

Concretização de Direitos Fundamentais e a Fungibilidade de Tutelas

Implementation of Fundamental Rights and Fungibility of Protection

Fernando Batistuzo Gurgel Martins^{a*}; Taís Nader Marta^b

Resumo

A reconhecida independência do direito processual não pode implicar na sua indiferença acerca das necessidades e peculiaridades do direito material que visa (ou ao menos deveria visar) a tutelar os Direitos Fundamentais e a proteger os princípios consagrados na nossa Lei Maior, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana. A praxe forense vem constatando casos que, não obstante tenham como questão central a atuação do Poder Judiciário para accertamento do direito, existe a necessidade de concessão de medidas urgentes para respeitar o princípio da celeridade processual com o respeito a todas as garantias das partes, e o presente trabalho se propõe a fazer a análise de um acórdão no qual se decidiu pelo reconhecimento e validade da aplicação da fungibilidade de tutelas de urgência.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Constituição Federal. Tutelas de Urgência.

Abstract

The acknowledged independence of procedural law cannot imply in their indifference about the needs and peculiarities of the substantive law that it seeks to (or at least should aim) to protect the fundamental rights and protect the principles enshrined in our Highest Law, specially the principle of human dignity. The forensic practice has found cases that, despite having the central question the actions of the Judiciary to set the right, there is a need to grant urgent measures to respect the principle of procedural speed, with respect to all securities of the parties, and this study aims to the review a ruling which has the recognition and validity of applying the marketability of the emergency guardianship.

Keywords: Fundamental rights. Principle of human dignity. Federal Constitution. Protection of emergency.

^a Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Docente da União das Instituições Educacionais do Estado de São Paulo (UNIESP). E-mail: batistuzo@ig.com.br.

^b Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Docente da Faculdade Anhanguera de Bauru. E-mail: tais@barbosamarta.adv.br.

* Endereço para correspondência: Avenida Marechal Deodoro, 352, Vila São Jorge, CEP 19013-060, Presidente Prudente-SP.

1 Introdução

Não há dúvida que o direito substancial só é útil ao indivíduo na medida em que pode ser efetivado. Logo, as mudanças que aconteceram no sistema processual brasileiro vão para esquadrihar essa efetividade.

Na busca do mais amplo significado de acesso à justiça, os estudiosos do direito processual vêm apontando a necessidade de uma reformulação e adaptação dos instrumentos processuais para que os mesmos se tornem mais simples e efetivos.

A História mostrou que o processo não pode ser compreendido à distância do direito material. Da mesma forma, o direito substancial não tem sentido se não houver meios para sua efetivação. Para prestação da tutela jurisdicional adequada ao caso concreto, surgem mecanismos que refletem o avanço na legislação processual.

Com um direito processual mais maduro e consciente de sua real função e também de sua autonomia e independência, resgatando a sua essência, buscando o real sentido de sua existência, qual seja, viabilizar a efetividade de direitos abstratamente previstos na lei.

2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Constitucionalização do Processo Civil

A Constituição Federal de 1988 surge num contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas.

Para que exista uma melhor convivência social e encontre-se um eixo mais próximo da perfeição na relação entre a individualidade e sociabilidade, o Direito, que existe em função do homem, deve ter instrumentos que visem impedir qualquer tipo de degradação do gênero humano pautando-se na dignidade, respeitando os diversos aspectos.

O respeito à dignidade da pessoa humana implica no respeito e proteção à integridade física, moral, à individualidade e espiritualidade do ser humano.

Assim, a dignidade humana é a própria “razão de ser” da Constituição, que elege a instituição do Estado Democrático, o qual se destina “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, como o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social, bem como, seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) – como valor supremo –, definindo-o como fundamento da República.

Significa dizer que, no âmbito da ponderação de bens ou valores, o princípio da dignidade da pessoa humana justifica, ou até mesmo exige a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que representados

em normas que contenham direitos fundamentais, de modo a servir como verdadeiro e seguro critério para solução de conflitos e, assim sendo, influencia os demais ramos do direito, inclusive o processo civil.

Num primeiro momento, bom é dizer que as recentes mudanças no sistema processual hodierno refletem a preocupação em efetivar direitos, demonstrando maior compromisso com o ideal de Justiça. Surgem, nesse contexto, as normas para efetivação da chamada tutela específica, diante do reconhecimento de que, em face de direitos não patrimoniais, o ressarcimento pecuniário não solucionaria de forma justa conflitos que os envolvessem. Interessante, nesse sentido, colacionar a afirmação Marinoni (2001, p.27):

O esgotamento da proposta do Estado liberal e o surgimento de um Estado preocupado em organizar uma sociedade mais justa e equilibrada, considerando todas as suas peculiaridades e necessidades, fizeram com que o direito passasse a tratar de forma diversificada as pessoas, de modo a garantir a determinadas parcelas da população a fruição de bens considerados imprescindíveis para uma organização social mais justa. Como a afirmação da imprescindibilidade desses bens, em nível de direito material, não basta para garantir a sua efetiva fruição, surge a necessidade de instrumentos processuais destinados a permitir a chamada tutela específica, sendo aí de grande importância formas de tutela como a inibitória e a reintegratória e técnicas como a antecipatória, imprescindíveis para que os direitos não sejam transformados em mero ressarcimento em pecúnia.

Cumprir asseverar que o direito constitucional de ação deve ser entendido como um direito a uma tutela adequada e efetiva, já que nosso ordenamento proíbe a auto-tutela.

Não há dúvida de que o direito existe para ser realizado e não simplesmente reconhecido. Logo, as normas de direito material só serão úteis ao indivíduo se o ordenamento processual tiver instrumentos para garantir sua efetividade.

É imperioso lembrar, também, da importância e da responsabilidade dos julgadores na efetivação do direito material, pois, uma vez que são intérpretes das leis, devem atentar para o sistema jurídico como um todo, privilegiando os princípios constitucionais e interpretando todas as demais normas à luz da Constituição Federal, já que nosso sistema hierarquizado. As palavras de René Morel, trazidas por Deilton Ribeiro Brasil (2003, p.40), são indispensáveis para esta reflexão: “[...] é inútil ter uma boa lei se é má a organização judiciária e insuficientes os juízes, ao passo que juízes com extenso conhecimento podem, a rigor, satisfazer-se com leis medíocres”.

Então, indubitável que os juízes, além de bem preparados e com reciclagem permanente do conhecimento jurídico e de outras áreas do saber humano, devem estar em perfeita aderência à realidade social e econômico-política em que estão inseridos.

Segundo Kazuo Watanabe, “o maior preparo dos juízes mais ainda se impõe quando se tem presente a ampliação de seus poderes, pela clara adoção pelo Código de novos e mais eficazes tipos de provimentos jurisdicionais”(GRINOVER et. al, 2001, p. 774).

O desafio agora se faz na aplicação das leis, pois o julgador tem papel fundamental na efetivação do direito substancial, logo, as normas processuais ora em comento trazem meios para que o juiz entregue o bem da vida digna ao tutelado. No entanto, para tanto, é preciso que se tenha coragem e comprometimento no momento da decisão.

3 Jurisdição: Antiga e Atual Concepção

Como cediço, jurisdição sempre foi definida como o poder, a função do Estado de dizer o direito. No entanto, referido enfoque somente pode ser observado numa perspectiva histórica da evolução do Estado, desde o absolutista, passando pelo Liberal, para enfim chegar ao Estado Social de Direito, ou ainda, Estado Constitucional de Direito.

Findo o Estado absolutista - no qual o poder se concentrava exclusivamente nas mãos do monarca - pelo surgimento das ideias de liberdade e igualdade na França ao final do século XVIII, originou-se o Estado Liberal e, assim, o Estado Liberal de Direito fulcrado na lei como realizadora do princípio da legalidade, concebida como norma jurídica geral e abstrata (SILVA, 1994).

Em virtude desses elementos legais – generalidade e abstração – a proclamada igualdade do Estado Liberal tornou-se elemento puramente formal, posto que não distinguia os indivíduos de acordo com as diferentes situações fáticas (substancial), condição provocadora de intensos contrastes entre a classe dominante e a dominada (trabalhadores) e, conseqüentemente, o declínio, a falência daquela concepção de Estado.

No intuito de contornar os equívocos do ideário liberal surgiu o Estado Social de Direito com a pretensão de corrigir as distorções sociais, equilibrando-as, ou seja, de realizar a justiça social, modelo que, com seguintes variações e aperfeiçoamentos é o que perdura, mas, ressalta-se, e aqui no particular do ordenamento constitucional pátrio, sem implementação do socialismo, e sim com a realização de práticas dos direitos sociais.

Em meio, e em decorrência dessa evolução social e do direito, surgiu a noção de direitos fundamentais entre os séculos XVII e XVIII, no limiar do Estado liberal, no qual se entendia o indivíduo como possuidor de direitos inatos, oponíveis sobretudo em face do Estado, configurando-se como direitos subjetivos dos indivíduos, que foram classificados como direitos de primeira dimensão, ou dimensão (ZOLLINGER, 2006).

Por conta das mudanças sociais no século XIX, os ideais daquela época não mais correspondiam à realidade do momento (desigualdade social – igualdade formal), tendo surgido novos direitos econômicos, sociais e culturais, denominados de direitos fundamentais de segunda dimensão, que marcaram a transição do Estado liberal para o Estado social, principalmente caracterizada pela Constituição alemã de Weimar em 1919 (ZOLLINGER, 2006).

Diversamente dos direitos de primeira dimensão, os de segunda impunham ao Estado o cumprimento de prestações positivas, cobrando-lhe um comportamento ativo e não mais apenas omissivo, no sentido de que não intervesse nas relações privadas.

Com o desenvolvimento precário de algumas nações, do estado de beligerância, do desenvolvimento tecnológico e crises ambientais, dentre outros motivos, nasceram os direitos fundamentais de terceira dimensão, assentados na fraternidade e solidariedade, caracterizando-se como direitos de titularidade difusa ou coletiva, como o direito à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, dentre outros.

Reconhecidos os direitos fundamentais, sobrelevam-se duas dimensões desses direitos, a objetiva e a subjetiva (ZOLLINGER, 2006).

Partindo da dimensão objetiva, os direitos fundamentais possuem forças-jurídicas independentes como eficácia irradiante, no sentido de operarem como norteadores da atuação dos poderes estatais, prestando-se, também, como parâmetro para a interpretação e aplicação de normas do ordenamento jurídico, obrigando interpretar-se sob a égide dos valores sediados nos princípios fundamentais (ZOLLINGER, 2006).

Como outro reflexo do reconhecimento dos direitos fundamentais, exsurge o dever de proteção do Estado, obrigando-o a adotar medidas que confirmam efetiva proteção aos citados direitos contra ameaças e agressões providas de terceiros.

Assim, com essa nova compreensão dos direitos, alçados à condição de fundamentais, fica no passado a concepção tradicional de jurisdição como atividade estatal de, apenas, dizer o direito, compreendendo-a, atualmente, como um direito fundamental à jurisdição, mas, no sentido de efetividade, de prestação jurisdicional efetiva, derivada do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal (NOGUEIRA, 2007).

Tanto é assim que “o termo jurisdição significa dizer o direito, não apenas no sentido de declará-lo ou proclamá-lo, mas também no de fazê-lo atuar concretamente para a pacificação dos conflitos” (LOPES, 2005, p. 67).

Com a mudança de concepção de jurisdição, o Estado, legislador e juiz, foi obrigado a criar e, principalmente, adotar novas técnicas processuais a fim de efetivar direitos, sobretudo fundamentais, desgarrando-se do formalismo liberal, voltando sua atenção ao elemento substancial, à situação fática e às diferenças sociais.

E, portanto, uma das técnicas processuais adotadas, e com muito acerto, é a admissão, diante do caso em concreto, de ações com natureza que em princípio não se as reconheceria como adequadas ao caso, visando a efetiva proteção de direitos, em detrimento ao formalismo e legalidade arraigada, ou seja, a admissão e adoção da técnica de fungibilidade de tutelas.

O processo civil existente nos países que perfilham o sistema continental europeu, dentre os quais se inclui o Brasil, está assentado numa acendrada volúpia de intensa e incansável busca do ideal de justiça. O julgador, homem de carne e osso, não é ser plasmado nos dons da onipotência, onisciência e onipresença. Tudo parece lastrear-se não só a uma irrefreável procura de uma justiça imaginária, como também na pilastra de que a verdade raramente existe nas primeiras decisões judiciais. O lema é o de esgotarem-se todos os recursos possíveis e impossíveis. As instâncias devem ser uma a uma, todas vencidas. Para tudo busca-se sempre o pronunciamento dos Tribunais Superiores (FRANCIULLI NETTO, 2003).

Como argumenta Dinamarco (2001, p.34) ao sistema cabe “cumprir de modo exauriente a promessa constitucional de proporcionar tutelas jurisdicionais justas, mediante processos justos”. Essa é a tarefa que cabe também ao aplicador do direito. Perguntar melhor na expectativa de uma resposta, senão definitiva, pelo menos cada vez também melhor e em consonância com princípios elencados na nossa Lei Maior.

O legislador mostra-se consciente do processo como mecanismo para concretização de direitos fundamentais, e também de que deve dar aos jurisdicionados e ao juiz maior poder para a utilização do processo. É por isso que institui normas processuais abertas (como a do art. 461 do CPC), ou seja, normas que oferecem um leque de instrumentos processuais, dando ao cidadão o poder de construir o modelo processual adequado e ao juiz o poder de utilizar a técnica processual idônea à tutela da situação concreta.

4 O Caso em Exame

O presente trabalho busca fazer uma análise de um acórdão¹ unânime da C. 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, que teve como relator o Ministro Castro Meira (**REsp 954548 / RS RECURSO ESPECIAL 2007/0115769-5**) no qual se decidiu pelo reconhecimento e validade da aplicação da fungibilidade de tutelas de urgência,

1 Processo REsp 954548 / RS - RECURSO ESPECIAL - 2007/0115769-5 Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 18/10/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 05/11/2007 p. 258 Ementa PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR DE CARÁTER SATISFATIVO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. ARTS. 273 E 796 DO CPC.

1. As medidas liminares de caráter satisfativo são admissíveis, excepcionalmente, face às peculiaridades do caso concreto, desde que estejam presentes os pressupostos específicos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* e seja a pretensão almejada indispensável à preservação de uma situação de fato que se revele incompatível com a demora na prestação jurisdicional.

2. Cabe ao juiz natural a aferição sobre o preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela cautelar previstos no artigo 273 do CPC, sendo vedado seu reexame, na via especial, a teor da Súmula 7/STJ.

3. Recurso especial não provido. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

admitindo-se ação cautelar em vez de ação ordinária, ainda quando de cunho satisfativo, desde que presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

No caso que se ora presta ao comentário, a recorrente figurou como requerida em ação cautelar movida pela recorrida com a finalidade de sustar o corte no fornecimento de energia elétrica, pela qual se obteve a concessão de medida liminar.

Posteriormente a recorrida ingressou com ação ordinária de nulidade de débito conexa à cautelar, razão pela qual a recorrente pleiteou a extinção da cautelar sob os argumentos de impropriedade da via eleita e falta de interesse de agir, com base no artigo 267, IV e VI, do Código de Processo Civil.

Colacionando a esse acórdão, várias outras decisões do tribunal, o recurso especial teve seu provimento negado, decisão fundamentada, principalmente, na possibilidade de aplicação da fungibilidade de tutelas quando presentes os requisitos à concessão da tutela de urgência.

5 A Mitigação do Princípio da Congruência

Como assinala Marinoni (2000), o Código de Processo Civil em duas oportunidades prevê a necessidade de o juiz ater-se ao pedido do autor, no artigo 128 e no 460, dos quais se compreenderia que a sentença devesse se limitar ao pleiteado, o que configuraria o denominado princípio da congruência.

Referido princípio deriva ainda do Estado liberal, no qual vigorava o entendimento sobre a tipicidade dos meios de execução, os quais somente poderiam ser adotados e exercitados pelo Estado se previstos em lei.

Como naquele modelo as normas eram produzidas para o favorecimento da classe dominante, os meios de execução, quando adotados, tinham pouca ou quase nenhuma utilidade prática, posto que não se prestavam a intervir na esfera particular do indivíduo, também em razão da concepção de autonomia privada então vigente.

Assim, caso o demandado não cumprisse a sentença, não poderia o juiz adotar meios que não os previstos em lei, ficando a depender exclusivamente da espontaneidade do daquele, demonstrando-se a ineficiência do modelo processual da época quanto à efetividade jurisdicional.

Em virtude da evolução do direito como explanado e o surgimento dos direitos fundamentais e suas dimensões, o Estado legislador, em atenção a seu dever prestacional, elaborou técnicas diferenciadas de tutelas, com o fito de atenderem o caso em concreto na medida de seu dinamismo.

No Brasil, a adoção destas referidas técnicas foi introduzida primeiramente no Código de Defesa do Consumidor, especialmente em seu artigo 84, o qual prevê, permitindo ao juiz, a adoção de providências assecuratórias do resultado prático equivalente ao adimplemento.

Com o êxito do dispositivo consumerista, a mesma técnica foi introduzida no Código de Processo Civil, por meio do artigo 461, especialmente seu parágrafo quinto, o

qual também prevê a adoção de medidas necessárias para a obtenção da tutela.

Ao se prever expressamente em ambas as normas a adoção de medidas não constantes, não expressas em lei, ou seja, atípicas, o Estado-legislador autorizou o Estado-juiz a desgarrar-se do formalismo e legalidade estrita, concedendo-lhe certa margem de discricionariedade na escolha e aplicação da medida necessária (PERELMAN, 2002).

Desse modo, com a mitigação do mencionado princípio, o Poder Judiciário está, não só autorizado, mas, em face dos direitos subjetivos individuais, especialmente os fundamentais, vinculado, obrigado a, dependendo do caso em concreto, acolher uma ação pela outra quando citados direitos se encontrarem sob iminente risco de lesão – tutelas de urgência - tal como ocorrido no acórdão objeto de análise do presente.

Em assim agindo, o Poder Judiciário efetivará direitos, atendendo ao direito fundamental à jurisdição efetiva.

6 Tutelas de Urgência e Efetividade Jurisdicional

6.1 A fungibilidade de tutelas

A fungibilidade de tutelas decorre do princípio processual de aproveitamento dos atos processuais, em respeito à máxima *pas de nullité sans grief*.

Referida técnica somente é possível nos casos que demandam tutelas de urgência, nos quais são privilegiados os fins e não os meios, desde que não cause prejuízo à parte contrária.

Conforme Montenegro Filho (2008, p. 43) em casos de urgência

Ao invés de o magistrado deixar de conhecer da pretensão pela errônea da forma, permite a lei seja o pedido concedido, para os fins de deferimento da providência, como se a pretensão tivesse sido formulada no âmbito de uma ação cautelar.

Assim, presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência, é perfeitamente possível acolher-se determinada ação em vez de outra que em princípio seria a adequada, sob pena de se produzir justamente o efeito contrário à efetividade, qual seja, o perecimento do direito em virtude de se atentar à forma.

Como outra razão para a possibilidade de se adotar a técnica de fungibilidade de tutelas, tem-se a finalidade de prevenção às quais as tutelas, em regra, estão relacionadas, no sentido de se evitar um dano que se encontra na iminência de ocorrer, caracterizando-se a fungibilidade como evidência da verdadeira natureza do processo cautelar (THEODORO JÚNIOR, 2008).

Se a concepção atual de jurisdição é a de efetivação de direitos, modifica-se a ótica sobre a tutela de direitos, passando-se a atentar, e a privilegiar, a prevenção em detrimento apenas da tutela ressarcitória, sobretudo quanto a direitos de cunho não patrimonial que, efetivamente, não são tuteláveis mediante pecúnia.

Destarte, o aplicador do direito, diante de um caso em concreto no qual vislumbre a urgência na concessão da tutela, principalmente se se tratar de direitos patrimoniais, deve privilegiar o conteúdo, a substância, acolhendo eventualmente ação que, em regra, seria inadequada ao fim ao qual se propõe.

Além dos citados, outro motivo para o reconhecimento da fungibilidade de tutelas é a distinção entre ilícito e dano, especialmente quanto à possibilidade de ocorrência de um, sem que necessariamente o outro ocorra, ou seja, a possibilidade de ocorrência de um ilícito sem dano.

Consoante entendem os doutrinadores, “[...] a prática de um ato contrário ao direito não implica necessariamente o surgimento de um dano, o que o torna inconfundíveis os conceitos de ato ilícito e de dano” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 367).

Em virtude da confusão de ambos os institutos que predominam na doutrina, o ordenamento processual manteve-se intimamente ligado à noção de tutela ressarcitória como a forma ideal de se tutelar um direito, causando assim o fechamento a novas possibilidades e novos horizontes na proteção dos direitos. Sobretudo, quando demandam prevenção e não ressarcimento.

Ao não se vislumbrar a diferença entre os elementos não se consegue aplicar a norma voltando-se à prevenção, sob o entendimento equivocado - para os que reconhecem a diversidade – de que se não há lesão, não há como se tutelar o direito.

Entretanto, na seara das tutelas de urgência, predominam os casos em que se exige a prevenção em detrimento do ressarcimento, demandando a adoção de medidas imediatas, ainda que diante a pretensão veiculada sob forma, em princípio, inadequada.

Explanando sobre a sistemática do parágrafo sétimo do artigo 273 do Código de Processo Civil, Dinamarco (2002, p. 91) afirma que a então nova reforma procurava mitigar as dificuldades de compreensão das tutelas cautelar e antecipada, estabelecendo a fungibilidade entre ambas, o que abriria “[...] horizontes para uma caminhada de maior esclarecimento de ambos os institutos e do gênero que integram”.

O autor complementa que

A fungibilidade entre as duas tutelas deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas urgentes – ou seja, para a descoberta de que muito há na disciplina explícita das medidas cautelares, que comporta plena aplicação às antecipações de tutela (DINAMARCO, 2002, p. 61).

Como se denota, vislumbra-se o gênero tutelas de urgência, e como espécies as tutelas cautelares e de antecipação, bem como as preventivas e inibitórias, todas passíveis de se submeterem ao regime da fungibilidade.

No mesmo sentido, e aqui bem próximo ao caso do acórdão, afirma Shimura (2005, p. 47) que “O §7º do art. 273 permite a *fungibilidade* das medidas, em que se permite ao

juiz deferir medida cautelar, quando presentes os respectivos pressupostos da cautelar, não obstante ter o autor formulado pedido de tutela antecipada”.

Portanto, apresentado um caso ao Poder Judiciário no qual estejam presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, deve o juiz conceder a tutela de urgência pleiteada, inobstante eventualmente manuseada por ação inadequada.

Em casos como este, deve-se preocupar com a viabilização de procedimentos rápidos para atender a situações de urgência, temendo o risco de ineficiência de um provimento tardio, tendo havido a preocupação de fazer com que o processo dure o menor tempo possível, sendo injusto se pensar que o processo, apenas por questão burocrática, teria que caminhar de maneira totalmente inútil para cumprir um itinerário previamente e secamente previsto em lei. Esta a razão de ser da autorização normativa prevista no §6º do artigo 273 do Código de Processo Civil trazido pela novel Lei 10444/02, bem como foi o que inspirou o legislador a autorizar que o tribunal, nos casos de reforma de uma decisão de extinção do feito sem julgamento de mérito, desde que a causa seja relativa à matéria de direito - artigo 515, §3º, trazido pela Lei 10352/01.

7 Considerações Finais

Com o fito de demarcar a presente análise, o caso ventilado do acórdão demonstrou a importância deste processo de reformulação e reestruturação que vem mergulhando o direito processual, buscando o resgate de sua real função, qual seja, efetivar adequadamente cada um dos mais diversos direitos materiais abstratamente garantidos pelo legislador.

No caso em tela, a recorrida, diante da comprovada iminência de sofrer uma lesão decorrente de ato da recorrente consistente em interromper o fornecimento de energia, ingressou com ação cautelar com a finalidade de impedir referido corte, o qual foi impedido mediante a concessão de medida liminar impeditiva.

Irresignada com a decisão, a recorrente requereu a extinção da ação cautelar sob os argumentos de impropriedade da via eleita e falta de interesse de agir, com base no artigo 267, IV e VI, do Código de Processo Civil.

Sob o argumento de que se tratava de caso no qual o risco de lesão era iminente e estava devidamente comprovado, ou seja, de caso em que estavam presentes os requisitos da “fumaça do bom direito” e do “perigo da demora”, o recurso especial teve provimento negado, decisão fundamentada no reconhecimento da possibilidade de adoção da técnica de fungibilidade de tutelas, mesmo quando a ação proposta não é a, em princípio, via eleita adequada segundo as regras processuais comuns.

Proferindo decisão com referido teor, o Superior Tribunal de Justiça realmente praticou a atividade jurisdicional que lhe cabe, não só dizendo o direito, mas, aplicando-o, efetivamente.

Talvez com decisões como essa possa a técnica processual perder em grande parte o aspecto burocrático de suas formas, mas, por outro lado, ganhar em efetividade, em utilidade e respeito ao princípio vetor constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso apreciado, a recorrente insurgiu-se contra a medida concedida, alegando não se prestar a ação cautelar à obtenção de tutela satisfativa, como suscita que a recorrida pretendia, visto que em seu entendimento a ação ordinária proposta não teria conexão alguma com a cautelar.

Com efeito, a ação cautelar não se preza a concessão de tutela satisfativa em virtude de seu caráter instrumental para ação principal, futura ou em curso, o que cabe às ações ordinárias com pedido de tutela antecipada, fundamento da recorrente.

Todavia, em ambas as modalidades, cautelar e antecipatória, a causa de pedir em ações que tais retratam casos de urgência, nos quais os autores necessitam da concessão de medida em caráter liminar, sob pena de perecimento de seus respectivos direitos.

Em virtude da urgência, e somente por essa razão é que a doutrina e a jurisprudência, atentas aos comandos e princípios constitucionais que pregam a efetividade jurisdicional autorizam o acolhimento de uma ação pela outra, concedendo a medida pretendida pela parte, ou seja, fungibilidade.

Destarte, decidiu corretamente o Superior Tribunal de Justiça ao negar provimento ao recurso especial, privilegiando a substância em detrimento da forma.

Caso tivesse decidido pelo provimento do recurso, retroagiria o Tribunal há tempos remotos, nos quais os direitos e seu respectivo reconhecimento tinham outra concepção, absolutamente deslocada da atual, na qual se privilegia e se busca, em face dos comandos constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais nela consagrados.

Esta concepção hoje encontra, inclusive, abrigo constitucional, ante a nova redação dada ao artigo 5º pela inclusão do inciso LXXVIII, feito pela Emenda Constitucional n. 45/04, garantindo que a prestação jurisdicional deve ser prestada em um tempo razoável.

Não obstante já tenham sido feitos inúmeros progressos legislativos, os quais, para produzirem os devidos efeitos

deverão ser objeto de dedicada aplicação pelos magistrados, certamente ainda podemos caminhar um pouco mais rumo a um processo justo, com procedimentos compostos somente dos atos processuais absolutamente indispensáveis à tutela de direitos e garantias fundamentais.

Referências

BRASIL, D.R. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIDIER JUNIOR, F.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodium, 2008.

DINAMARCO, C.R. A reforma da reforma. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2001.

MONTENEGRO FILHO, M. Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANCIULLI NETTO, D. O ideal idealíssimo, o ideal realizável e o processo de resultados. São Paulo: Fiuza, 2003.

GRINOVER, A.P. et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LOPES, J.B. Curso de direito processual civil. Atlas, 2005.

MARINONI, L.G. A tutela inibitória: individual e coletiva. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. Tutela Específica – arts. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. São Paulo: RT, 2001

NOGUEIRA, P.H.P. Sobre o direito fundamental à jurisdição. In: DIDIER JUNIOR, F.; WAMBIER, L.R.; GOMES JUNIOR, L.M. Constituição e processo. Salvador: Jus Podium, 2007.

PERELMAN, C. Ética e direito. Martins Fontes, 2002.

SHIMURA, S. *Arresto cautelar*. 3.ed. São Paulo: RT, 2005.

SILVA, J.A. Curso de direito constitucional positivo. 9.ed. rev., e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.

THEODORO JÚNIOR, H. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ZOLLINGER, M.B. Proteção processual aos direitos fundamentais. Salvador: JusPodium, 2006.