

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

RAFAEL MARTINS CORRÊA NETTO

**ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO QUANTO A CONCESSÃO
EX OFFICIO DA TUTELA ANTECIPADA.**

Juiz de Fora
2011

RAFAEL MARTINS CORRÊA NETTO

**ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO QUANTO A CONCESSÃO
EX OFFICIO DA TUTELA ANTECIPADA.**

Monografia de conclusão de curso na área de Direito Processual Civil, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professora MÔNICA
BARBOSA DOS SANTOS.

Juiz de Fora
2011

RAFAEL MARTINS CORRÊA NETTO

**ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO QUANTO A CONCESSÃO
EX OFFICIO DA TUTELA ANTECIPADA.**

Monografia de conclusão de curso na área de Direito Processual Civil, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito

Aprovado em: ___/___/2011

Prof^a. Mônica Barbosa dos Santos – UFJF

Prof^a. Flávia Lovisi Procópio de Souza-UFJF

Prof. Pierre Portes dos Santos – UFJF

RESUMO

O presente trabalho investiga a atuação do magistrado quanto a concessão da tutela antecipada *ex officio*. Para tanto, através de uma análise jurídico – teórica, faz-se um estudo acerca do panorama que envolve a ineficiência do atual sistema, passando pela evolução histórica que envolve as tutelas de urgência. Além disso, examina o instituto da Tutela Antecipada, de modo a evidenciar as semelhanças e diferenças entre este e a Tutela Cautelar, bem como tratar da fungibilidade entre tais medidas. Busca-se, também, desmistificar que a antecipação de tutela de ofício é impossibilitada mediante o princípio da inércia de jurisdição, uma vez que haveria contaminação do juiz. Para tanto, defende-se que o princípio constitucional da garantia do direito de ação e a fungibilidade existente entre a antecipação satisfativa e a medida cautelar são elementos que legitimam a atuação do magistrado *ex officio*.

Palavras-chave: Tutela antecipada. *Ex officio*. Fungibilidade. Direito de ação. Inércia de jurisdição. Contaminação.

SUMÁRIO

Introdução.....	5
Capítulo I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	7
1.1. Ineficiência do sistema.....	7
1.2. A busca por alternativas.....	9
1.3. O problema da eficácia: definitividade e provisoriedade.....	10
Capítulo II – NOTÍCIA HISTÓRICA SOBRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	12
2.1. Tutela cautelar.....	12
2.2. Tutela antecipada.....	13
Capítulo III – O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA.....	16
3.1. Considerações introdutórias.....	16
3.2. Tutela antecipada e tutela cautelar: semelhanças e diferenças.....	18
3.3. A fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipação satisfativa.....	21
Capítulo IV – CONCESSÃO <i>EX OFFICIO</i> DA TUTELA ANTECIPADA.....	24
4.1. Garantia constitucional do direito de ação.....	24
4.2. Princípio da inércia de jurisdição, o ativismo judicial e a possível contaminação do juiz.....	25
4.3. A concessão <i>ex officio</i> da tutela antecipada – casos tópicos.....	28
4.4. A concessão <i>ex officio</i> e a fungibilidade.....	31
4.5. Jurisprudências sobre o tema.....	33
Capítulo V – A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	35
5.1. Considerações iniciais.....	35
5.2. A tutela de urgência e a tutela de evidência no PLS 166/2010.....	36
Conclusão.....	39
Referências Bibliográficas.....	41

Introdução

O presente trabalho pretende analisar a atuação do magistrado quanto à possibilidade de concessão da tutela antecipada *ex officio*, tendo em vista que o tema imposto ainda é objeto de inquietação doutrinária.

Não obstante a opinião de alguns doutrinadores que se preocupam com o possível atropelo ao princípio da inércia e vislumbram uma provável “contaminação” do magistrado diante de uma atuação mais ativa em um caso concreto, pode ser de grande valia tal possibilidade, haja vista que em vários casos, a exemplo daqueles que tratam de prestações alimentares, o peticionário tem necessidade e urgência na prestação jurisdicional.

A tutela antecipada de ofício já é uma realidade na jurisprudência brasileira e representa uma forma legítima de o magistrado exercer com liberdade o seu papel constitucional.

A pesquisa contida neste trabalho tem o objetivo de estabelecer, através da fundamentação jurídica, o diálogo sobre a plausibilidade da concessão de ofício da tutela antecipada, abordando o aspecto histórico dela e expectativas futuras, de modo a compreender o desenvolvimento do instituto no ordenamento pátrio e o que lhe é reservado pelo legislador, analisando para tanto o projeto do novo Código de Processo Civil, PLS 166/2010, que tramita no Congresso Nacional.

O instituto da tutela antecipada foi positivado em nosso ordenamento jurídico em 1994 com a edição da Lei nº 8.952 que veio a alterar o artigo 273 do Código de Processo Civil tendo como objetivo central a satisfação total ou parcial da pretensão do autor, através de juízo sumário ou de probabilidade, permitindo, assim, que o magistrado constate a pertinência do pedido e conceda a produção dos efeitos da sentença de procedência.

Deste modo, valendo-se do chamado *poder geral de antecipação*¹, o órgão jurisdicional, através de medidas provisórias e sumárias, antecipa a satisfação do direito afirmado, desde que preenchidos os requisitos exigidos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, dando maior celeridade à prestação jurisdicional, com o objetivo principal de proteger a pretensão, cuja demora do processo pode ocasionar

¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 465.

danos irreparáveis ou de difícil reparação, representando também um método de distribuir o tempo do trâmite, distribuindo o ônus dele de forma igualitária, não fazendo com que autor o suporte exclusivamente.

No primeiro capítulo deste trabalho, o leitor será introduzido na matéria objeto de estudo, sendo contextualizado com a realidade vigente que causa a ineficiência do sistema. Serão ainda apontadas as alternativas buscadas para o combate dos males que o tempo traz ao processo e ainda apontado o problema da eficácia dele.

O segundo capítulo debruça-se sobre o instituto das tutelas de urgência.

O terceiro capítulo abordará a tutela antecipada, bem como as semelhanças e diferenças desta com a tutela cautelar. Analisará ainda a fungibilidade entre estas medidas como forma de, a frente, caracterizá-la como elo de ligação e de identidade entre elas.

O objeto central deste trabalho está no capítulo quarto, o qual procura através da análise de institutos como a garantia do direito de ação, o princípio da inércia da jurisdição, o ativismo judicial, bem como de casos fáticos, proporcionar um ambiente propício para a aceitação do que aqui se defende, que é a concessão *ex officio* da tutela antecipada.

Foi feito, ainda, no capítulo V, um estudo quanto ao tema abordado no PLS 166/2010, projeto de novo Código de Processo Civil que se encontra no Senado Federal para votação.

Por último, chegou-se à conclusão da viabilidade e, inclusive, da necessidade da atuação de ofício do magistrado, de modo que a não permitir que o ônus do processo se inverta devido aos males do tempo.

Capítulo I

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1. A ineficiência do sistema

Inicialmente faz-se necessário explicar que o legislador ao estabelecer regras de direito material destinadas a regular as relações interpessoais também formula regras de conduta que se descumpridas impossibilitam a paz social.

O Estado, da mesma forma como edita regras de conduta, evita que as pessoas busquem, quando em conflito, por seus próprios meios a solução, resolvendo por si mesmas seus problemas através da autotutela.

Esta, conforme ensinamento de Fredie Didier Jr., trata-se da solução do conflito de interesses que se dá pela imposição da vontade de um dos conflitantes, com o sacrifício do interesse do outro². É a solução egoísta e parcial do litígio, na qual o juiz da causa é uma das partes, geralmente a mais forte, com mais poder, de fato (mais força) ou econômico.

O ordenamento jurídico brasileiro, em regra, veda tal solução de conflitos e o tipifica como crime, como ocorre no delito do exercício arbitrário das próprias razões, quando cometido por um particular, e no caso do abuso de poder, quando praticado por agente nomeado pelo Estado³.

Com o objetivo de impedir que as pessoas busquem a justiça por seus próprios meios, concomitante com a função de criar normas de direito material, o Estado possui a função de lhe dar atuação de forma coercitiva e assim eliminar a patologia gerada pelo descumprimento da norma, efetivando a pacificação social.

Trata-se da função jurisdicional que através do processo, seu instrumento, objetiva através de um terceiro, imparcial ao problema surgido, direcionar o direito àquele que tem razão⁴.

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo, efetivando e protegendo

² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 77.

³ *Ibidem*, p.77.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 14.

situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível⁵.

A característica marcante da jurisdição é notadamente a heterocomposição. Esta é uma técnica de solução de conflitos na qual um terceiro estranho e desinteressado à lide determina a pacificação do problema apresentado. Na realidade, na heterocomposição, este terceiro que deve ser imparcial substitui a vontade das partes e determina o deslinde do problema apresentado⁶.

Justamente por chamar para si a responsabilidade de resolver as questões entre as pessoas e assegurar o direito de ação em nível constitucional no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, o Estado se tornou o responsável pelas demandas surgidas devendo promover pacificação social.

Com o notório aumento do número de ações propostas, a grande preocupação tem sido a procura da celeridade e da eficiência dos órgãos deste poder, em busca da efetividade da tutela jurisdicional.

Em livro que trata a respeito das tutelas de urgência, o Desembargador e Doutor em direito processual civil, José Roberto dos Santos Bedaque, elenca alguns problemas que, além do aprimoramento da técnica processual, precisam ser solucionados para trazer maior eficiência à atividade jurisdicional e proporcionar efetividade às decisões.

Em primeiro lugar, pondera que o orçamento estatal deveria destinar maiores recursos financeiros ao Poder Judiciário, uma vez que uma das causas da morosidade do processo brasileiro é o número de juízes abaixo dos padrões ideais. Cita também a necessidade de alterações na estrutura do Poder Judiciário com foco nas regras de competência, afirmando que há comarcas com números irrisórios de demandas enquanto outras encontram-se assoberbadas de processos, impossibilitando a entrega tempestiva da tutela jurisdicional. E como terceiro fator, indica o Estado-administração como o maior litigante, o que, segundo o autor, seria uma forma de postergar o cumprimento de suas obrigações perante os administrados⁷

⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2009, pp. 67-68.

⁶ *Ibidem*, p.68.

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 16.

1.2. A busca por alternativas

O maior inimigo da efetividade da tutela jurisdicional é o tempo, de modo que é direito fundamental o processo sem dilações indevidas.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prevê no artigo 8º, 1, que toda pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável de processo⁸.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu o inciso LXXVIII ao artigo 5º, estabelecendo a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação como direito de todos, tanto em processos administrativos como no âmbito judicial.

Nesta toada, na medida em que o Estado chamou para si a jurisdição e proibiu em regra a autotutela, necessário se é proporcionar ao titular de um interesse aquilo que o direito lhe concede, mas que não foi possível efetivar-se naturalmente. Para tanto, o legislador procurou através de meios substanciais e processuais abrandar o problema, para desestimular atitudes contrárias ao direito e tornar mais rápido o provimento judicial⁹.

Um dos meios utilizados pelo legislador foi o agravamento da obrigação na hipótese de descumprimento, impondo ao devedor inadimplente multa, juros moratórios e as chamadas *astreintes*. Influi, assim, psicologicamente no obrigado, estimulando-o a cumprir voluntariamente o que deve.

Há também meios que objetivam dirimir os prejuízos causados pela patológica duração do processo, dentre os quais se destacam as regras voltadas à preservação do próprio direito, como a suspensão da prescrição do artigo 219 do Código de Processo Civil, a denunciação da lide, na qual o denunciante está autorizado a deduzir incidentalmente no processo seu direito de regresso e ainda a técnica de execução provisória, com a finalidade de antecipar alguns atos materiais

⁸ “Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.(Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969(Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/artigos/texto065.shtml>>. Acesso em: 16 nov. 2011).

⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 20.

de invasão do patrimônio do devedor, ainda que pendente recurso da sentença condenatória.

A possibilidade de sumarização do processo, tornando admissível a tutela jurisdicional através de conhecimento não exauriente, também foi um mecanismo encontrado para trazer maior celeridade.

Há, ainda, casos em que não se justifica a cognição plena e exauriente dos fatos constitutivos do direito material afirmado, pois os escopos de atuação da regra e da pacificação podem ser encontrados com menor esforço.

Um exemplo que dispensa a cognição prévia é a previsão de títulos extrajudiciais, que somente em sede de embargos à execução serão analisados exaurientemente.

Outro meio de se garantir o direito àquele que naturalmente lhe deveria dispor é através das tutelas de urgência, que têm o objetivo de evitar que a demora acarrete dano à parte cujo interesse encontra-se amparado no plano material. Procura através de cognição não exauriente acelerar a eficácia prática da tutela jurisdicional e assim evitar que o tempo, seu maior inimigo, acabe comprometendo sua efetividade.

1.3. O problema da eficácia: definitividade e provisoriedade

A tutela jurisdicional oferecida pelo Estado-juiz pode ser definitiva ou provisória. A primeira obtida com base em cognição exauriente na qual o juiz aprofunda a análise acerca do objeto do processo, garantindo o devido processo legal e a segurança jurídica¹⁰.

A tutela definitiva pode ser satisfativa ou não-satisfativa.

A primeira objetiva garantir àquele a quem pertence o direito material o bem da vida almejado, sob litígio. Como exige a análise profunda do objeto do processo, se prolonga no tempo e atrasa a prestação jurisdicional.

Diante deste empasse, deu-se a criação da tutela não-satisfativa, que objetiva simplesmente assegurar o resultado útil de um processo que está em curso

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2009, p.451.

ou que estará em curso, e neutralizar os efeitos maléficos do tempo¹¹. Esta é a tutela cautelar.

As tutelas cautelares são notadamente instrumentais, uma vez que são meios de preservação do direito material e do resultado útil do processo. E ainda, não obstante serem definitivas são temporárias.

Como mencionado, o fato de serem consideradas definitivas, não exclui a possibilidade de serem temporárias, uma vez que tais conceitos não se confundem. A definitividade se refere à própria decisão e, conforme Ovídio Baptista da Silva, o provisório tende sempre a ser trocado pelo definitivo. Já a temporariedade, é um efeito, por incrível que pareça, definitivo, no sentido de que nada virá a substituí-la, não obstante seus efeitos serem limitados no tempo e com tendência à cessação¹².

Destarte, a decisão em sede de tutela cautelar é definitiva, uma vez que jamais será substituída por uma definitiva, que a confirme, modifique ou revogue.

Objetivando dirimir a patologia trazida pelo tempo ao processo, foi criada a tutela provisória (lembrando que o provisório tende a ser trocado pelo definitivo no futuro), caracterizada por ser uma tutela mais rápida, incisiva e agressiva, uma vez que permite o gozo antecipado e imediato dos efeitos próprios da tutela definitiva que ainda virá a ser proferida no futuro¹³.

¹¹ *Ibidem*, p. 452.

¹² SILVA, 2006 *apud* DIDIER JR., BRAGA, & OLIVEIRA, 2009, p. 452

¹³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2009, p.455.

Capítulo II

NOTÍCIA HISTÓRICA SOBRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

2.1. Tutela cautelar

Segundo o Desembargador José dos Santos Bedaque, no direito romano havia dois sistemas de processo civil. O primeiro consistia em ordens emitidas pelo magistrado, impondo certo comportamento a uma pessoa privada, a pedido de outra. Esta forma de tutela, emanada do poder de *imperium* do magistrado, abrangia a grande maioria das relações da vida, envolvendo direitos absolutos.¹⁴

O outro sistema de processo civil era o relacionado aos direitos obrigacionais e eram amparados pela *actio*, com juízo privado¹⁵.

No primeiro dos sistemas era possível a obtenção de ordem liminar, inclusive sem a presença da parte contrária e mediante cognição sumária das afirmações do autor. Já no outro deveria haver pleno contraditório, não sendo possível a emissão de mandado e a atividade cognitiva era privada.

Segundo o mesmo autor, a unificação dos sistemas veio com a extinção do processo formulário no Baixo Império e com a publicização total da *actio*. Assim, os interditos passaram a receber a denominação de ações, visto que o procedimento se desenvolvia perante o pretor, eliminada a fase particular¹⁶

O processo sumário, voltado para casos mais urgentes tem origem, portanto, no interdito romano da época clássica.

Uma vez existentes esses dois sistemas de processo, um em que a autoridade expedia mandado liminar e o outro caracterizado pelo contraditório entre as partes, o equilíbrio entre eles dependia de fatores sociais, de modo que a concepção individualista de processo fosse compatível com o procedimento mais lento, enquanto que a preocupação com o interesse público atingiria a busca por técnicas mais sumárias de resolução de conflitos.

Portanto, os interditos romanos são apontados como antecedentes da tutela cautelar, uma vez que se assemelham às tutelas provisórias atuais.

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

¹⁵ *Ibidem*, p.30.

¹⁶ *Ibidem*, p.31.

A ideia da tutela cautelar vir a conferir efetividade a outra tutela jurisdicional tem referência também no direito romano, mais especificamente na Lei das Doze Tábuas, na qual se encontra menção a duas modalidades de tutelas autônomas que se assemelham às cautelares: a *addictus* e a *nexus*.

Na primeira o devedor era mantido em cárcere pelo período de sessenta dias pelo credor, numa tentativa de garantir o adimplemento da obrigação. Uma vez paga a dívida, readquiria a liberdade. O inadimplemento transformava a medida cautelar em executiva, podendo o devedor ser vendido e reduzido à condição de escravo¹⁷.

A segunda medida se aproximava a uma medida cautelar, pois o devedor se submetia ao credor e era liberado após pagar a dívida com seu labor.

Na época clássica das *legis actiones* havia medidas aparentemente cautelares, como na *legis actio sacramenti*, que tinha a *vas*, medida esta que garantia o comparecimento do réu e os *praedes sacramenti*, medidas que asseguravam o cumprimento da aposta¹⁸.

Outra medida semelhante foi apresentada pelo *vindex* na *legis actio per manus inicionem*, na qual o devedor deveria dar garantia de solvabilidade e se rejeitada, seria condenado em dobro.

Além das medidas cautelares citadas, havia ainda entre as pretorianas a *operis novi nuntiatio* e a *cautio damni infecti*. A primeira consistia em inibir o proprietário de concluir a obra iniciada e a segunda, que era fundada no *imperium* do pretor, era prevista uma fase cautelar convencional.

2.2. Tutela antecipada

A demora no processo sempre beneficia quem não tem razão. Sabidamente, o mestre Francesco Carnelutti já atentava que *o valor que o tempo tem no processo é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não seria demasiadamente advertido comparar o tempo a um inimigo contra o qual o juiz luta sem descanso*¹⁹.

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33.

¹⁸ *Ibidem*, p.33.

¹⁹ *In: Derecho y Proceso*. Trad. Esp. De Santiago Sentis Melendo, p. 412 *apud* Câmara, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, vol. 1, p.2.

Não é atual a preocupação que se tem com a demora da prestação jurisdicional.

No direito romano clássico existiam medidas provisórias que para serem concedidas bastava o mero pressuposto de serem as alegações tidas por verdadeiras²⁰.

Segundo Castelo, foi no final da revolução francesa que se tornou insaciável a busca pela certeza do direito, uma vez que nesta fase a magistratura passava por período de desconfianças. Esta era uma época em que a literal aplicação da lei se mostrava um remédio contra as arbitrariedades do Estado tirano, e garantia a segurança à sociedade e à propriedade privada. Época na qual necessário se fazia a análise exaustiva das provas, através do procedimento ordinário a garantir a imparcialidade do juiz²¹.

Com o passar do tempo, a necessidade de soluções mais céleres tornou-se inafastável e nasceu, assim, a construção doutrinária de Calamandrei, iniciando-se a execução cautelar satisfativa, dada antes do juízo de certeza.

A tutela antecipada já era regulada pelo ordenamento pátrio há algum tempo, no entanto, estava autorizada apenas nas hipóteses discriminadas pelo ordenamento jurídico.²²

De acordo com o artigo 928 do Código de Processo Civil, o juiz pode deferir a liminar para imediato exercício da posse, em ações possessórias. Outro exemplo é o do artigo 670 do Código de Processo Civil, o qual permite ao magistrado deferir a alienação antecipada de bens penhorados, em caso de manifesta vantagem ou de possibilidade de depreciação. Os artigos 59 e 68, II da Lei nº 8.245/91 vislumbram a tutela antecipada ao permitirem a liminar de despejo e a fixação provisória de aluguel, quando ainda pendente a ação revisional.

O instituto ainda se faz presente na Lei nº 7.646/87, artigo 39, §4º referente à proteção da propriedade intelectual em casos de programas de computador e no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.036/91, em seu artigo 84, §3º, o qual autoriza a concessão de liminar de tutela se relevante o fundamento da demanda e se houver justificado receio de ineficácia do provimento final.

²⁰ LOPES, Cristina Bella. *Atividade jurisdicional de ofício em sede de tutela antecipada na Justiça do Trabalho*. Juiz de Fora: UFJF, 2005. 12 p.

²¹ CASTELO, 2003 *apud* LOPES, 2005, p.13)

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, Vol 3.

A doutrina e a jurisprudência entendiam tais medidas como cautelares, no entanto, de cunho satisfativo, vindo assim a desvirtuá-las, pois como visto, possuem característica instrumental, voltam-se simplesmente a garantir o resultado útil de um processo já instaurado ou a instaurar.

A dinâmica interposta ao instituto acabou levando o legislador em 13 de dezembro de 1994 a modificar a redação original do artigo 273 para instituir a sumarização do processo, de modo que a da tutela antecipada então instituída teve nítido objetivo de regular os excessos que vinham sendo cometidos com o emprego indiscriminado e fundado no poder geral de cautela, das chamadas cautelares inominadas satisfativas.

Capítulo III

O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA

3.1. Considerações introdutórias

O que se observa na realidade pretoriana é a ocorrência de certa desilusão e até desesperança do jurisdicionado que precisa recorrer ao judiciário, o que leva muitos a resolução dos conflitos, não de modo autotutelar, mas de modo alternativo, através de acordos. Outros sequer reivindicam seus direitos, ao argumento de que a justiça além de demorada é cara, o que lhe tiraria a viabilidade.

Não se pode negar que são realmente desalentadoras as notícias que frequentemente mostram as secretarias de muitos tribunais no país abarrotadas de processos, vizinhos que litigam anos a fio no judiciário em busca de solução de problemas que vão corroendo suas vidas aos poucos, de indenizações que somente às gerações futuras serão pagas, notícias estas que de fato desestimulam as pessoas fazerem valer seus direitos, que mostram que o Estado como centralizador e articulador da jurisdição está sendo incapaz de promovê-la da forma adequada e, portanto, justa.

Como já mencionado, uma das causas da ineficiência do sistema é, paradoxalmente, a ampliação do acesso à justiça – o que acabou aumentando o número de demandas e dificultando a celeridade do processo, causando a descrença nele.

Com o fim de contornar tal dificuldade a tendência tem sido o ajuste da legislação na tentativa de impedir a inversão da justiça e a patologia trazida pelo tempo no processo.

O legislador processual brasileiro através da reforma no que se refere à antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, que alterou o artigo 273 do Código de Processo Civil em 1994, mostra o objetivo de devolver a crença acerca da eficiência da jurisdição estatal.

O poder geral de cautela insculpido no atual artigo 798 do Código de Processo Civil, foi abusivamente utilizado como técnica de sumarização da tutela jurisdicional definitiva, pois deveria representar tão somente um mecanismo excepcional de segurança diante da necessidade de se garantir a utilidade do resultado útil do processo naqueles casos em que não houvesse situação

especificada na legislação. A desvirtuação do poder geral de cautela, infringia princípios constitucionais, dentre eles o do devido processo legal, já que concedia-se solução irreversível e satisfativa ao conflito (“cautelares satisfativas”, conforme Didier Jr.).

Com a alteração do artigo 273 do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei nº 8.925, de 13 de dezembro de 1994, o legislador processual então saneou tal problema, positivando a solução excepcional da antecipação de tutela a todas as situações sujeitas ao processo cognitivo, desde de preenchidos os requisitos elencados na norma. Houve uma generalização, e não uma criação, uma vez que tal regra já era prevista em procedimentos especiais.

Possibilitou, então, de forma genérica, a concessão de decisões antecipatórias de efeitos do provimento pleiteado, toda vez que tal medida se mostrasse necessária para assegurar a utilidade da prestação jurisdicional ou aconselhável ante o manifesto propósito protelatório do réu²³.

Foi a partir da sistematização que passou-se então a distinguir, conforme Didier Jr., o poder geral de cautela do poder geral de antecipação. O primeiro é aquele atribuído ao magistrado para conceder medidas provisórias e urgentes de natureza cautelar, mesmo que não previstas em lei, desde que presentes os requisitos do *fumus boni juris e periculum in mora*. O outro é aquele conferido ao órgão jurisdicional para conceder medidas provisórias e sumárias que antecipassem a satisfação do direito afirmado, quando preenchidos os pressupostos legais do artigo 273 do Código de Processo Civil²⁴, permitindo que se adiantasse no tempo os efeitos da futura sentença favorável.

A antecipação dos efeitos da tutela tem a nítida característica de conferir efetividade à função jurisdicional, adiantando no tempo os efeitos que, segundo Didier Jr., Braga e Oliveira, provoquem ou impeçam mudanças no plano fático, chamados de *efeitos fáticos ou sociais da tutela*. Estes, ainda segundo os autores, são os que comportam execução da prática de atos materiais²⁵.

²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 302.

²⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 465.

²⁵ *Ibidem*, p. 480.

Para a concessão da antecipação de tutela, a sentença deve ser favorável. Para tal verificação, o juiz se utiliza da cognição sumária também chamada pela doutrina de não exauriente ou de probabilidade.

Constitui esta uma técnica base das tutelas de urgência. Técnica processual destinada, como assevera Bedaque, a evitar o risco de dano para o direito da parte, ante a demora para a obtenção da tutela jurisdicional pela via comum²⁶.

O que se denota da utilização desta técnica é que mediante a ponderação de valores o legislador preferiu permitir ao operador a utilização de uma ferramenta que, desde que preenchidos determinados requisitos legais, utiliza-se de um juízo de verossimilhança, de probabilidade, não de certeza, não obstante estar, deste modo, comprometendo as garantias inerentes à cognição plena. Dispensa-se, então na hipótese da liminar *inaudita*, o contraditório antecipado, deixando o exercício da ampla defesa para momento posterior.

Em primeiro plano a cognição exercida pelo magistrado é sumária e cabendo posteriormente àquele que suportou os efeitos do provimento sumário a iniciativa para que a cognição plena se realize.

3.2 Tutela antecipada e tutela cautelar: semelhanças e diferenças

Partindo da análise anteriormente traçada, tentam-se sistematizar os tipos de tutela jurisdicional, definindo-as inicialmente em dois grupos ou gêneros. O primeiro caracteriza-se por produzir resultados que, em regra, são imutáveis e, portanto, suas decisões são definitivas. O segundo gênero de tutela jurisdicional, por outro lado, caracteriza-se pela provisoriedade de suas decisões, uma vez que devem ser substituídas por uma futura decisão definitiva.

A tutela definitiva é concebida “com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo

²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122.

legal, o contraditório e a ampla defesa”²⁷, prestigiando, sobretudo, a coisa julgada material e a segurança jurídica.

Dentro do “gênero” tutela definitiva, como dito, tem-se as “espécies” tutela definitiva satisfativa, que é aquela que tem o objetivo de entregar ou certificar o bem da vida pretendido, e a tutela definitiva não satisfativa, que é a espécie justamente que engloba a tutela cautelar.

A tutela cautelar não visa à satisfação de um direito, se constitui em uma espécie de guardiã de um processo principal, pois assegura que tenha um resultado futuro útil, não frustrado por algum evento.

Como principais características, a tutela cautelar particulariza-se por ser instrumental²⁸ e temporária.

A instrumentalidade quer dizer que a referida tutela se presta tão somente a ser um instrumento, uma ferramenta, um meio de se garantir o direito material e o resultado útil e eficaz do processo principal, esteja ele já em andamento ou ainda a ser proposto.

A temporariedade, por sua vez, faz com que o processo cautelar tenha sua existência condicionada no tempo pela função que deve exercer, ou seja, somente existirá enquanto for apto àquilo que se propõe. Ao fim de sua missão, o processo cautelar desaparecerá e não será substituído por nenhuma outra medida. Ele já cumpriu sua missão, assegurou o resultado útil do processo principal.

Voltando ao “gênero”, ao lado da tutela definitiva tem-se a tutela provisória, que é aquela que dá imediata eficácia à tutela definitiva.

Como a característica marcante deste tipo de tutela é justamente ser provisória, deve-se enfatizar que, ao contrário do temporário, o provisório é sempre preordenado a ser trocado pelo definitivo, que o confirme ou o revogue.

Este “gênero” de tutela é fundado em cognição sumária, que, como já visto, se sustenta em uma análise superficial, dinâmica da causa.

A tutela provisória por excelência é a tutela antecipada²⁹.

²⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 451.

²⁸ Segundo Luiz Guilherme Marinoni, antes da alteração da lei processual em 1994, devido ao uso frequente da cautelar inominada para a concessão do bem da vida e não somente do resultado útil do processo, a doutrina passou a falar na perda do caráter instrumental da tutela cautelar. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 125).

²⁹ Luiz Guilherme Marinoni ramifica a tutela antecipada em duas espécies. A primeira é a tutela antecipada *stricto sensu* e a outra é a tutela antecipada interinal. Esta última constitui antecipar

Outro traço distintivo entre a tutela cautelar e a tutela antecipada constitui nos pressupostos exigidos para a sua concessão.

Aparentemente a tutela antecipada possui maior rigor quanto a sua concessão, pressuposto este até que coerente devido à cognição sumária utilizada para seu deferimento pelo magistrado. Com efeito, se o juiz analisará a demanda de forma não exauriente e ainda conferirá a quem requereu a antecipação aquilo que ordinariamente só ao final deveria conferir, realmente impõe-se maior responsabilidade sobre seus ombros, daí a necessidade de pressupostos mais veementes sobre a veracidade do alegado, advindo a exigência da prova inequívoca ensejadora da verossimilhança das alegações.

Esta se consubstanciará quando o contexto da cognição sumária, revele uma verdade na qual o magistrado acredite, que o leve ao entendimento de que a concessão da antecipação naquele caso é menos perigosa que a não concessão. Segundo Didier Jr., Braga e Oliveira, não é aquela prova irrefutável, totalmente segura, inarredável, mas sim uma prova robusta, que conduza o magistrado a decidir com coerência³⁰.

Barbosa Moreira, neste mesmo sentido, afirma que a prova inequívoca quer dizer exatamente não ser equívoca, errada, ambígua³¹. Deve, portanto, ser entendida como meio de prova e não como grau de convicção do magistrado.

O *fumus boni iuris* exigido pelas cautelares, por outro lado, é menos rigoroso, tanto que o nome faz referência à fumaça, que se concebe por ser algo não muito espesso, por sua vez, efêmero.

Vicente Greco Filho, no que diz respeito ao *fumus boni iuris*, leciona:

O *fumus boni iuris* não é um prognóstico de resultado favorável no processo principal, nem uma antecipação do julgamento, mas simplesmente um juízo de plausibilidade, perspectiva essa que basta para justificar o asseguramento do direito.³²

tutela que suponha constituição, declaração ou a desconstituição. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.130)

³⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 488.

³¹ MOREIRA, 2001 *apud* DIDIER JR., BRAGA & OLIVEIRA 2009, p. 488-489.

³² FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, vol. III, 13ª ed., p. 76.

3.3. A Fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipação satisfativa

Importante inovação trazida em 2002 pela Lei nº 10.444 foi o § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Através de sua redação tal artigo permitiu que se o autor a título de antecipação de tutela requeresse providência de natureza cautelar, seria possível ao juiz, desde que preenchidos os pressupostos, deferir tal medida cautelar em caráter incidental.

Ficou, portanto, instituído o princípio da fungibilidade, o que consagrou a identidade entre ambas as modalidades de tutela de urgência e provisória.

Para os autores Didier Jr., Braga e Oliveira não se trata rigorosamente de um caso de fungibilidade entre tutela cautelar e tutela antecipada, uma vez que possuem naturezas distintas, uma configurando tutela jurisdicional definitiva e outra uma técnica de tutela³³.

Para eles, o que o inovador § 7º do artigo 273 permitiu foi que uma vez formulado o pedido de tutela antecipada satisfativa, seria possível, se preenchidos os pressupostos, ser concedido o pedido de tutela antecipada cautelar, tudo dentro de um único processo de conhecimento, fator este que esvaziaria a função da cautelar autônoma.

Quanto a esta fungibilidade, claramente influenciada pelo trabalho de Humberto Theodoro Jr, o autor entende que a fungibilidade somente poderia ser regressiva, ou seja, de um procedimento com pressupostos mais rigorosos, como a tutela antecipada, para um procedimento com pressupostos menos rigorosos, como a tutela cautelar.

Todavia, para outros autores como Cândido Dinamarco e José Roberto dos Santos Bedaque, o contrário também está autorizado. Assim, feito um pedido a título de medida cautelar, poderá o juiz, se entender cabível, conceder a medida a título de antecipação de tutela.

O aplicador do direito deve, na verdade, se inspirar no princípio da instrumentalidade das formas - princípio este que deve estar a cada momento mais presente no direito, como forma de busca da desburocratização e celeridade tão

³³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 468-469.

necessárias ao atual quadro processual brasileiro – cabendo ao magistrado conceder a medida mais adequada à situação dos autos, pouco importando eventual equívoco quanto ao requerido pela parte, mas sendo, sim, de suma importância, a atuação no resguardo do direito ou na sua concessão.

Ainda na lição de José Roberto dos Santos Bedaque “a adequação a ser feita deve ser da própria medida, devendo deferir aquela que mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final”. Tal raciocínio decorre da lógica do sistema das tutelas provisórias e instrumentais³⁴.

O que se defende aqui, portanto, é que, não obstante o texto legal do artigo 273 de modo expreso trazer “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar [...]”³⁵, ou seja, somente no caso de antecipação de tutela para providência de natureza cautelar ser prevista a fungibilidade, o contrário também deve ser admitido. Conforme salienta Marinoni: “Este parágrafo, ao aceitar a possibilidade de confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, frisa a diferença entre ambas. Isto por uma razão de lógica básica: somente coisas distintas podem ser confundidas”³⁶.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni também defende a possibilidade da fungibilidade progressiva, afirmando que uma vez aceita a possibilidade de requerimento de tutela cautelar em processo de conhecimento, seria possível a admitir a concessão da tutela antecipatória ainda que postulada com o nome de cautelar, desde que houvesse dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela a ser requerida.

Com efeito, o objetivo do princípio da fungibilidade é justamente trazer maior celeridade, menor burocracia ao processo e assim evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento da tutela de urgência.

Para efeito de ilustração, deve-se observar que a jurisprudência também admite a fungibilidade chamada por Didier Jr., Braga e Oliveira de fungibilidade de mão dupla, ou seja, aquela através da qual que tanto pode ser

³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 418.

³⁵ BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. *Código de processo civil*. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/Lei%205.869973?OpenDocument>. Acesso em: 19 outubro de 2011

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.131.

concedida a tutela antecipada quando requerida tutela de natureza cautelar, quanto o contrário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - TUTELA ANTECIPADA - FUNGIBILIDADE ENTRE TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR - ART. 273, PARÁGRAFO 7º DO CPC - REQUISITOS CARACTERIZADOS - RECURSO PROVIDO. A Lei nº 10.444/02, que acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 273, estabelece a fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada. Assim, demonstrados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão, ou não, da medida cautelar, pois tem o dever de concedê-la, mormente quando a parte demonstra que não pretende ficar inadimplente, ao requerer o depósito de quantia incontroversa, assegurando, assim, ainda que parcialmente, o direito creditório da requerida.³⁷

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. SUSTAÇÃO DE PROTESTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PRETENSÃO. POSSIBILIDADE. ART. 273, § 7º,. Faz-se possível deferir, em sede de ação cautelar, medida de cunho satisfativo consistente na sustação de protesto de título, em face da fungibilidade existente entre medida cautelar e medida antecipatória. Interpretação do art. 273, §7º, do Código de Processo Civil. Recurso especial provido.³⁸

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Acórdão de Agravo de Instrumento* nº 1.0024.08.232237-1/001 da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte, 12 de janeiro de 2010.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão de Recurso Especial* nº686209 RS 2004/0111329-9 da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 03 de novembro de 2009.

Capítulo IV

CONCESSÃO EX OFFICIO DA TUTELA ANTECIPADA

4.1. Garantia constitucional do direito de ação

O direito de ação é na realidade o direito de acesso ao Poder Judiciário e à justiça, o direito de submeter a demanda à análise da jurisdição estatal.

O vocábulo ação possui várias acepções, dentre elas, uma primeira que deduz tal como o próprio direito material violado.

Em outra acepção significa o ato de provocar a jurisdição, portanto, direito ao processo, a pretensão que se exerce contra o Estado para que ele preste justiça.

Há ainda o entendimento no qual ação seria o exercício do direito abstrato de agir, acepção esta sinônima de demanda.

O texto constitucional de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, garantiu a todos de forma ampla e genérica o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado e assim, retirá-la da sua inércia. Igualmente coloca Fredie Didier Jr:

Trata, o dispositivo, da consagração, em sede constitucional, do direito fundamental de ação, de acesso ao Poder Judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição. Ao criar um direito, estabelece-se o dever – que é do Estado: prestar a jurisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro³⁹.

No entanto, o grande desafio do texto constitucional é garantir ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito⁴⁰” que o acesso à justiça não seja a mera formulação de um pedido ao Estado-Juiz, mas sim o dever constitucional do juiz de prestar adequada e satisfatoriamente a tutela jurisdicional, que tal demanda proposta seja analisada sob o prisma do devido processo legal, com todas as garantias a ele inerentes. É dizer

³⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 88.

⁴⁰ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ainda em outros termos, segundo Carlos Henrique Bezerra Leite, “a ninguém é permitido impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão⁴¹”.

O devido processo legal, conforme Daniel Amorim Assumpção⁴², é um supraprincípio ou princípio base norteador de todos os demais que devem ser observados no processo, tais como o contraditório - no sentido de o litigante ter informação do que esta acontecendo dentro do processo (as partes têm que ser comunicadas de todos os atos processuais) e de ainda poder influir naquilo, de modo que deve-se abrir para elas a oportunidade de reação; a motivação das decisões, insculpido no artigo 93, IX da Constituição Federal, princípio no qual todas as decisões proferidas em processos judiciais ou administrativos devem ser exteriorizadas, de modo que cabe aos julgadores a obrigação de exteriorizar as razões de suas decisões; a isonomia processual, princípio que tenta garantir dentro do processo a “paridade de armas” e assim o juiz demonstrar a sua imparcialidade; como também da publicidade dos atos processuais, fator que proporciona o controle e a fiscalização daqueles que são incumbidos para julgar seus semelhantes, bem como dos advogados que ali litigam, do membro do Ministério Público e até mesmo das partes.

Tais regras, portanto, destinam-se a estabelecer os alicerces do direito processual brasileiro e, conseqüentemente, a dar efetividade para produzir resultados úteis a todos que necessitarem de recorrer à atividade jurisdicional do Estado.

4.2. Princípio da inércia de jurisdição, o ativismo judicial e a possível contaminação do juiz

A inércia é um conceito da física segundo o qual as matérias de resistem às modificações de seu estado de movimento ou de repouso. Tal conceito foi importado para o direito processual para ilustrar uma característica da jurisdição.

Como mencionado acima, a Constituição Federal garante a todos o direito de submeter sua demanda ao Estado-Juiz, ou seja, o acesso à jurisdição. O próprio Estado proibiu a autotutela e centralizou sob seu manto a responsabilidade

⁴¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011, p. 62.

⁴² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. Ed. São Paulo: Método, 2010.

de resolver os problemas entre as pessoas como um terceiro imparcial e desinteressado.

Tal princípio, também chamado de princípio da demanda ou dispositivo, é previsto legalmente no artigo 2º do Código de Processo Civil, que diz “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais⁴³”.

Então, com o fito de superar a regra da inércia da jurisdição, o Estado conferiu a todos o direito de provocar a sua atividade jurisdicional e ter acesso às regras do devido processo legal. É dizer que no sistema processual brasileiro vale o apotegma romano *nemo iudex sine actore*⁴⁴.

Não obstante o princípio da inércia, de suma importância dentro do Estado Democrático de Direito é o princípio do ativismo judicial. Tal princípio confere ao magistrado uma postura mais atuante dentro do processo, de modo a não compatibilizar-se simplesmente como um aplicador da lei ao caso concreto, mediante a simples subsunção da norma ao fato. Nas palavras de Evandro Gueiros Leite, ministro aposentado do STJ⁴⁵:

O ativismo condiz, pois, com a contextualidade do Direito Processual Civil, no pertinente à atividade jurídica e à ação judiciária: atuação de um poder (política); função do *jus dicere* (finalidade); processo e organização (instrumentalidade). Dentro desse quadro, o estudioso pode aderir a um novo princípio de legitimidade ou a uma nova ideia de direito, com o juiz como figura principal (...). O ativismo do juiz atua sobre o comportamento deste no processo, em busca de um direito judicial, menos submisso às leis ou à doutrina estabelecida e às convenções conceituais. Não importa numa simples, embora ágil, aplicação da norma e que a deixe inalterada. Nem é atitude voluntariosa, mas tomada de consciência no presente e diretriz de decisões futuras.

Vale dizer, a postura ativa, interessada do magistrado é necessária dentro do processo, não findando o juiz como mero receptor de fatos trazidos aos autos pelas partes.

⁴³ BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. *Código de processo civil*. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/Lei%205.869973?OpenDocument>. Acesso em: 19 outubro de 2011.

⁴⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011, p. 68.

⁴⁵ *Ibidem*, p.67.

Outra razão justificadora de uma postura proativa do juiz é no que diz respeito à amplitude da lei.

A atividade legiferante se caracteriza pela produção de normas gerais e abstratas. No entanto, por mais competente que sejam os legisladores (rassalte-se, escolhidos pelo povo) as normas produzidas podem não se encaixar aos casos concretos. Aí, então, o trabalho do magistrado em interpretá-las, contextualizando-as.

O principal objetivo deste trabalho é analisar um destes pontos conflituosos que a lei não trouxe de maneira clara e a doutrina ainda não possui uma posição retilínea, mas que, como se verá, mediante o caso concreto é importante a sua aplicação, que é a concessão da tutela antecipada de ofício.

Todavia, deve-se primeiramente arguir acerca da postura ativa do magistrado quanto à concessão *ex officio* da tutela antecipada e a sua provável contaminação.

Primeiramente, deve-se asseverar que a legislação processual civil ao tratar da antecipação de tutela, deixou de modo expresso no artigo 273 que “o juiz poderá, a **requerimento da parte**, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial [...]”⁴⁶. A partir da simples leitura deste artigo, muitos já rechaçam a possibilidade em qualquer caso da concessão da tutela antecipada por livre iniciativa do magistrado, uma vez que o texto legal é claro ao exigir o requerimento da parte.

Há, ainda, os que se utilizam do argumento no qual o agir do juiz de ofício concedendo a antecipação violaria o princípio dispositivo, e, portanto, ele seria contaminado, no sentido de não poder mais ser considerado um terceiro imparcial, uma vez que concedeu de forma satisfativa algo que não fora pleiteado. Por este fato estaria a parcialidade do magistrado comprometida?

A resposta para tal pergunta é não, a imparcialidade do juiz não estará abalada.

Deve-se salientar que, primeiro, o juiz com esta atitude não tomou partido de uma das partes, mas simplesmente agiu para promover o texto constitucional, uma vez que tal atitude é perfeitamente condizente com a defesa do

⁴⁶ BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. *Código de processo civil*. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/Lei%205.869973?OpenDocument>. Acesso em: 19 outubro de 2011

princípio da ação. Conforme o Juiz Federal George Marmelstein Lima, em excelente artigo sobre o tema:

Estamos vivendo a terceira geração (ou dimensão) dos direitos fundamentais. Por esse motivo, o direito (fundamental) de ação perde aquele caráter negativista de alhures e algures, onde seria apenas um comando proibitivo ao legislativo (*a lei não excluirá*), para alcançar uma acepção positivista (afirmativa), abraçada ao princípio da igualdade e da solidariedade, e que gera ao Estado, em sentido amplo – aqui incluído o juiz-, o dever irrecusável (de cunho positivo) de prestar adequada e satisfatoriamente a tutela jurisdicional, mesmo que, para isso, tenha de agir ao léu das veleidades legais⁴⁷.

É dizer, o juiz concedendo no caso concreto a antecipação de tutela mesmo sem requerimento da parte como preceitua a lei, não está sendo imparcial, mas sim, cumprindo seu papel como defensor dos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da garantia fundamental da ação. Nos dizeres do citado Geoge M. Lima:

[...] o juiz, no atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis para concretizar um dado direito fundamental (no caso, o direito à tutela efetiva ou à ação), pode (e deve) atuar independentemente e mesmo contra a vontade da lei infraconstitucional, pois, para efetivar os preceitos constitucionais, não é preciso pedir licença a ninguém, muito menos ao legislador⁴⁸.

4.3. A concessão *ex officio* da tutela antecipada – casos tópicos

Conforme analisado acima, a atuação do magistrado quando concede *ex officio* a tutela antecipada não se encontra inviabilizada, uma vez o juiz deve pautar sua atuação na Constituição, garantindo efetividade ao processo.

⁴⁷ LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Revista CEJ, Brasília, n. 19, p. 90-93, 2002.

⁴⁸ *Ibidem*.

Para tanto, elenca-se alguns casos em que se mostra nítida a necessidade da atuação de ofício do magistrado devido às características da demanda, da parte ou até mesmo do advogado.

Quando a demanda versar sobre verbas alimentícias - como as decorrentes de benefícios previdenciários ou assistenciais - terá sempre um caráter de urgência, porquanto os demandantes necessitam delas para sua subsistência e de seus familiares, não podem esperar longos anos para a efetivação deste direito. Em casos dessa natureza, o pedido de antecipação de tutela não precisaria ser expresso, pois está implícita sua urgência, principalmente quando presente no polo demandante pessoa idosa ou hipossuficiente, muitas vezes sem condições de ser representada por um bom advogado, e aquele porque sua condição natural o exige, uma vez que já idosa não poderia esperar anos a fio por uma solução demorada e ainda necessitando daquela verba para sua subsistência. Ademais, cabe ressaltar que esta é uma medida prevista na Lei nº 5.478/1968, que em seu artigo 4º dispõe que *ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor*⁴⁹.

Citada por George M. Lima em seu artigo, outra situação que permite a antecipação de tutela sem o expresso requerimento da parte seria quando o advogado é despreparado e deixa de requerer a medida, sendo dever do juiz concedê-la de pronto.

Nos casos dos juizados especiais cíveis e na justiça do trabalho em que há o *jus postulandi* da parte, seria também desnecessário o requerimento expresso da antecipação de tutela.

O *jus postulandi* é o princípio pelo qual se faculta a alguém de postular perante alguns órgãos do judiciário sem a representação de advogado, uma vez que, regra geral, somente a este é concedido a capacidade postulatória.

Nestes casos, qualquer exigência mais formalista consistiria em exagero por parte do magistrado, uma vez que o objetivo da ampliação do *jus postulandi* tem a finalidade precípua de facilitar o acesso a justiça e para que tal seja alcançado necessário que se facilite também os ritos procedimentais, privilegiando a instrumentalidade das formas. O juiz tem papel fundamental nesta empreitada, uma

⁴⁹ BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. *Código de processo civil*. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/Lei%205.869973?OpenDocument>. Acesso em: 19 outubro de 2011

vez que ele sim é um *expert*, que pode e deve orientar a parte postulante, sanando sempre que necessário as atecniais cometidas por elas.

Qualquer comportamento excessivamente formalista por parte do juiz não seria legítimo, afinal a atenção à forma que não atenda ao ideal da instrumentalidade, na imagem de Liebman, não passará da mais solene deformação. Ou, como afirma Portanova, *nestes tempos de preocupação publicista e social do direito em geral e do processo em particular, o princípio da ação está a desafiar o processualista moderno. Não se pode esquecer que o pobre, por exemplo, desconhece seus direitos. Quando os intui, muitas vezes têm dificuldade de expressá-los. Assim, conseguir ter acesso ao Judiciário cível é, para o pobre, uma grande conquista. Contudo infelizmente, acabam representados por advogados pouco preparados ou ainda em preparação. Assim, seja por defeito de forma ou por desconhecimento do fundo, muitas vezes o verdadeiro direito do pobre só vai aparecer ao longo do processo. E é claro, não raro estará fora do pedido inicial. Nesses casos, o jurista está desafiado a informalizar de tal modo o processo e amenizar o princípio a ponto de iniciada a demanda, seja viabilizado chegar-se com sucesso ao atendimento do real bem da vida pretendido pelas partes, independentemente dos limites do pedido*⁵⁰.

Outra hipótese na qual vem sendo admitida a concessão de ofício da tutela antecipada é quando nos feitos previdenciários há conflito de interesses entre a parte e o advogado. Isto ocorre porque o interesse da parte é ter aquele problema solucionado o quanto mais rápido possível, até porque do benefício previdenciário ela depende, como já foi dito, para sua sobrevivência e sustento de sua família. Todavia, o interesse do advogado (frise-se, não de todos) não é conseguir de pronto a satisfação daquele direito, pois o valor da futura execução seria menor e, conseqüentemente, seus honorários calculados com base neste valor também o seriam.

Exigir o expreso requerimento do advogado para a concessão da antecipação, mesmo que patente a verossimilhança das alegações e o perigo da demora, quando a subsistência do querelante está em jogo não seria a medida mais plausível a ser adotada.

⁵⁰ LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Revista CEJ, Brasília, n. 19, p. 90-93, 2002.

Novamente George M. Lima, no artigo supracitado, deu importante relato sobre o tema, demonstrando o quanto importante a atuação de ofício do magistrado para assegurar a dignidade das pessoas e a efetividade do processo:

Tenho me deparado com inúmeros feitos previdenciários em que a antecipação da tutela, de ofício, mostra-se não apenas útil como também fundamental. São processos que tramitam em primeiro grau há cerca de cinco anos e certamente levarão outros cinco anos nas instâncias superiores. Os autores são sempre bem idosos, pedindo uma simples aposentadoria rural por idade, pensão ou amparo assistencial, cujo valor corresponde a tão somente um salário-mínimo. A eficácia do provimento final estaria seriamente comprometida caso seus efeitos não fossem antecipados imediatamente, pois, não obtendo desde logo a tão sonhada aposentadoria, certamente a parte autora já haverá falecido quando a sentença transitar em julgado, o que, infelizmente, ocorre com certa freqüência. Por isso, sempre venho antecipando a tutela quando a verossimilhança é manifesta, demonstrada com farta prova documental e testemunhal do tempo de serviço rural necessário à obtenção do benefício⁵¹.

4.4. A concessão *ex officio* e a fungibilidade

Já analisada acima, a fungibilidade foi uma importante inovação trazida pelo legislador através da inserção do §7º ao artigo 273 pela Lei nº 10.444/2002, que caracteriza por permitir que caso o autor a título de antecipação de tutela requeira providência de natureza cautelar, é possível ao juiz deferir tal medida desde que atendidos os pressupostos.

Dita fungibilidade deve ser de “mão dupla” ou progressiva, o que é admitida por expoentes doutrinadores e acertada jurisprudência que asseveram que ao contrário do expresso pelo § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, é possível também a fungibilidade da cautelar para a tutela antecipada. Isto quer dizer que feito um pedido de medida cautelar, poderá o juiz, se entender cabível, conceder a medida a título de antecipação de tutela, mesmo que os requisitos para a concessão da tutela antecipada exijam maiores esforços para serem comprovados.

⁵¹ LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Revista CEJ, Brasília, n. 19, p. 90-93, 2002

É da fungibilidade que advém a fundamentação para a concessão *ex officio* da tutela antecipada.

Ora, uma vez inserida pelo legislador a fungibilidade entre a antecipação de tutela e as medidas cautelares e aceita a fungibilidade progressiva, ou seja, aceita a fungibilidade partindo-se de uma medida cautelar e chegando-se a concessão da antecipação, não haveria porque não conceder a antecipação de tutela de ofício, uma vez que na medida cautelar isto é legal, tanto que muitos doutrinadores através da fungibilidade defendem a identidade de ambas as medidas, com o fim de que recebam o mesmo tratamento jurídico⁵².

Embora o legislador refira-se somente à possibilidade de substituição da tutela antecipada por cautelar, não pode haver dúvida de que a fungibilidade opera nas duas direções, sendo possível conceder tutela antecipada em lugar de cautelar⁵³.

Vale lembrar que o artigo 797 do Código de Processo Civil autoriza, mesmo que ressalvando ser em casos excepcionais e expressamente autorizados em lei, que o juiz determine medidas cautelares sem a audiência **das partes**. Foi colocada em negrito a expressão das partes para enfatizar que o dispositivo legal permite a concessão, caracterizando inclusive não uma prerrogativa, uma opção do magistrado, mas sim uma obrigação diante da excepcionalidade do caso, e tal concessão é sem a audiência de ambas as partes, ou seja, sem a audiência inclusive da parte que será beneficiada pela medida cautelar.

A partir da interpretação teleológica do artigo acima citado, certifica-se, em primeiro lugar, que a lei autoriza a concessão da medida cautelar sem o expreso pedido da parte beneficiada. Em segundo lugar, uma vez abstrai-se que se autoriza tal ato, não há porque falar em imparcialidade do magistrado. E em terceiro lugar, e o ponto chave da argumentação até então traçada, vem o fato de que existe a fungibilidade, inclusive progressivamente, ou seja, da medida cautelar para a medida antecipatória satisfativa, e havendo até alguns doutrinadores defendendo a identidade de tais medidas, não parece razoável creditar a atuação de ofício do

⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 417.

⁵³ *Ibidem*, p. 418.

magistrado somente quando for conceder a medida cautelar. Conclui-se de flagrante injustiça a impossibilidade da concessão de ofício da medida antecipatória. Ademais esta tende a resguardar direitos ainda mais delicados e urgentes, a exemplo dos relacionados a verbas alimentícias e benefícios previdenciários, cuja urgência se faz pela necessidade da parte de prover seu sustento.

Não há prova mais inequívoca, nem alegação tão verossimilhante, a demora nestes casos pode levar ao dano mais irreparável que o sacrifício ou a perda da uma vida humana, a ser creditados à morosidade da justiça, à inércia do Estado e à omissão de um magistrado.

4.5. Jurisprudências sobre o tema

Reconhece-se que os juízes e tribunais ainda não admitem com constância a tese que aqui se defende. Inclusive, confessa-se, a posição predominante é pelo oposto, pela impossibilidade da concessão da tutela antecipada de ofício, inclusive de eminentes tribunais, como o do Estado de Minas Gerais, do Estado de São Paulo e do Estado do Rio Grande do Sul. Alegam, em sua maioria, a impossibilidade da atuação do magistrado neste sentido, proclamando o princípio inquisitivo (dispositivo, da ação) como o obstáculo para tanto.

Com a devida vênua à opinião destes nobres julgadores, pelos motivos já expostos, reitera-se a posição aqui adotada e defendida. Demonstra-se que apesar de minoritária, já se pode conceber, escassa, porém real jurisprudência neste sentido:

APELAÇÕES CÍVEIS – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PREVIDENCIÁRIO – REVISÃO DE BENEFÍCIOS – EXTINÇÃO (ARTIGO 269, IV, DO CPC) – REFORMA – ANULAÇÃO DA SENTENÇA – ARTIGO 130 DA LEI Nº 8.213/91 – M.P. Nº 1.523-8 – LEI Nº 9.528/97 – INCLUSÃO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – **TUTELA EX OFFICIO** - POSSIBILIDADE I – Há um trabalho publicado pelo Conselho da Justiça Federal, no sentido de que a **tutela** pode ser concedida de ofício pelo magistrado. Na 6ª Turma, da qual fui membro até recentemente, concedíamos antecipação de **tutela ex officio**, em rotina; II – Em havendo o direito, cabível é o provimento antecipado, a fim de que a parte venha fruir do bem da vida, o mais rapidamente possível; III – Ao meu aviso, entender-se o contrário não condiz com a idéia do Processo Justo, na moderna acepção de prestação jurisdicional; IV – Nessa esteira, entende o Min. LUIZ FUX não haver razões para impedir a incoação estatal na antecipação de **tutela**, qualquer que seja a hipótese, eis que, não se deve confundir a neutralidade com omissão e,

tampouco, a imparcialidade com responsabilidade (**Tutela** de segurança e **Tutela** da Evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, página 74); V – **Tutela** antecipada concedida⁵⁴.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AC - APELAÇÃO CIVEL – 286866. Processo Número: 2002.02.01.019114-1. UF : RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data Decisão: 23/03/2004 Documento: TRF-200124794. Relator Desembargador Federal CARREIRA ALVIM. Relator Acórdão Desembargador Federal ANDRE KOZLOWSKI. DJU - Data:13/07/2004 - Página::146.

Capítulo V

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

5.1. Considerações Iniciais

O PLS 166/2010 é o projeto de novo Código de Processo Civil que está em tramitação no Congresso Nacional.

Em linhas gerais, não pretendeu revolucionar a sistemática processual civil vigente, mas buscou melhorias em institutos já existentes, bem como organizar as disposições e inovar no sentido de trazer a modernidade para dentro do processo e dos tribunais, alcançando uma demanda que há muito já vem sendo requisitada pelos operadores do direito, como a sistematização do processo eletrônico através do CNJ e desafogamento do judiciário em primeiro grau através do que se denominou incidente de resolução de demandas repetitivas. Para o professor Arruda Alvim “procurou-se manter o que seria aproveitável do Código vigente e incorporar novidades tendo em vista uma resposta mais atual aos problemas que afligem os operadores do Direito⁵⁵”.

O projeto de novo Código de Processo Civil ainda “ênfatiza desde seu primeiro artigo o valor fundamental da Constituição [...]. Valeu-se, portanto, da concepção de que os códigos devem ser iluminados pelas Constituições⁵⁶”.

Pela estrutura imposta ao projeto, extrai-se a intenção imprimir maior “organicidade e simplicidade à normativa processual civil e ao processo⁵⁷”. Tem como finalidade fazer com que o juiz se preocupe menos com a sistemática processual e volte sua atenção para o direito material.

Outro ponto frisado pelo professor Arruda Alvim é o cuidado tomado pelo projeto quando o assunto é segurança jurídica e estabilidade das decisões, uma vez que procurou incentivar a “uniformidade da jurisprudência e sua estabilidade, e, ao mesmo tempo, conferir maior rendimento (i.e., efetividade) a cada processo, individualmente considerado⁵⁸”.

⁵⁵ ALVIM, Arruda. *Notas sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil*. Revista de processo, São Paulo, Ano 36, n. 191, p. 299 – 318, jan. 2011.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

Quanto à disposição do que poderá ser o novo Código, assim como o vigente, possui cinco livros, porém com distribuição diversa, uma vez que o Livro I contém a *parte geral*, sendo incluídas neste, por exemplo, as matérias referentes à competência, suspeição, impedimentos e provas.

No Livro II, o projeto se refere ao *processo de conhecimento*, incluídos os procedimentos comum e os especiais e a fase de cumprimento de sentença.

Já o Livro III disciplina o projeto sobre a execução, bem como as defesas do executado.

O Livro IV cuida dos *processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais*, onde estão inseridos assuntos como recursos e ação rescisória.

No Livro V, as *disposições finais e transitórias*.

Segundo o professor Arruda Alvim, ao comparar-se o Código vigente como o projeto de novo Código, este se mostra com sistematização muito mais clara e simplificada⁵⁹.

5.2. A tutela de urgência e a tutela de evidência⁶⁰ no PLS 166/2010

No tocante às medidas de urgência e de evidência, comparativamente com o atual Código, o PLS deixa de atribuir natureza típica e procedimento específico a determinadas medidas cautelares. As medidas de urgência, entendidas estas como as cautelares e as antecipatórias serão adequadamente reguladas em conjunto com a tutela de evidência, na *parte geral* do possível novo Código de Processo Civil e não mais em Livro próprio exclusivamente para tal, bem como ocorre atualmente.

Promete ainda a eliminação das cautelares nominadas, observando a tendência contemporânea a partir da qual não se justifica a permanência dentro do sistema vigente de procedimentos cautelares típicos, diante da grande liberdade para decidir adjudicada ao poder Judiciário.

⁵⁹ ALVIM, Arruda. *Notas sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil*. Revista de processo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 36, vol. 191, p. 299 – 318, janeiro 2011

⁶⁰ Conforme o Professor Arruda Alvim: “Em suma, a principal diferença entre a tutela de urgência e tutela da evidência reside no fato que, em relação à tutela da evidência não há a necessidade de demonstrar o *periculum in mora*, tal como ocorre na tutela de urgência, pois se trata de situações em que a evidência do direito já se encontra configurada nos autos”.

O PLS 166/2010 regula a tutela de urgência no artigo 276, abaixo colacionado:

Art. 276. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Já a tutela de evidência está presente no artigo 278:

Art. 278. A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva⁶¹;

Corresponde, portanto, o seu inciso I, ao inciso II do atual artigo 273 do Código de Processo Civil. Já o inciso II acima colacionado tem correspondência no §6º do artigo 273.

Ademais, o novo artigo contará ainda com o inciso III, “a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca”, e ainda o inciso IV, “a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

Para a mestrandia Andrea Carla Barbosa, em estudo sobre a expectativa quanto aos assuntos tutela de urgência e tutela de evidência no novo Código de Processo Civil:

Assim, o que espera o Projeto é que o magistrado, a depender da necessidade concreta de proteção manifestada pelo direito material, defira a medida capaz de atender a tal necessidade, independentemente da via eleita pela parte para a obtenção da providência jurisdicional ou mesmo da própria providência postulada, de asseguarção, em sendo o caso de providência satisfativa e, ao revés, de satisfação, em se sendo mister

⁶¹ BARBOSA, Andrea Carla. *Direito em expectativa: as tutela de urgência e evidência no Projeto de novo Código de Processo Civil. Breves comentários*. Revista de processo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 36, vol. 194, p. 243 – 276, abril 2011.

medida acautelatória, instrumental. É dizer, se o direito deve ter resguardada a possibilidade de sua realização futura, independentemente de ter sido postulada nominalmente tutela antecipada, deve o juiz deferir medida cautelar, por ser medida adequada, e vice-versa. Postulada, em caráter antecedente, medida cautelar, em sendo o caso de satisfazer-se imediatamente o direito, deve o juiz conceder a antecipação de tutela no lugar da cautelar postulada⁶².

Complementa ainda a autora, afirmando que uma vez que o Projeto unifica os requisitos para a concessão das medidas cautelares e antecipatórias, consagra o que a doutrina já afirma existir no Código vigente, que é a fungibilidade em duplo sentido.

E ainda afirma que, de acordo com o artigo 270, que expressa que o *juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause dano grave e de difícil reparação* e, principalmente, o artigo 277, que assevera *em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício*, poderá então o juiz deferir de ofício a medida que reputar adequada à tutela do direito, enfatizando de modo expresso e incisivo o projeto de novo Código de Processo Civil com a posição que aqui é adotada em relação ao Código vigente.

⁶² BARBOSA, Andrea Carla. *Direito em expectativa: as tutelas de urgência e evidência no Projeto de novo Código de Processo Civil. Breves comentários*. Revista de processo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 36, vol. 194, p. 243 – 276, abril 2011.

Conclusão

No decorrer deste trabalho, foi analisado o instituto das medidas de urgência, com ênfase na tutela antecipada que foi o objeto central da dissertação, mais especificamente tema relativo à possibilidade da sua concessão *ex officio* pelo magistrado mesmo sem a expressa anuência do texto legal.

Diante de todo o exposto, percebe-se um dos grandes problemas dentro da temática do processo ocorre em relação à batalha tempo *versus* processo e, conseqüentemente, quanto a sua efetividade.

O atual Código de Processo Civil realmente não faz referência a concessão de ofício pelo magistrado da tutela antecipada, até pelo contrário, em seu texto requer que para tal haja o requerimento da parte.

No entanto, defende-se neste trabalho tal possibilidade, uma vez que a legislação deve se submeter aos preceitos constitucionais, bem como qualquer interpretação dela deve ser feita conforme a lei maior.

Destarte, entende-se a concessão da tutela antecipada é perfeitamente cabível dentro da principiologia constitucional, pois ao não concedê-la o magistrado estaria contribuindo para a deficiência e ineficiência do sistema, estaria em muitos casos injustificando pessoas hipossuficientes, muitas vezes sem condições de contarem com bons causídicos, e ainda estaria colidindo com preceitos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a garantia fundamental de ação, vista não como uma mera proposição de uma lide perante o judiciário, mas como prerrogativa de ter seu direito efetivamente concedido por este poder.

Defendeu-se ainda que a concessão da tutela antecipada de ofício não contamina o magistrado, ele não deixa de ser um terceiro imparcial diante do litígio entre as partes, não toma partido, ele apenas age de modo a promover o texto constitucional.

Quanto à fungibilidade, é o melhor argumento para a defesa de tal posição, uma vez que muito juristas já defendem a identidade entre as medidas de natureza cautelar e as antecipatórias, afirmando que se àquelas é permitida a concessão de ofício nos casos de necessidade ou naqueles em que a legislação autoriza, a estas também deve ser possível, pois mesmo diante das diferenças, o objetivo de ambas as medidas é efetivar o direito.

É interessante notar que o novo Código Processo Civil, caso seja aprovado pelo Congresso Nacional, consagra em seus artigos o que aqui é defendido, mesmo que sob o rótulo de medidas de urgência, que abarcam as medidas acautelatórias e as satisfativas, permitindo nos casos expressamente autorizados por lei e nos excepcionais a sua concessão de ofício.

Referências bibliográficas

- ALVIM, Arruda. *Notas sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil*. Revista de processo, São Paulo, Ano 36, n. 191, janeiro 2011.
- BARBOSA, Andrea Carla. *Direito em expectativa: as tutela de urgência e evidência no Projeto de novo Código de Processo Civil. Breves comentários*. Revista de processo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 36, vol. 194, abril 2011.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Vol 3, 2009.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.
- LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Revista CEJ, Brasília, n. 19, 2002.
- LOPES, Cristina Bella. *Atividade Jurisdicional de Ofício em Sede de Tutela Antecipada na Justiça do Trabalho*. Juiz de Fora: UFJF, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MITIDIERO, Daniel. *Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. Revista de Processo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 36, vol. 194, outubro 2011.