* 1. TUTELA PROVISÓRIA EX OFFICIO

O legislador processual de 1973, rompendo com o dogma da inércia da jurisdição, permitia ao juiz conceder, excepcionalmente, tutela cautelar de oficio.[[1]](#footnote-1) Tal possibilidade encontrava fundamento no art. 797 do Código.[[2]](#footnote-2)

O Código de 2015 não contempla regra semelhante. Resta saber se a providência é admissível, à luz de intepretação sistemática e teleológica.

Como regra geral, a resposta é negativa.

Em primeiro lugar, a indagação deve ser examinada tão somente em relação à tutela provisória de urgência, requerida em caráter incidental. Não há como imaginar a possibilidade de sua concessão de ofício antes de a parte dar início ao processo, ou seja, em caráter antecedente. Prevalece aqui o princípio da inércia, pois só é admissível medida de natureza provisória se destinada a assegurar o resultado final do processo. Se não pleiteada a tutela definitiva, impossível a concessão da provisória. Tanto que, na hipótese de tutela requerida em caráter antecedente, deve o autor indicar expressamente o “pedido de tutela final” (art. 303, c*aput*) ou o “direito que se objetiva assegurar” (art. 305, *caput*).[[3]](#footnote-3)O legislador, aparentemente, condiciona a medida ao pedido da parte (arts. 295, 299).[[4]](#footnote-4)

Além disso, mesmo se considerada a antecipação como cautelar, havia o óbice do art. 797, que apenas admitia a cautela de ofício se houvesse expressa autorização legal.[[5]](#footnote-5)

Por fim, a regra da inércia representa conquista da ciência moderna, pois visa a assegurar o afastamento do juiz dos interesses em conflito, em relação aos quais os poderes de iniciativa do juiz são limitados. Só deve ser aceita a concepção “publicista” do processo, se entendida essa expressão como o poder conferido ao julgador de alcançar resultado próximo da realidade jurídico-material, assegurando às partes a possibilidade de participar efetivamente do contraditório e influir na formação de seu convencimento.[[6]](#footnote-6) Entenda-se verdade real como aquela resultante dos esforços dos sujeitos do processo, inclusive o juiz, para que a realidade seja, na medida do possível, fielmente retratada nos autos. Mais apropriado falar-se em verdade processual, cuja proximidade com a realidade jurídico-material deve ser buscada.[[7]](#footnote-7)

Não se podem excluir, todavia, situações excepcionais, em que o juiz verifique a necessidade da tutela provisória, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada, se existentes provas suficientes de verossimilhança.

Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação *ex officio* do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo.[[8]](#footnote-8)

Esse entendimento, sustentado na vigência da legislação revogada, fica mantido.[[9]](#footnote-9)

Nessa medida, afastar taxativamente a possibilidade de iniciativa judicial no tocante à tutela provisória antecipada pode levar a soluções injustas.

A aceitação do poder de antecipação *ex officio* dos efeitos da tutela, ainda que excepcional, não viola o princípio dispositivo, pois o juiz estará proferindo decisão judicial nos limites do pedido.

Também não se verifica ofensa ao contraditório, uma vez que essa medida tem como característica a provisoriedade e como pressuposto a reversibilidade. Terá a parte contrária, portanto, oportunidade para demonstrar o não cabimento da providência. E o juiz, convencendo-se do equívoco, poderá revogá-la.[[10]](#footnote-10)

O Colendo Superior Tribunal de Justiça adotou esse entendimento na vigência do Código anterior, especialmente se a antecipação visasse à proteção de direito fundamental da pessoa.[[11]](#footnote-11)

* 1. FUNGIBILIDADE ONTEM E HOJE

Na vigência do Código anterior, inovação trazida pela lei 10.444, de 7.5.2002 veio reforçar a ideia da identidade entre ambas as modalidades de tutela de urgência e provisória, seja ela conservativa, seja antecipatória. Tratava-se do § 7o acrescentado ao artigo 273.

Essa alteração revelava a necessidade de aproximação das modalidades de tutela sumária, urgente e provisória, a fim de que recebam o mesmo tratamento jurídico.[[12]](#footnote-12)

Adotou-se, em relação às tutelas de urgência, cautelares ou antecipadas, a regra da fungibilidade, segundo o qual, pode o juiz conceder a medida mais adequada à situação dos autos, sendo irrelevante eventual equívoco do requerente ao formular o pedido.[[13]](#footnote-13)

Tal dispositivo era nitidamente inspirado no princípio da instrumentalidade das formas. Muitas vezes o próprio legislador prevê expressamente a possibilidade de adoção, pelo juiz, de técnica processual distinta daquela pretendida pela parte, por considerá-la mais adequada à situação.[[14]](#footnote-14)

Embora o dispositivo ora examinado fizesse referência somente à possibilidade de substituição da tutela antecipada por cautelar, não pode haver dúvida de que a fungibilidade operava nas duas direções, sendo possível conceder tutela antecipada em lugar de cautelar. Também é preciso deixar claro que a fungibilidade não estava limitada apenas a problemas terminológicos. A adequação a ser feita pelo juiz era da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final. Nada obstava, portanto, que, diante de pedido de antecipação de efeitos, o juiz deferisse tutela meramente conservativa e vice-versa. Esse *duplo sentido vetorial entre as medidas urgentes*[[15]](#footnote-15)sequer necessitaria estar previsto em lei, pois decorre da própria lógica do sistema das tutelas provisórias e instrumentais.

Nessa mesma linha ampliativa da fungibilidade, não parece razoável exigir-se a existência de controvérsia sobre a modalidade de tutela sumária pleiteada pela parte. Em outras palavras, desnecessária à incidência do dispositivo em questão a denominada *dúvida objetiva.* A intenção do legislador, ao prever expressamente a fungibilidade desacompanhada de qualquer exigência, foi facilitar a obtenção dessa modalidade de tutela jurisdicional.[[16]](#footnote-16)

Outra realidade revelada pelo § 7º, reconhecida pelo legislador de 2015, é a desnecessidade de processo cautelar autônomo. Se agora era possível, pela fungibilidade, deferir-se cautelar conservativa em lugar da antecipação requerida no próprio processo cognitivo, não seria admissível a adoção dessa mesma técnica sempre que a parte formule pedido de tutela cautelar incidental? Não estaria eliminada a exigência de ação, processo e procedimentos autônomos para as cautelares conservativas e nominadas? Parece que sim, tornando admissível, de forma genérica, atividades cognitivas e cautelares no processo de conhecimento.[[17]](#footnote-17)

Foi exatamente essa a técnica adotada pelo Código de 2015. Tanto a tutela antecipada, como a cautelar podem ser requeridas incidentalmente, embora seja admissível a formulação do pedido provisório antes do definitivo, caso em que ambos também acabam integrando o mesmo processo (arts. 294, *caput*, 300 e 303).

Aliás, a adoção da fungibilidade constitui demonstração inequívoca da identidade substancial entre ambas as modalidades de tutela de urgência e provisória, posição aqui defendida e objeto de muitas críticas da doutrina processual.

A novidade trazida pelo § 7o do Código de 1973 – que desde a 1a edição deste trabalho era considerada como inerente ao sistema processual –, indicava a necessidade de aproximação das espécies de tutela sumária, urgente e provisória, a fim de que todas recebam o mesmo tratamento jurídico. A correta compreensão do tema é importante, também, para evitar confusão entre antecipação provisória dos efeitos da tutela final e antecipação da própria tutela final pela técnica da sumarização do conhecimento. Embora ambas sejam precedidas de cognição não exauriente, esta última pode gerar solução definitiva, caso o réu se conforme e não tente desconstituí-la em outra sede. A tutela provisória não é apta à solução do litígio, pois é concebida para conferir efetividade à tutela final, da qual constitui instrumento.[[18]](#footnote-18) Essa conclusão foi integralmente adotada pela legislação em vigor.

Fungibilidade não significa, evidentemente, possa o juiz exceder os limites da própria demanda. Se entre o pronunciamento final e o pedido inicial deve haver congruência, correlação (CPC/2015, arts. 141, 490 e 492), não se admite a antecipação de efeitos não contidos na pretensão deduzida pelo autor a título de tutela definitiva. O limite da antecipação é o próprio provimento satisfativo final favorável ao autor. Mais do que isso, não pode o juiz conceder antecipadamente, sob pena de violação da regra da adstrição.[[19]](#footnote-19)

Essa correlação entre a tutela provisória antecipada e a tutela final e definitiva revela a relação de instrumentalidade existente entre elas, pois aquela antecipa provisoriamente efeitos desta, com o objetivo de assegurar sua utilidade para o titular do direito.

O caráter instrumental das medidas antecipatórias não possui exatamente a mesma configuração daquele inerente à cautelar, cujo conteúdo é meramente conservativo. Isso porque, em relação a esta, a sentença de mérito é referência apenas para determinação da probabilidade do direito afirmado, não para fixar-lhe os limites. Já a tutela antecipada encontra no possível provimento final sua eficácia máxima.[[20]](#footnote-20)

Mesmo que se negasse terminantemente ao juiz o poder de conceder de ofício a antecipação, ou de adequar a medida requerida aos fatos descritos pela parte – providência hoje expressamente admitida (CPC/2015, art. 305, parágrafo único), impossível ignorar que a previsão legal constituiu importante indicador da necessidade de o julgador participar ativamente da relação processual. Não mais se admite o juiz-espectador, que a tudo assiste sem interferir, receoso de comprometer sua imparcialidade.

Ao prever, de forma genérica, a concessão de tutela provisória, cautelar ou antecipada, até em caráter liminar, confiou o legislador ao juiz o importante papel de tutor da efetividade do provimento jurisdicional, compelindo-o a adotar medidas que se mostrem necessárias a assegurar ao titular do direito um contraditório efetivo, apto a proporcionar-lhe o resultado esperado.[[21]](#footnote-21)

A concessão de tutela provisória, especialmente na espécie antecipada, sem prévia cognição exauriente, revela a importância conferida pelo legislador à participação ativa do juiz no desenvolvimento da relação processual. Esse comportamento é fator fundamental até mesmo para assegurar a paridade de tratamento entre as partes, eliminando eventuais diferenças externas que não podem repercutir no processo.[[22]](#footnote-22)Com fundamento nessas premissas, não mais se admite fenômeno muito frequente na vigência da legislação anterior, consistente na cômoda extinção de processo versando sobre sustação de protesto – ou mesmo a desconsideração de pedido com esse conteúdo formulado nos próprios autos, forma tecnicamente mais adequada, pois se trata de típica antecipação de efeitos da tutela declaratória de nulidade do título – nos casos em que a medida já se efetivou. Se não há mais possibilidade de impedi-la, que sejam sustados seus efeitos, visto ser essa a consequência realmente pretendida pelo requerente, seja lá qual for o nome a ela atribuído.[[23]](#footnote-23)

1. . Aliás, o princípio da ação, que corresponde à inércia da jurisdição, comporta várias exceções, mesmo em sede de tutela cognitiva. No âmbito do processo penal é notória a possibilidade de o juiz conceder *habeas corpus* de ofício. No processo civil aponta a doutrina para os arts. 162 do decreto-lei 7.661, de 21.6.45, e 989 do Código de Processo Civil de 1973. Após as reformas introduzidas neste último, outras hipóteses de tutela jurisdicional de ofício passaram a existir no sistema: arts. 18, 461, §§ 4o e 5o, 644 e 645. Aliás, o legislador de então, no que se refere às obrigações de fazer e de não fazer, pareceu ter adotado o legislador solução compatível com as chamadas tutelas executivas *lato sensu*, pois permitia que o juiz, de ofício e no próprio processo cognitivo, determinasse a realização de medidas necessárias à “realização da tutela específica” (art. 461, § 5o). Essa é a posição de Kazuo Watanabe (cfr. “Tutela antecipatória e tutela específica”, pp. 40 e ss.). Também na demanda versando sobre declaração de paternidade, admite-se julgamento *extra petita*, pois o juiz pode conceder alimentos, mesmo se não pleiteados (lei n. 8.560, de 29.12.92, art. 7º). Sobre a suposta relação entre o princípio da demanda e a disponibilidade do direito material, v. Bedaque, *Poderes instrutórios*, pp. 133 e ss. [↑](#footnote-ref-1)
2. . Para Galeno Lacerda esse dispositivo consagrava a cautela de ofício, pois fazia referência à concessão da medida *sem audiência das partes*, ou seja, autor e réu. Não obstante, o eminente mestre limitava a possibilidade ao que ele denominava de cautelar administrativa, isto é, “emanada de autêntico poder de polícia do juiz, no resguardo de bens e pessoas confiados por lei à sua autoridade”. Referia-se, porém, a situações excepcionais de cautelar jurisdicional de-ofício (cfr. *Comentários*, pp. 110 e ss.). Posição mais restritiva era sustentada por Sydney Sanches, *Poder cautelar*, pp. 134-136. Também afirmavam o caráter excepcional da medida João Batista Lopes (“Medidas cautelares inominadas”, p. 16) e Sérgio Seiji Shimura (*Arresto cautelar*, pp. 53-57). Humberto Theodoro Júnior apontava para a possibilidade de o juiz agir de ofício apenas em relação às medidas cautelares incidentais (cfr. *Processo cautelar*, pp. 96 e ss.). Dinamarco sustentava posição bastante ampliativa, pois, mediante a tutela cautelar, o juiz visa a “preservar a imperatividade e a eficácia de suas próprias decisões”. Depois de invocar o art. 125, incisos II e III, do Código de Processo Civil de 1973, concluía: “Por isso e sobretudo porque ao juiz moderno não é dado assumir posturas de espectador, legitimam-se e impõem-se as iniciativas *ex officio* destinadas a preparar os bons resultados do exercício da jurisdição, mediante a conservação de bens e provas e antecipação de decisões com vista a preservar os valores humanos que em juízo se controvertem” (*Fundamentos*, v. II, p. 888). [↑](#footnote-ref-2)
3. Nesse sentido, Araken de Assis, Processo civil cit., p. 568. [↑](#footnote-ref-3)
4. . Moniz de Aragão, ao tratar do tema à luz do Código de 1973, concluiu ser necessário pedido da parte, inclusive em relação às obrigações de fazer (art. 461, § 3o), não obstante inexistente exigência expressa (cfr. “Alterações no Código de Processo Civil”, p. 238). Em sua opinião, embora tratado em dispositivo específico, o regime da antecipação da tutela deveria ser único. A multa e as medidas de apoio, destinadas a primeira a exercer pressão psicológica sobre o devedor para cumprir a ordem e as outras a obter o resultado prático desejado (cfr. art. 461, §§ 4o e 5o), também se aplicariam às demais hipóteses de tutela antecipada em função do disposto no art. 799 do Código. Esse entendimento resultou em proposta aprovada no IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, realizado em São Paulo, nos dias 29 e 30.8.97. Também sustentava a identidade de regime Teori Albino Zavascki, *Antecipação da tutela*, pp. 151 e ss. Não obstante as diferenças de redação entre os arts. 273 e 461, como se trata de regras sobre tutelas da mesma natureza, deviam ser interpretadas de modo a conferir harmonia ao sistema das medidas de urgência. Esse era o entendimento predominante (João Batista Lopes, *Tutela antecipada*, pp. 142-146). No mesmo sentido, substancialmente, Eduardo Arruda Alvim, *Tutela antecipada*, p. 304. Este último autor concluiu, com razão, que as diferenças de redação verificadas nos arts. 273 e 461, § 3o, “são muito mais teóricas do que propriamente mensuráveis no plano prático” (p. 315). Esse raciocínio interpretativo não é mais necessário, pois o Código de 2015 não reproduziu a regra do art. 461, § 3º. Nessa medida, independentemente da natureza da obrigação objeto do processo, o regime da tutela provisória é único. [↑](#footnote-ref-4)
5. . Entendendo ser incabível a antecipação de ofício no Código anterior, mesmo porque não a considerava como tutela cautelar, cfr. Dinamarco, *A reforma do Código de Processo Civil*, pp. 149-150. Embora o eminente professor identificasse semelhanças entre as duas modalidades de tutela de urgência, entendia que a antecipação de efeitos não visa, como a cautelar, a “dar apoio ao processo e à dignidade da jurisdição, mas de atender a interesses do litigante – sendo mais do que razoável que prevaleça, quanto a isso, a regra *nemo judex sine actore*” (*Fundamentos*, v. II, p. 889). Pondero apenas que a cautelar conservativa também protege, em última análise, a situação de direito material, pois confere utilidade à tutela final. E ambas, conservativa e antecipatória, são provisórias, pois visam tão somente a assegurar essa efetividade. Talvez o problema seja mais terminológico.No mesmo sentido era a posição de Clito Fornaciari Júnior, para quem o juiz não pode agir de ofício ainda que verifique a presença dos requisitos legais (cfr. *A reforma*, p. 38). Assim, também: Sérgio Bermudes, *A reforma*, p. 35; Vicente Greco Filho, *Direito processual civil*, v. II, p. 82; Antônio Cláudio da Costa Machado, *A antecipação da tutela na reforma*, pp. 541-455. João Batista Lopes aderiu a esse entendimento, com amparo no princípio dispositivo (*Tutela antecipada*, pp. 65-68). [↑](#footnote-ref-5)
6. . Calmon de Passsos, *Da antecipação da tutela*, p. 202. [↑](#footnote-ref-6)
7. . Cfr. Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, pp. 19/20 e 137 e ss. [↑](#footnote-ref-7)
8. . Barbosa Moreira apontava para o fato de que a timidez dos advogados tem levado os juízes, “sobretudo nos Juizados Especiais Cíveis e nas causas de família, a desprezar a letra da lei e decretar de ofício a antecipação da tutela, em casos nos quais encontra base sólida a convicção da imprescindibilidade da medida” (“As reformas do Código de Processo Civil”, p. 89). Entendia, todavia, ser necessário o pedido da parte, pois se trata de exigência contida expressamente no dispositivo legal (cfr. “A antecipação”, p. 203). No mesmo sentido era a posição assumida por Dinamarco. Embora reconhecesse a existência de semelhanças entre tutela antecipada e cautelar, esta, a seu ver passível, de concessão *ex officio*, o adiantamento de efeitos não se destina a “dar apoio ao processo e à dignidade da jurisdição, mas de atender a interesses do litigante, sendo mais do que razoável que prevaleça, quanto a isso, a regra *nemo judex sine actore*” (“Os gêneros do processo”, p. 330). Em outra oportunidade, o eminente titular da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, reafirmou sua posição: “...as antecipações de tutela não são instrumentais ao processo, não se destinam a outorgar-lhe a capacidade de ser justo e útil (o que constitui missão das cautelares), mas a fornecer ao sujeito aquilo mesmo que ele pretende obter ao fim, ou seja, a coisa ou situação da vida pleiteada; os alimentos provisionais são antecipações dos próprios alimentos a serem obtidos a final, a sustação do protesto cambial é o mesmo impedimento à realização deste, imposto desde logo e sem esperar o fim do processo etc.” (“O regime jurídico”, n. 2). Nessa mesma linha, manteve a opinião segundo a qual, ao contrário das cautelares, as antecipatórias não podem ser concedidas de ofício, incidindo o disposto nos arts. 2o e 262 do Código de Processo Civil de 1973 (ob. cit., n. 15). Os efeitos produzidos pela tutela antecipada no plano do direito material levaram-me a conclusão idêntica como regra geral, embora discordasse da premissa e admitisse situações excepcionais em que diversa seria a solução. Acompanhava essa conclusão Luiz Gustavo Tardin, *Fungibilidade das tutelas de urgência*, pp. 127-130. Na opinião de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, a concessão *ex officio* da tutela antecipada era admissível nas hipóteses do art. 273, inc. II e § 6o, jamais no caso de perigo (*Tutela antecipada sancionatória*, pp. 89-92). [↑](#footnote-ref-8)
9. Na II Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2018, enunciado nesse sentido foi recusado. Araken de Assis também considera necessária a iniciativa da parte (Processo civil cit., p,p. 411/413) [↑](#footnote-ref-9)
10. . Mesmo tratando-se de cautelar conservativa, a jurisprudência não admitia a concessão de ofício: “O sequestro, medida cautelar específica, supõe requerimento em processo autuado e apensado aos autos principais e somente nos casos previstos no art. 822 do CPC, não se incluindo no poder cautelar do juiz a sua decretação de ofício, nos próprios autos da ação de embargos de terceiros, tanto mais quando, além de não verificada a hipótese autorizativa, não se evidencia a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, já que os bens se encontram sob constrição, por penhora em processo de execução” (REsp 29.503-1-RS, STJ, 3a T., rel. Min. Dias Trindade, *DJU* 39/2.513, 1.3.93). Para exame da posição favorável à concessão da tutela antecipada de ofício, desde que seja possível inferir o pedido, deduzido implicitamente por parte hipossuficiente, cfr. Luciano Campos de Albuquerque, “A possibilidade de concessão”, pp. 35 e ss. Pondero apenas que, se a interpretação permitir essa conclusão, a concessão não será de ofício. Menos restritivo, aparentemente, era o entendimento de Victor André Liuzzi Gomes, para quem a concessão *ex officio* da tutela antecipada é compatível com a natureza cautelar da medida e não vai de encontro ao princípio da inércia previsto no art. 2o do Código de Processo Civil (cfr. *Intervenção de terceiros*, pp. 144-152). [↑](#footnote-ref-10)
11. Transcrevo decisão proferida no Resp 1.309.137 – MG, relatado pelo Ministro Herman Benjamin e julgado em 8.5.12, cuja conclusão ampara-se em premissas defendidas neste trabalho: “*As tutelas de urgência são identificadas como reação ao sistema clássico pelo qual primeiro se julga e depois se implementa o comando, diante das mazelas do tempo inimigo decorrente da demora do processo e da implementação de todos os atos processuais inerentes ao due process of law. Trata-se de situação que demanda exegese que estabeleça equilíbrio de garantias. O contraditório e o devido processo legal são garantias constitucionais tanto quanto o direito à vida, à propriedade, ao sigilo das comunicações e, mais recentemente, o direito ao processo em prazo razoável. Afinal, há que se ter em mente a preocupação com a promessa fixada pela doutrina italiana de que o processo deve conceder à parte tudo aquilo e exatamente aquilo que tem o direito de receber. Há situações-limite em que se recomenda a inversão do ônus do processo por meio da concessão da tutela de urgência. No caso concreto, o Tribunal se vale da ideia de que se pretende a concessão de salário-maternidade a trabalhadora rural (boia-fria), em virtude do nascimento de criança em 2004. É reconhecido por esta Corte que há um núcleo de direitos invioláveis essenciais à dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Assim, direitos fundamentais correlatos às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais garantidores da própria vida não podem ser desprezados pelo Poder Judiciário. O STJ já afirmou (ainda que como premissa para o cotejo do princípio da reserva do possível com o mínimo existencial; porém, com premissas que bem se aplicam ao caso) que "a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais" (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.9.2009, grifei). Nessas situações-limite, doutrina abalizada admite a concessão de ofício de antecipação de tutela: “Não se podem excluir, todavia, situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade de antecipação, diante do risco iminente perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança. Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação ex officio do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo. Nessa medida, afastar taxativamente a possibilidade de iniciativa judicial no tocante à tutela antecipatória pode levar a soluções injustas. A aceitação do poder oficial no tocante à antecipação dos efeitos da tutela, ainda que excepcional, não viola o princípio dispositivo, pois o juiz estará proferindo decisão judicial nos limites do pedido (José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 384-385).Não se aponte o óbice do princípio da inércia da jurisdição, porquanto já flexibilizado nos casos de habeas corpus , de decretação de falência, de início de inventário, de condenação por litigância de má-fé, de fixação de medidas necessárias à efetivação das tutelas específicas. Sendo assim, admite-se, em hipóteses excepcionais, a antecipação de tutela de ofício.”* [↑](#footnote-ref-11)
12. . A sugestão foi apresentada pelo Ministro Athos Gusmão Carneiro e veio companhada da seguinte justificativa: “a redação proposta para o § 7o atende ao princípio da economia processual, com a adoção da ‘fungibilidade’ do procedimento, evitando à parte a necessidade de requerer, em novo processo, medida cautelar adequada ao caso”. Essa solução só era possível, evidentemente, porque se trata de medidas ontologicamente iguais. Aliás, essa semelhança era expressamente apontada por Athos Gusmão Carneiro, em obra doutrinária (cfr. *Da antecipação*, pp. 38-39). Embora em vigor o Livro III do Código de Processo Civil de 1973, entendia-se necessário abrandar o rigor formal quanto à exigência de processo autônomo para a cautelar (cfr. Cassio Scarpinella Bueno, *Tutela antecipada*, pp. 133-135). [↑](#footnote-ref-12)
13. . Segundo José Rogério Cruz e Tucci, a nova regra “vem mitigar a exegese estritamente formalista que se verifica na prática, em detrimento da urgência de determinadas situações. Jamais se aconselha que a forma sacrifique o direito do jurisdicionado” (*Lineamentos...*, p. 43). [↑](#footnote-ref-13)
14. . Cfr. Bedaque, *Efetividade do processo*, pp. 115-124; Luiz Gustavo Tardin, *Fungibilidade das tutelas de urgência*, pp. 147-154. [↑](#footnote-ref-14)
15. . A expressão é de Dinamarco, que também admite a antecipação em lugar da cautelar pedida pela parte, embora, pelos exemplos apresentados, essa possibilidade estaria restrita ao aspecto formal, isto é, à denominação equivocada da modalidade adequada de tutela (cfr. *A reforma da reforma*, pp. 92-94). No mesmo sentido, Luiz Gustavo Tardin, *Fungibilidade das tutelas de urgência*, p. 172 e João Paulo Hecker da Silva, Processo societário: tutelas de urgência e da evidência, pp. 76/86. Também Joel Dias Figueira Júnior limita-se a admitir a fungibilidade meramente formal, decorrente de erro na formulação do pedido (cfr. *Comentários*, pp. 120 e ss.), e Cassio Scarpinella Bueno (*Tutela antecipada*, pp. 121 e ss.). Este último autor, todavia, ilustra suas conclusões com exemplos de fungibilidade meramente terminológica. Como visto, a previsão legal admite a substituição de uma medida por outra de natureza diversa. Trata-se de fungibilidade substancial. V. tb. Eduardo Arruda Alvim, *Tutela antecipada*, pp. 178-184. [↑](#footnote-ref-15)
16. . Acertada, portanto, a conclusão de Luiz Gustavo Tardin, que examina várias hipóteses da incidência da regra (*Fungibilidade*, pp. 175 e ss.). Contra, Eduardo Arruda Alvim, para quem é necessária a *dúvida objetiva* para a incidência da fungibilidade (*Tutela antecipada*, pp. 176 e 417). [↑](#footnote-ref-16)
17. . Esse *sincretismo instrumental absoluto* é apontado por Joel Dias Figueira Júnior, *Comentários...*, pp. 117 e ss. V. tb. “Tutela antecipatória e acautelatória”, pp. 1 e ss., onde o autor analisa os requisitos para incidência do princípio. [↑](#footnote-ref-17)
18. . Embora negue a condição de cautelar à tutela antecipada, Humberto Theodoro Júnior considera-a espécie do gênero tutelas de urgência. Por isso, procura afastar os óbices formais à concessão da medida com fundamento na fungibilidade entre elas (cfr. *Tutela jurisdicional de urgência*, pp. 20-21). [↑](#footnote-ref-18)
19. . Trata-se de conclusão aparentemente óbvia, mas que a doutrina cuidou de destacar, talvez para evitar abusos (cfr. Dinamarco, *A reforma*, p. 142; Barbosa Moreira, “A antecipação da tutela”, p. 209; Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões*, p. 235; Luiz Gustavo Tardin, *Fungibilidade das tutelas de urgência*, pp. 118-125). Sobre a necessidade de relação de pertinência entre a tutela definitiva e a medida antecipatória, cfr. a precisa observação do Juiz Matheus Fontes ao relatar o AI 746.970-7-São Paulo, 1o TACivSP, 12a C., j. 11.9.97, v.u. Em demanda com pedido condenatório, versando indenização por danos materiais e morais, a autora formulou pedido de tutela antecipada para o fim de impedir a transferência do controle acionário da ré. Denegada a pretensão em 1o grau, foi interposto agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento. Como relator, ponderei que, além de aspectos relacionados ao perigo de dano, “a providência consistente em impedir a transferência do controle acionário não integra a eficácia natural da tutela condenatória, o que impossibilita concedê-la antecipadamente. Essa modalidade de medida de urgência representa a antecipação de efeitos da tutela final. Necessário, pois, haver coincidência ao menos parcial entre o pedido e a tutela antecipada”.

    Nessa medida, inadmissível a antecipação do efeito prático pretendido, que não está compreendido na eficácia da tutela jurisdicional final. Se entre o pronunciamento final e o pedido inicial deve haver congruência, correlação (CPC, arts. 128 e 460), não se admite a antecipação de efeitos não contidos na pretensão deduzida pelo autor a título de tutela definitiva. O limite da antecipação é o próprio provimento satisfativo final favorável ao autor. Mais do que isso, não pode o juiz conceder antecipadamente (cfr. Cândido Dinamarco, *A reforma do Código*, p. 142; José Carlos Barbosa Moreira, “A antecipação da tutela jurisdicional”, p. 209; nesse sentido: AI 778.199-9-SP, 1o TACSP, 12a C., j. 26.5.98, v.u.; AI 958.487-2-SP, j. 10.10.00, v.u.). V. tb. Victor A. A. Bonfim Marins, “Antecipação da tutela”, p. 561. [↑](#footnote-ref-19)
20. . A observação é de Tommaseo, que apresenta essa peculiaridade do caráter instrumental das tutelas urgentes antecipatórias: “la determinazione del contenuto del provvedimento d’urgenza compiuta con riferimento al possibile contenuto della sentenza di merito trova in questo nesso strumentale un criterio che si specifica nel senso per cui il provvedimento d’urgenza non può produrre effetti diversi da quelli scaturenti dalla futura sentenza di merito” (“Provvedimenti di urgenza”, p. 860). [↑](#footnote-ref-20)
21. “Ou seja, o *nomen juris* perde relevância e o importante é saber o juiz se o caso comporta ou não a *medida urgente* postulada, seja ela corretamente rotulada de *cautelar* ou de *antecipação*.” (Cândido Dinamarco, Gustavo Badaró e Bruno Lopes, Teoria geral do processo, p. 522. [↑](#footnote-ref-21)
22. . Apóio a advertência feita por Álvaro J. D. Perez Ragone de que o juiz deve velar pela igualdade substancial das partes no processo, assegurando-lhes efetiva participação e proporcionando-lhes acesso à justiça, sem que tal atitude possa comprometer sua imparcialidade (cfr. “Introducción”, p. 136). Ao desenvolver ideias sobre o poder instrutório do julgador, manifestei-me nesse sentido (cfr. *Poderes instrutórios*, *passim*). Nesta sede, em que se discutem os limites a serem observados na concessão da tutela antecipada, não se pode prescindir dessa premissa. [↑](#footnote-ref-22)
23. . Por isso, decidi que: “Não obstante a probabilidade de o protesto do título já ter se efetivado, verifica-se o interesse na obtenção da tutela de urgência, consistente em providência de conteúdo diverso da sustação de protesto, mas com idêntica finalidade. Tem-se admitido, em determinadas hipóteses, a suspensão dos efeitos do protesto já realizado (cfr. AI n. 7.053.350-9-São Roque, TJSP, 22a C. de Direito Privado, j. 28.3.06; Ap. n. 948.937-4-Santos, TJSP, 22a C. de Direito Privado, j. 7.6.05; AI n. 1.025.467-2-São José do Rio Preto, 1o TACSP, 12a C., j. 21.8.01, v.u.; Ap. n. 872.507-9-São Paulo, 1o TACSP, 12a C., j. 15.3.01, v.u.; Ap. n. 873.410-5-Campinas, 1o TACSP, 12a C., j. 15.3.01, v.u.; AI n. 902.595-0-São Paulo, 1o TACSP, 7a C., rel. Juiz Álvares Lobo, j. 21.3.00; AI n. 925.657-3-São Paulo, 1o TACSP, 12a C., j. 14.3.00, v.u.; AI n. 680.485-9-Campinas, 1o TACSP, 1a C., rel. Juiz Plínio Tadeu do Amaral Malheiros, j. 15.9.97, v.u.; AI n. 739.527-5-São Vicente, 1o TACSP, 12a C., rel. Juiz Matheus Fontes, j. 5.6.97, v.u.; AI n. 691.770-0-São Paulo, 1o TACSP, 3a C., rel. Juiz Antônio Rigolin, j. 6.8.96, v.u.). Tendo em vista a fungibilidade inerente às medidas de urgência (CPC, arts. 273, § 7o, e 798), nada impede a adequação da tutela à situação. Possível, portanto, ao menos em tese, a adoção de providência da mesma natureza, destinada a evitar os efeitos do ato. As alegações deduzidas pelo agravante estão amparadas em prova documental apta a torná-las verossímeis (fls. 12-29 e 31-41). Possível concluir, mediante cognição sumária, ser ao menos plausível a afirmação de que o cheque protestado foi emitido como pagamento de serviços que não foram prestados. É claro que o conjunto probatório não é suficiente para a procedência do pedido em futura demanda cognitiva. Tratando-se de medida de urgência, todavia, exige-se apenas juízo de plausibilidade, não de certeza. O risco de dano é indiscutível, pois evidentes os transtornos que o protesto acarreta às pessoas. Mantidos os efeitos do ato, o agravante terá sérias dificuldades em obter crédito ou realizar outros negócios até eventual concessão da tutela jurisdicional em demanda cognitiva, cuja utilidade ficará substancialmente reduzida. A antecipação desse efeito, consistente em suspender provisoriamente a eficácia dos protestos, é suficiente para conferir à eventual sentença constitutiva a efetividade que dela se pretende. Não se trata, evidentemente, de cancelamento dos protestos, mas de suspensão provisória de seus efeitos. Convém observar que nesta modalidade de medida de urgência, substancialmente idêntica à sustação de protesto, a preocupação está muito mais voltada ao *periculum in mora* do que ao *fumus boni iuris*. Quase sempre a medida é deferida com base apenas em alegações verossímeis, ainda que desacompanhadas de prova. Por fim, a suspensão dos efeitos dos protestos deve ser precedida de caução, competindo ao agravante apresentar a garantia real oferecida na petição inicial (fls. 17)” (TJSP, 22a C. de Direito Privado, AI 7.054.817-3-Suzano, j. 28.3.06; v. tb. AI 7.035.926-5). [↑](#footnote-ref-23)