¹⁰

Diante das lacunas que existem em nosso ordenamento jurídico, o juiz obriga-se a julgar as controvérsias que a sociedade e o caso concreto necessitem de solução, como também tem o dever de decidir conforme as normas pertencentes no sistema, portanto, observando com equidade para que a decisão que necessita interpretar e aplicar seja a mais justa possível, respeitando os direitos constitucionais.

[...] Em um ordenamento em que o juiz autorizado a julgar segundo a equidade, subentende-se que o fato de que ordenamento seja preventivamente completo não possui nenhuma importância, vez que pode ser completado a todo momento.

O dogma da completude, ou seja, princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em todos os casos, uma solução sem que recorra à equidade, foi dominante, e em parte é até hoje, na teoria jurídica

⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon, 1. ed. São Paulo: Edipro, 2011. p. 48 e 49.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon, 1. ed. São Paulo: Edipro, 2011. p. 115 e 116.

continental, de origem romanística. Alguns o consideram como um dos aspectos salientes do positivismo moderno.¹¹

A missão do intérprete diante das lacunas do ordenamento jurídico é, utilizar das normas postas para auxiliar em determinado caso concreto, utilizando-se da equidade, da analogia e dos princípios gerais do direito e acima de tudo levar em consideração a melhor decisão para a sociedade, a melhor solução possível e cabível.

4 TUTELAS DE URGÊNCIA

As tutelas de urgência surgem no processo brasileiro com o objetivo de alcançar a efetividade do processo e do direito. Elas são consideradas provisórias, porém podem ser definitivas, depois que declaradas por sentença, pois tratam-se de situações de urgência, com a não possibilidade de aguardar o trâmite processual.

O processo, nos seus diversos ramos (processo civil, penal, trabalhista, eleitoral), demanda tempo para ser concluído, pelo fato de se desenvolver por meio da sucessão ordenada de atos, ligados por um vínculo de instrumentalidade e todos voltados a um mesmo fim, que é a resolução de um conflito intersubjetivo de interesses.

Pode-se afirmar que a dialética do processo observa uma ordem lógica, a partir da qual se alega, se prova e se decide. Por conta dessa faceta, tem-se que todo processo possui um tempo fisiológico, ou seja, é necessário despender certo número de dias, meses e anos até que se pratiquem todos os atos necessários a sua conclusão.¹²

Entende-se que pela demora do trâmite processual muitos direitos perderiam sua utilidade, no entanto, podem ser utilizada as tutelas de urgência, para garantir o direito material pleiteado.

[...] a tutela jurisdicional em outras palavras, é a efetiva proteção que a função judicial confia àquele cujo bem da vida se ampara pelo direito substancial.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon, 1. ed. São Paulo: Edipro, 2011. p. 119.

¹² FRIEDE, Reis. KLIPPEL, Rodrigo. ALBANI, Thiago. **A Tutela de Urgência**. No processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 7 e 8

Traduz-se em compromisso do Estado a conferência de tal efetiva proteção dos interesses postos em conflito.¹³

Inúmeras tentativas são buscadas para solucionar a morosidade e simplificar o processo, e uma delas é a adoção das tutelas de urgência.

5 TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar é uma tutela auxiliar das demais tutelas, que tem por objetivo assegurar provisoriamente o resultado definitivo de um direito tutelado.

No Brasil, Humberto Theodoro Júnior adotou tais concepções clássicas da doutrina italiana, se baseando, especialmente, nas lições de Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti, apontando quatro peculiaridades do processo cautelar, a saber: a instrumentalidade, a provisoriedade, a revogabilidade e a autonomia.¹⁴

A jurisdição tem o dever de tutelar através da tutela cautelar o litigante que tem o seu direito posto a perigo de dano.

Somente o perigo de dano, não se faz suficiente quando a tutela do direito material não é verossímil, é preciso também existir *fumus boni iuris* – a fumaça do bom direito.¹⁵

6 TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada é a tutela que dá ao requerente o resultado do direito material, sem produzir coisa julgada material.

Os requisitos para antecipação desta tutela é a prova inequívoca, a verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A tutela poderá ser concedida de imediata, quando requerida na peça inicial, pois o Código de Processo Civil, não prevê o momento exato para o pedido de antecipação da tutela,

¹³ CRUZ, André Luiz Vinhas. As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil. São Paulo: BH Editora e Distribuidora, 2006. p. 31

¹⁴ CRUZ, André Luiz Vinhas. As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil. São Paulo: BH Editora e Distribuidora, 2006. p. 53

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 29.

porém concedida poderá perdurar até o recurso de sentença que a tornou definitiva, até modificação de Tribunal superior. “Assim, se a tutela antecipada permite o gozo ou fruição de um direito, mesmo que em cognição sumária e provisória, fundada em juízo de aparência, ela é satisfativa da pretensão de direito material, em parte ou totalmente.”¹⁶

As técnicas cautelar e antecipatória, são as mais importantes e utilizadas das técnicas de urgência.

Na verdade, quando se fala em técnica antecipatória está-se falando na medida constante dos arts. 273 e 461 do CPC, modificados pela reforma processual ocorrida em 1994, que generalizou a aplicação da antecipação de tutela, criando uma segunda necessária e diferenciada modalidade de técnica de urgência atípica.

[...] os requisitos legais para a concessão da técnica antecipatória são rígidos. [...] o art. 273 do CPC exige prova inequívoca acerca da verossimilhança das alegações do autor, bem como comprovação do perigo de dano iminente e irreparável ou de difícil reparação, que poderá ocorrer em caso de não concessão da tutela. Numa segunda hipótese, a técnica poderá ser concedida, caso fique caracterizado comportamento manifestamente protelatório do réu (CPC, art. 273, II)¹⁷

A técnica antecipatória poderá ser modificada ou revogada a qualquer tempo, caso modifique a situação pela qual ela foi concedida.

7 FUNGIBILIDADE DA TUTELA CAUTELAR E ANTECIPADA

O princípio da fungibilidade existe a muito tempo em nosso ordenamento jurídico, e é de propriedade a, o que é substituível, por sua natureza, eliminando o objeto inicial, porém, sem prejuízos jurídicos, pois sua finalidade é de simplificar, auxiliar.

Sob este viés, o princípio da fungibilidade concilia a necessidade de produção das tutelas jurídicas com a necessidade de atendimento das formas legais. Trata-se de uma evidente mitigação do princípio da regulação (ou da relevância das formas), que visa justamente permitir o controle do desenvolvimento do processo e das próprias decisões judiciais.¹⁸

¹⁶ FRIEDE, Reis. KLIPPEL, Rodrigo. ALBANI, Thiago. **A Tutela de Urgência**. No processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 132.

¹⁷ LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 48 e 49.

¹⁸ CRUZ, André Luiz Vinhas. **As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil**. São Paulo: BH Editora e Distribuidora, 2006. p. 153

O Código de Processo Civil, foi reformado pela Lei 10.444/02, trazendo no §7º do artigo 273, a possibilidade de fungibilidade da tutela cautelar e de tutela antecipada.

Art. 273. §7º. Se o autor a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Todavia, desde a introdução da tutela cautelar em nosso ordenamento jurídico, existe uma grande preocupação na separação da conceituação da tutela cautelar e da tutela antecipada.

[...] mencionado dispositivo demarca um novo divisor de águas em matéria de tutela de urgência. Isto porque rompe com uma tradição legislativa; que, muito embora, há anos já vem sendo contestada por setores estudiosos do processo civil, nunca chegou a ser positivada em lei, especialmente no Código. Cuida-se da possibilidade de o juiz, entendendo ter a medida requerida pela parte nítida feição cautelar, mesmo tendo aquela pleiteado uma tutela antecipada, no bojo do processo cognitivo, conferir a medida como se cautelar fosse, em caráter incidental ao processo já ajuizado.¹⁹

A tutela antecipada surgiu com o objetivo de unir forças com a tutela cautelar, para melhorar e simplificar a satisfação da tutela jurisdicional pretendida, por isso elas não devem ser separadas e sim unidas, a pretensão é a união das tutelas.

Entendeu-se, simplesmente, que a lei poderia perfeitamente ampliar a tutela cautelar para incluir, dentre as medidas de eliminação do *periculum in mora*, em certos casos, providências que satisfizessem antecipadamente o direito material do litigante, desde que isso fosse indispensável para atingir a plena efetividade da prestação jurisdicional e que ficasse resguardada a possibilidade de reversão, na hipótese de eventual resultado adverso para beneficiário na sentença definitiva da lide.²⁰

Existem vários fundamentos do direito processual que justificam o princípio e a importância da fungibilidade, um exemplo é o princípio da economia processual e a instrumentalidade das formas.²¹

¹⁹ CRUZ, André Luiz Vinhas. **As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil**. São Paulo: BH Editora e Distribuidora, 2006. p. 155 e 156.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária do direito, 2004. p. 481.

²¹ LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 88.

É verdade que diretrizes, como a do princípio da economia processual, possuem cunho genérico, necessitando serem autodelimitadas por outros elementos fundamentais, sob pena de se extrapolar o seu devido campo de atuação. Não se poderia, por exemplo, justificar a não realização de citação em determinado processo, fundamentando-se no princípio da economia processual, pois não se poderiam desrespeitar as garantias constitucionais do processo.²²

A tendência atual, na modificação do art. 273 do CPC, é na simplificação da aplicação das técnicas de urgência, para afastar o rigor na diferenciação entre as tutelas. “Para que seja possível utilizar ambas as técnicas como uma só, é necessário que se estabeleça a estrutura do sistema de flexibilidade, conforme a presença dos requisitos necessários ao deferimento das medidas.”²³

Para Cruz “(...) por ser ato de melhor técnica, tendo em conta que a cautelar, por ter rito próprio, não comportaria o rito ordinário do processo de conhecimento. Contudo, tal fato, o de se criar um incidente processual, em nada atrasaria a efetividade da medida”.²⁴

[...] deve-se perceber que se trata de requisitos que refletem exatamente as mesmas necessidades, quais sejam a situação de urgência e a presença de elementos que demonstrem o direito do requerente. Por isso mesmo, a doutrina e o legislador não deveriam se preocupar em diferenciar excessivamente aquilo que apenas o bom senso do magistrado e o seu contato com a situação realmente decidem nos casos concretos.²⁵

O objetivo da fungibilidade entre as tutelas facilita a aplicação da tutela urgente, que contribui para a solução de problemas, deixando a rigidez da diferenciação entre tutela antecipada e cautelar de lado, para a melhor efetivação da prestação da tutela jurisdicional.

[...] constata-se a fungibilidade tutelar como um instituto que mereceu ser inserido no ordenamento jurídico, mormente por atender às necessidades e aos clamores práticos do cotidiano forense, aproximando o processo ao direito material e à sua função instrumental.²⁶

²² LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 88 e 89.

²³ LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 89.

²⁴ CRUZ, André Luiz Vinhas. **As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil**. São Paulo: BH Editora e Distribuidora, 2006. p. 156.

²⁵ LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 90.

²⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 110.

Ademais, não existe consenso diante da matéria disciplinada no §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, porém é necessário ressaltar que diante do instrumentalismo das formas e do princípio da efetividade, se utilizado o princípio da fungibilidade, que esta presente em nosso ordenamento jurídico, também no procedimento, estaria por beneficiar, simplificar e conseqüentemente agilizar o andamento dos processos, assim dando efetividade ao direito tutelado pelo litigante.

Felizmente, não é difícil encontra-se juristas preocupados com a necessidade de adaptação do processo às velozes modificações da sociedade, dispostos a rever conceitos tradicionais e a encontrar a melhor solução possível para o bem da coletividade. Trata-se de uma visão realista e sensata, fundamentada no reconhecimento da importância e da aplicação dos “novos direitos”.²⁷

É necessária esta preocupação dos juristas quanto as mudanças da sociedade e suas novas necessidades. Cabe ao intérprete a interpretação e aplicação do direito.

Hoje, para melhorar a prestação da tutela jurisdicional urgente, estando cientes os operadores jurídicos da possibilidade de obter-se sumariamente os efeitos da tutela final de mérito, bem como da possibilidade de apenas assegurá-la, deve-se flexibilizar tais técnicas a ponto de dar-lhes requisitos e procedimentos comuns.

E continua o mesmo autor:

O processo não deixará de ser ciência por voltar a adaptar seus procedimentos ao direito material. Pelo contrário, trata-se uma fase de desenvolvimento da disciplina, caracterizada essencialmente pela sua instrumentalidade e conseqüente flexibilização de seus institutos. É nesse cenário que se constata a possibilidade de flexibilização das técnicas de urgência como modificação significativa para a efetividade da jurisdição.²⁸

Ao invés de buscar formalismos desnecessários para cumprir estritamente a lei posta, deve o intérprete diante de lacunas, analisar cada caso concreto utilizando-se da melhor interpretação e compreensão para solucionar a lide e efetivar a tutela jurisdicional diante dos princípios norteadores do direito.

²⁷ LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 134.

²⁸ LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 136.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa abordada, é perceptível que existe divergência doutrinária da possibilidade da fungibilidade entre a tutela antecipada e cautelar.

A celeridade e, por consequência, a efetividade do provimento jurisdicional tem sido uma preocupação recorrente entre os operadores do direito, a fim de evitar perecimento do bem da vida que visa preservar e proteger quando se busca à tutela jurisdicional, haja vista que os conflitos entre as pessoas na podem ser mais resolvidas por meio de autotutela.

Apesar das diferenças, as tutelas antecipada e cautelar não devem ser tratadas como institutos distantes e, sim, como integrantes de um mesmo sistema, qual seja, o sistema das medidas de urgência.

Da leitura do artigo 273, §7º do Código de Processo Civil, se constata que os requisitos dispostos no *caput* (prova equívoca, requerimento da parte e verossimilhança da alegação) são concorrentes, devendo ser somados a um dos requisitos alternativos previstos nos incisos, quais sejam fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Alguns doutrinadores defendem a aplicação da regra prevista no §7º, artigo 273 do Código de Processo Civil, conforme esta prevista, somente na fungibilidade de pedidos e não de procedimentos. Outros já defendem a flexibilização, ou seja, se é possível a fungibilidade entre pedidos, porque não é possível a fungibilidade de procedimento para a efetivação da tutela jurisdicional pretendida com maior celeridade processual?

O intérprete quando aplica a lei, ele deve preencher as lacunas que nela possam existir, com observância a equidade, aos princípios gerais do direito e os bons costumes. Se a interpretação/aplicação/compreensão do intérprete é na aplicação da fungibilidade de procedimentos entre tutela cautelar e antecipada, estará ele atendendo princípios norteadores do direito como: a fungibilidade, economia processual, instrumentalidade das formas e o princípio constitucional do acesso à justiça.

Existe a necessidade de superação de algumas divergências puramente formais, devendo se afastar o apego exagerado a forma, de maneira a garantir que as partes não sofram danos advindos da mora processual.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon, 1. ed. São Paulo: Edipro, 2011.
- CRUZ, André Luiz Vinhas. As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil. São Paulo: BH Editora e Distribuidora, 2006.
- FRIEDE, Reis. KLIPPEL, Rodrigo. ALBANI, Thiago. **A Tutela de Urgência**. No processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária do direito, 2004.