



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Medidas de Urgência -
Aplicabilidade do Princípio da Fungibilidade e Concessão ex officio

Mariana Amim Lopes Tostes

Rio de Janeiro
2014

MARIANA AMIM LOPES TOSTES

**Medidas de Urgência -
Aplicabilidade do Princípio da Fungibilidade e Concessão ex officio**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Neli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

Medidas de Urgência - Aplicabilidade do Princípio da Fungibilidade e Concessão ex officio

Mariana Amim Lopes Tostes

Graduada em Direito pela Universidade
Cândido Mendes. Advogada. Pós-
graduando em Direito Público e Privado
pela Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro - Emerj.

Resumo: O presente trabalho busca analisar questões atinentes às tutelas de urgência, apontando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca de cada assunto desenvolvido. Num primeiro momento, faz-se uma breve abordagem sobre as peculiaridades condizentes à tutela antecipada e à medida cautelar, com o fito de demonstrar as respectivas utilidades no âmbito processual. Com base nesses institutos, esclarece argumentos jurídicos relacionados à aplicabilidade do princípio da fungibilidade, além de tecer considerações sobre a atuação oficiosa do magistrado. Assim, tem-se como objetivo principal fazer uma ponderação dos reflexos da utilização desses instrumentos processuais no plano fático, a fim de obter uma solução condizente com a garantia da efetiva prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Processo Civil. Medidas de Urgência. Princípio da Fungibilidade. Concessão ex officio.

Sumário: Introdução. 1. Breve análise das medidas de urgência. 1.1. Tutela Antecipada. 1.2. Medida Cautelar. 2. Princípio da Fungibilidade entre as tutelas de urgência. 2.1. Requisitos exigidos para aplicar a fungibilidade. 2.2. Da fungibilidade de mão dupla. 3. Concessão ex officio das medidas urgentes. 3.1. Do Poder Geral de Cautela. 3.2. Tutela Antecipada ex officio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca realizar uma abordagem acerca das medidas de urgência, já que esses instrumentos processuais são utilizados de forma relevante no cotidiano forense.

O objetivo genérico comum que justifica a premência das referidas tutelas é evitar ou atenuar lesões ao direito, afastando os malefícios que o tempo pode vir a causar no processo, para que seja garantida a efetiva prestação jurisdicional.

Tendo como base as medidas urgentes, até então caracterizadas como tutela antecipada e cautelar, acaba sendo imprescindível explicitar sobre a aplicabilidade do Princípio da Fungibilidade entre elas, bem como se torna relevante fazer uma análise da divergência que recai sobre as respectivas concessões *ex officio*.

Considerando que o trabalho busca aprofundar questões relacionadas às medidas de urgência, num primeiro momento o estudo será voltado à análise de cada espécie separadamente, apontando as suas peculiaridades e semelhanças, além de demonstrar as respectivas finalidades processuais, aptas a solucionar determinados conflitos de interesses, buscando assegurar a tutela jurisdicional adequada ao litigante.

Outro ponto a ser dissertado está relacionado aos requisitos para a aplicabilidade do princípio da fungibilidade, com a indicação dos limites, assim como do procedimento que deve ser seguido para o seu uso. De fato, a fungibilidade entre antecipatória de tutela e cautelar não se baseia apenas no referido princípio, já que deriva de outros postulados – economia processual e instrumentalidade das formas, institutos esses que também serão desenvolvidos no decorrer da pesquisa, até mesmo porque devem ser aplicados na solução jurídica de forma harmônica e devidamente contextualizada.

Ademais, é de grande relevância o papel desempenhado pelo órgão judicial ao receber a medida incorretamente utilizada pela parte, visto que se torna imprescindível ao magistrado determinar as correções procedimentais necessárias, com o fito de alcançar o máximo de resultados práticos do processo, voltando a sua atuação para a busca da verdade e do esclarecimento dos fatos.

Por ser notória a insegurança jurídica causada pela divergência que recai sobre a concessão de ofício das tutelas ora em comento, é de suma importância mencionar todos os argumentos contraditórios que envolvem essa batalha jurídica, bem como os dispositivos legais

que guardam relação com a referida discussão, no intuito de aferir a constitucionalidade do dispositivo que exige o requerimento da parte para que seja legítima a atuação do magistrado.

Diante de tais considerações, conclui-se com a solução jurídica condizente com a utilização do processo como instrumento de realização da justiça, ponderando os valores constitucionalmente previstos na busca da efetiva prestação jurisdicional, aliados à análise do binômio prejuízo-finalidade no alcance da tutela pretendida.

1. BREVE ANÁLISE DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA

As medidas de urgência são divididas nas espécies de tutelas antecipada e cautelar. O legislador previu esses dois instrumentos de cognição sumária com o fito de minimizar os malefícios que o tempo pode vir a causar no processo.

A prestação jurisdicional pode ocorrer por meio da tutela definitiva baseada numa cognição exauriente, em que se garante a realização plena do devido processo legal, o que fará com que reste caracterizada a coisa julgada material. Por outro lado, também pode haver a concessão de uma tutela provisória, caracterizada pela sumariedade da cognição, em que o magistrado se limita a afirmar a probabilidade da existência de um direito, ressaltando de igual forma o caráter precário dessa tutela, já que não há óbice para que tal medida seja revogada ou modificada nos casos em que a análise superficial anteriormente realizada ficar demonstrada de forma distinta ao ser concluída a instrução probatória.

Segundo a lição de Didier¹, a tutela definitiva pode ser satisfativa, tendo como base a obtenção do direito material objeto do litígio, bem como não-satisfativa, em que se visa assegurar o resultado útil do processo, tal como ocorre na tutela cautelar.

¹ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. v.2. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2014, p. 461 – 465.

Em que pese se justifique na realização dos atos processuais o longo tempo despendido no curso do processo, essa demora pode vir a causar uma série de riscos no resultado do provimento jurisdicional, o que fez com que fosse criada a medida cautelar, por ser um mecanismo apto a garantir a efetividade do processo principal, nos termos do art. 796 do CPC.

Dessa forma, certifica-se que a decisão proferida em sede cautelar é definitiva, porém dotada de efeitos temporários, na medida em que a sua durabilidade fica condicionada ao fim para o qual foi proposta.

Para corroborar com a assertiva supracitada, Alexandre Câmara² aponta a distinção existente entre provisoriedade e temporariedade, em que se percebe que a decisão provisória é aquela que dura enquanto não seja proferida outra definitiva que a substitua, ao passo que uma medida será caracterizada como temporária quando for submetida a uma limitação temporal de eficácia. Assim, confirma-se uma das distinções entre as medidas de urgência, já que “a tutela cautelar tem duração limitada no tempo, produzindo efeitos até que desapareça a situação de perigo, ou até que seja entregue a prestação jurisdicional principal, enquanto a tutela antecipada é provisória, pois se destina a produzir efeitos até que venha a tutela definitiva”.

No que tange à tutela provisória, certo é que esta necessariamente deverá ser confirmada, revogada ou modificada por uma decisão definitiva que assim a substituirá. Dessa forma, dúvidas não restam a respeito da provisoriedade da tutela antecipada, já que tal medida concede os efeitos da tutela definitiva antes da apreciação do mérito, permitindo imediata fruição do direito pleiteado, porém o processo prosseguirá até final julgamento. Ademais, diferentemente do que ocorre com a medida cautelar, na tutela de urgência, o seu caráter provisório não obsta que sejam perenizados os seus efeitos quando da prolação de uma sentença definitiva confirmatória do direito já concedido em sede de cognição sumária.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v.3. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 23 – 25.

1.1. TUTELA ANTECIPADA

Uma das espécies de medida de urgência é a tutela antecipada, sendo tal instituto tratado no art. 273 do CPC. Como bem afirma Marinoni³, “a tutela antecipatória tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material”.

Dessa forma, verifica-se que o magistrado, com base em cognição sumária, pode antecipar provisoriamente aquilo que foi pleiteado pelo autor ou parte desse pedido, com o fito de conferir efetividade à função jurisdicional, além de evitar que a morosidade processual acabe frustrando a pretensão autoral.

A doutrina diverge em relação à possibilidade de conceder a antecipação da tutela quando se tratar de sentenças que envolvam os efeitos declaratórios e constitutivos.

Alexandre Câmara⁴ sustenta:

Parece-me impossível a antecipação do efeito declaratório. Este consiste na certeza jurídica conferida à existência ou inexistência do direito firmado pelo autor em sua demanda. A meu sentir, é impossível a antecipação com base em juízo de probabilidade. O mesmo se diga com relação à antecipação dos efeitos constitutivos. Não me parece admissível, com base no art. 273 do CPC, a antecipação deste tipo de efeito, consistente na criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica. Isso porque os efeitos constitutivos, de ordinário, só podem se produzir depois da afirmação da existência de um direito à modificação de uma situação jurídica, o que exige cognição exauriente. Esta norma, a meu juízo, permite tão somente a antecipação da tutela condenatória.

Por outro lado, existe posicionamento no sentido de admitir a antecipação dos efeitos anexos das tutelas envolvendo demandas de natureza constitutiva ou meramente declaratória, mormente quando haja iminência de dano.

³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013, p. 62.

⁴ CÂMARA, op.cit., p. 456 – 457.

Segundo o doutrinador Fredie Diddier⁵ Jr.:

A antecipação que se opera não é da declaração ou da constituição/desconstituição (efeito jurídico-formal), vez que estas sempre serão definitivas – só assim serão úteis para a parte; o que pode ocorrer é a antecipação dos efeitos fáticos, práticos, palpáveis da tutela declaratória ou constitutiva.

Todavia, ao fazer uma análise do ponto de vista prático, essa discussão não se torna relevante. Para aqueles que não coadunam com a antecipação nos casos acima expostos, a medida adequada para suprir o risco de dano causado pela demora do processo, objetivando assegurar a utilidade do futuro julgamento, deve ser aquela de natureza nitidamente cautelar. Assim sendo, a solução se baseia na regra da fungibilidade prevista no § 7º do art. 273 do CPC.

Diante da concessão da tutela antecipada com base em juízo de probabilidade, deve-se atentar aos requisitos impostos pela lei, em que se exige a verossimilhança dos fatos narrados, assim como deve ser de existência provável a tutela pretendida pelo autor. Ao analisar o potencial lesivo da tutela antecipada, certifica-se que este geralmente é maior que o da medida cautelar, razão pela qual parte da doutrina afirma que os pressupostos mencionados devem ser exigidos de forma mais rigorosa que o requisito do *fumus boni iuris*. Kazuo Watabe⁶ esclarece que “o juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples fumaça, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito”.

De nada adianta a presença dos requisitos acima mencionados, se não restar configurado um dos pressupostos exigidos de forma alternativa pelo código de processo civil (art. 273, I e II), consistentes no dano irreversível, bem como no de difícil reparação ou baseado em atos abusivos da parte ré ou de caráter protelatório.

⁵ DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 492.

⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. rev. e atua. São Paulo: Perfil, 2005, p. 73.

1.2. MEDIDA CAUTELAR

O processo cautelar tem por finalidade precípua a garantia do resultado útil e efetivo do processo principal, ou seja, trata-se de um processo de caráter assecuratório, não sendo capaz de satisfazer o direito pleiteado. “A satisfatividade é requisito negativo da tutela jurisdicional de índole cautelar”⁷.

Da mesma forma que a tutela antecipada, a medida cautelar objetiva proteger o processo dos males do tempo, pois assegura que, ao final do processo principal, o resultado deste esteja garantido e salvaguardado.

O código de processo civil agrupa em três espécies as medidas cautelares. Aquelas previstas no art. 798 são as chamadas inominadas ou atípicas e decorrem do poder geral de cautela do magistrado. As nominadas ou típicas estão contidas nos artigos 813 a 887, além de outras medidas provisionais dispostas no art. 888 do referido diploma legal.

A medida cautelar pode ser deferida antes mesmo da existência do processo, na forma do art. 796 do CPC, assim como no curso daquele. De acordo com as regras expressas nos artigos 806 e 808 da mesma legislação processualista, cabe ressaltar que a ação cautelar preparatória pressupõe que será proposta no prazo de 30 dias uma ação principal, sob pena de extinção, bem como a ação incidental pressupõe a existência de um processo já em curso.

Embora seja acessório ao processo principal, o processo cautelar é autônomo do ponto de vista processual, até mesmo porque as respectivas sentenças não se confundem. A única exceção em que a autonomia do processo cautelar resta mitigada pela acessoriedade é na extinção do processo principal que, invariavelmente, implicará na extinção da ação cautelar, em total consonância com o Princípio da Gravitação Jurídica, já que o acessório seguirá o principal.

⁷ MARINONI, apud CÂMARA, op.cit., p. 11.

Por tutelar uma situação de urgência, cabe ao juiz, na análise da cautelar, verificar se estão presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, por serem estes elementos indispensáveis à obtenção da tutela cautelar baseada em cognição sumária.

A expressão latina *fumus boni iuris* significa “fumaça do bom direito”, o que fará com que o magistrado analise se é provável a existência do direito alegado pelo autor para que, só assim, seja concedida a medida cautelar. Para Alexandre Câmara⁸, “a cognição a ser realizada no processo cautelar é sumária, não se exigindo, nesta sede, a certeza quanto à existência do direito substancial”.

A provável existência de um direito não é pressuposto suficiente para a concessão da tutela cautelar, necessitando, concomitantemente, do chamado *periculum in mora*, a saber, “perigo da demora”, cuja previsão deve ser demonstrada no processo cautelar, a fim de possibilitar um juízo de probabilidade no sentido de perceber que a demora processual pode gerar riscos no futuro provimento jurisdicional, impedindo, assim, que sejam obtidos os resultados práticos que dele se esperam. O perigo aqui não se refere ao direito em si, mas, especialmente, à efetividade do processo.

2. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS MEDIDAS DE URGÊNCIA

Preliminarmente, deve-se interpretar o termo fungibilidade como sendo algo apto a ser substituído, mantendo a sua finalidade, sem que haja prejuízo para qualquer das partes.

Ao fazer uma análise acerca de tal instituto no âmbito do direito processual civil, verifica-se que “o princípio da fungibilidade ganha importância na medida em que, relativizando

⁸ CÂMARA, op. cit., p. 34.

as formas dos atos processuais, possibilita uma maior adaptabilidade do procedimento às necessidades do direito material e às próprias aspirações sociais”⁹.

O princípio da fungibilidade encontra-se em perfeita sintonia com as modernas tendências processualistas no sentido de prestigiar o princípio da instrumentalidade das formas, positivado no art. 244 do CPC, assim como preza garantir a efetividade processual em detrimento da morosidade gerada por um processo burocratizado e engessado.

O perigo da demora na entrega da prestação jurisdicional justifica a opção do legislador em disponibilizar o direito à fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, conforme consta na regra expressa no parágrafo 7º do art. 273 do CPC.

Embora sejam definidas como instrumentos de naturezas distintas, as medidas de urgência possuem o objetivo comum no sentido de diminuir os malefícios que o tempo pode vir a causar. Por tal motivo, certifica-se que “a redação proposta no parágrafo 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”¹⁰.

Dessa forma, resta configurada a dispensa do processo cautelar autônomo para que se obtenha a referida tutela, visto que tal medida pode ser concedida de forma incidental no processo de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos legalmente exigidos, quais sejam, *fumus boni iuris e periculum in mora*.

E assim se posiciona o processualista Alexandre Câmara¹¹:

O fato de ainda haver, porém, no direito posto, a previsão da existência do processo cautelar como figura autônoma deve levar à conclusão de que hoje o jurisdicionado tem, à sua disposição, duas alternativas, ambas legítimas: ou se postula tutela incidentalmente no processo cuja efetividade se quer proteger (art. 273, §7º, do CPC), ou se postula tal modalidade de tutela jurisdicional por via de um processo autônomo. A opção por uma dessas duas vias é de livre escolha do demandante, não podendo ser uma opção rejeitada pelo juízo ou impugnada pelo demandado.

⁹ TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. v.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.148.

¹⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão, apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. Tentativa de sistematização. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.417.

¹¹ CÂMARA, op.cit., p.32.

2.1. REQUISITOS EXIGIDOS PARA APLICAR A FUNGIBILIDADE

Da redação do parágrafo 7º do art. 273 do CPC, percebe-se que o juiz está autorizado a deferir, no lugar da pleiteada antecipação de tutela, medida cautelar incidentalmente no processo de conhecimento, desde que presentes os requisitos indispensáveis à concessão dessa medida, a saber, *fumus boni iuris e periculum in mora*.

Há divergência na doutrina no que concerne à exigência da chamada dúvida objetiva para que haja a aplicabilidade da fungibilidade entre as tutelas de urgência. Essa controvérsia se baseia no fato de saber se a fungibilidade pode ser concedida tão somente nas hipóteses em que reste caracterizada a denominada zona cinzenta, ou seja, apenas nos casos em que exista certa incerteza sobre qual seria a adequada medida de urgência.

Para parcela da doutrina, ao ser configurado o erro grosseiro por parte do postulante, a regra da fungibilidade não deve ser aplicada. De acordo com as ponderações feitas por Joaquim Felipe Spadoni¹², “a demonstração dos requisitos se impõe, sob pena de se permitir o uso abusivo e de má-fé de pedidos de antecipação de tutela supostamente equivocados”.

Por outro lado, verifica-se o posicionamento de respeitáveis doutrinadores no sentido de negar a indispensabilidade desse requisito específico, sob o argumento de que “a intenção do legislador, ao prever expressamente a fungibilidade desacompanhada de qualquer exigência, foi facilitar a obtenção dessa modalidade de tutela jurisdicional”¹³.

Na visão de Fredie Didier Jr.¹⁴, não está correto o pensamento que exige a presença da dúvida fundada e razoável quanto à natureza da medida de urgência, para que só assim seja deferida a fungibilidade. O autor baiano se baseia em diversos fundamentos, dentre eles que “o pressuposto não consta do texto normativo, não sendo lícito criá-lo, por analogia ao sistema da fungibilidade dos recursos, sem uma razão séria a justificar a adequação”.

¹² SPADONI, apud DIDIER, op.cit., p. 481.

¹³ TARDIN, apud BEDAQUE, op.cit., p. 418.

¹⁴ DIDIER JR., op.cit., p. 481.

Além disso, a exigência de mais um pressuposto dificultaria a concessão das medidas urgentes, bem como criaria mais uma definição imprecisa em relação ao significado da expressão dúvida razoável, caracterizando um formalismo excessivo, contrário à verdadeira intenção do legislador.

2.2. DA FUNGIBILIDADE DE MÃO DUPLA

Diante da expressa previsão contida no parágrafo 7º do art. 273 do CPC, na qual se confirma a possibilidade de haver a concessão da medida cautelar requerida a título de tutela antecipada, surge uma questão polêmica acerca do limite do instituto da fungibilidade.

Isso porque a interpretação literal do dispositivo supracitado contempla apenas a possibilidade de transmutação do pedido de tutela antecipada em medida cautelar, se presentes os requisitos, porém o texto legal silencia em relação à hipótese inversa.

A indagação que engloba a divergência doutrinária está relacionada ao fato de se aferir à admissibilidade da fungibilidade no “duplo sentido vetorial entre as medidas urgentes”¹⁵ ou se deve ser seguida apenas a forma até então prevista pelo legislador.

Tendo em vista a omissão legislativa, de um lado defende-se a restrita interpretação do dispositivo, o que possibilita o deferimento da fungibilidade em uma única mão de direção, até mesmo para que o magistrado não disponibilize uma proteção maior do que efetivamente consta no pleito da parte.

Outro argumento que embasa a colocação da apontada corrente doutrinária¹⁶ é no sentido de que os requisitos a serem demonstrados para que se obtenha a tutela antecipada são mais rigorosos que os exigidos para a concessão da medida cautelar, o que faz com não haja

¹⁵ DINAMARCO, apud BEDAQUE, op.cit., p. 418.

¹⁶ ARRUDA ALVIM apud TARDIN, op.cit., p. 171.

óbice para que a fungibilidade seja aplicada tão somente na situação expressamente prevista no diploma processual.

Em sentido contrário, Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁷ assim se manifesta:

A argumentação de que a cautelar é menos porque proporciona somente uma garantia e a tutela antecipada é mais porque proporciona a satisfação fática é correta, mas afirmar ser a fungibilidade de mão única (pois quem pede mais pode receber menos, mas quem pede menos não pode receber mais) parece incorreto, justamente porque a parte não receberá nem mais nem menos do que pediu. Aplicando-se a adstrição ao pedido da parte, o juiz concederá exatamente o que foi pedido, adequando a pretensão à tutela de urgência cabível no caso concreto.

Dessa forma, verifica-se que a linha de defesa daqueles que admitem a fungibilidade de mão dupla não se restringe à mera interpretação gramatical do texto legal, o que faz com que seja possível conceder a antecipação da tutela nos casos em que a medida tenha sido requerida na forma de cautelar, com o fito de alcançar o adequado resultado prático no âmbito processual.

Corroborando com esse entendimento, José Roberto dos Santos Bedaque¹⁸ expõe o seu posicionamento da seguinte forma:

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 cautelar. A adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final.

De fato, certifica-se a predominância do entendimento que defende a aplicabilidade da fungibilidade nos dois sentidos entre as medidas urgentes, tendo como base até mesmo o argumento pautado no princípio da instrumentalidade das formas, tal como exposto por Guilherme Freire de Barros Teixeira¹⁹:

Nesse contexto, a previsão de forma para a prática do ato processual deve ser temperada, sempre com atenção ao seu escopo, sobrepondo o fundo à forma, devendo o direito processual civil ser visto sob a ótica da instrumentalidade substancial, que busca tornar o processo aderente à realidade social em que está inserido, servindo como instrumento para a efetiva realização dos direitos.

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 5.ed. São Paulo: Método, 2013, p. 1.172.

¹⁸ BEDAQUE, op. cit., p. 417 – 418.

¹⁹ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 182.

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁰, tem-se admitido a fungibilidade em mão dupla, a fim de que seja concedida a antecipação dos efeitos da tutela, ainda que tenha sido requerida uma medida de natureza cautelar, sendo imprescindível, porém, que os respectivos pressupostos estejam presentes.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO QUE VITIMOU FILHO/IRMÃO DA PARTE AUTORA. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. REFORMA. POSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. FUNGIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE PERICULUM IN MORA. 1. O artigo 273, §7º do CPC autoriza o magistrado a converter, não só pedido de tutela antecipada ou incidental de urgência em medida cautelar, mas também pedido cautelar em antecipação de tutela. 2. Fungibilidade que exige o preenchimento dos requisitos autorizadores: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. 3. Existência de dano irreparável ou de difícil reparação, principalmente pelo tempo transcorrido desde a data do sinistro, impondo-se, para evitar o perecimento da prova documental, diga-se, impossível de ser produzida pela parte requerente, a produção antecipada de algumas das provas requeridas. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Assim sendo, ainda que a parte tenha se equivocado em relação ao requerimento apresentado, compete ao magistrado atuar de forma a garantir a efetividade da prestação jurisdicional, concedendo a tutela mais adequada a afastar o risco da ineficácia do provimento final, desde que demonstrados de forma apta todos os requisitos exigidos para a concessão da referida medida.

3. CONCESSÃO *EX OFFICIO* DAS MEDIDAS URGENTES

A imparcialidade é uma das características exigidas na atuação do órgão jurisdicional, cuja neutralidade se revela elemento imprescindível no momento em que a solução final do litígio for proferida pelo magistrado.

Com base na norma constante no art. 2º do CPC, resta claro que o intuito do legislador processual foi no sentido de impor limites à prestação da tutela jurisdicional.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI n. 0002391-35.2014.8.19.0000. Relatora: Des. Mônica Sardas. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201400201604>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

Ao estabelecer o princípio da demanda atinente à inércia do julgador, certifica-se que não pode haver o exercício da jurisdição sem que haja a efetiva provocação do interessado. Além disso, os artigos 128 e 460 do referido diploma legal corroboram com o fim almejado, já que estabelecem o dever de a atividade judicial estar interligada ao princípio da congruência.

Todavia, essa regra acaba sendo relativizada diante de situações peculiares definidas na própria norma processual, tal como ocorre com base no poder geral de cautela reconhecido no art. 798 do CPC, bem como na previsão expressa no art. 797 do CPC, em que se admite a concessão das medidas cautelares de ofício pelo magistrado.

No que tange à concessão da tutela cautelar de ofício, cabe ressaltar que só será possível realizar essa medida de forma incidental no âmbito processual, tendo como base o entendimento demonstrado pelo doutrinador Humberto Theodoro Júnior²¹:

Como jamais pode o juiz iniciar qualquer relação processual de ofício, a excepcional faculdade do exercício da função cautelar *ex officio* há de integrar, *incidenter tantum*, os próprios autos do processo de conhecimento ou de execução onde as medidas provisionais se tornaram necessárias.

Da leitura do art. 797 do CPC, verifica-se que as medidas cautelares podem ser assim determinadas pelo juiz em casos excepcionais, bem como quando expressamente autorizados por lei. Ao interpretar esse dispositivo, surge certa divergência doutrinária em saber se a presença cumulativa de ambos os requisitos é algo exigido pela legislação processual.

Em que pese exista o entendimento de consideráveis doutrinadores²² no sentido de afirmar que os dois requisitos devem estar configurados para que a tutela cautelar seja concedida de ofício pelo julgador, outra corrente se posiciona²³ de forma contrária, concluindo que bastaria ter o legislador autorizado expressamente tal medida, sendo irrelevante a exigência da excepcionalidade do caso.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 48.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 522.

²² *Ibid.*, p. 521.

²³ CALMON DE PASSOS apud CÂMARA, *op.cit.*, p. 53.

Discordando dos entendimentos supracitados, sustenta o mestre Alexandre Câmara²⁴:

Os requisitos estabelecidos pela lei devem ser considerados alternativos, sob pena de se concluir que a referência à excepcionalidade do caso é despicienda. Assim sendo, é de se considerar possível ao magistrado conceder medidas cautelares *ex officio* nos casos expressamente previstos em lei (de que são exemplos os casos previstos nos arts. 1001 e 1018, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil), pois nesses casos a excepcionalidade está *in re ipsa*. Além disso, poderá o juiz deferir medidas cautelares *ex officio* (sempre incidentes, lembre-se), toda vez que verificar a ocorrência de um caso excepcional, em que a efetividade do processo já está em curso encontrando-se ameaçada de lesão. Basta pensar, por exemplo, na hipótese em que seja deferida, a requerimento do demandante, uma medida de antecipação da tutela jurisdicional. Considerando o juiz que, na eventualidade de ser o demandante, afinal, vencido no processo, será muito difícil ao demandado reverter a situação de fato criada pela tutela antecipatória, poderá ele determinar, de ofício, a prestação de caução (contracautela) por parte do demandante, para assegurar a efetividade do futuro provimento que reconheça a inexistência do direito afirmado pelo demandante em juízo, prestando-se, assim, tutela jurisdicional ao demandado. Note-se que, no exemplo aqui figurado, não há previsão legal da fixação de caução para a efetivação da tutela antecipatória, mas o juiz poderá, de ofício, em hipóteses excepcionais, determinar a prestação da garantia, com fulcro no disposto no art. 797 do CPC.

Por qualquer ângulo que se examine a questão, decerto se verifica que a atividade oficiosa do magistrado deve ser desempenhada com base na análise da necessidade do caso concreto apresentado, para que seja determinada a medida cautelar apta a alcançar resultados práticos em total consonância com a efetiva prestação jurisdicional.

3.1. DO PODER GERAL DE CAUTELA

O poder geral de cautela, cuja previsão encontra-se positivada no art. 798 do CPC, deve ser visto como uma autorização concedida ao magistrado para determinar medidas cautelares outras, além daquelas expressamente previstas pelo legislador.

Como já dito, a regra existente no atual ordenamento jurídico é no sentido de que as medidas provisórias sejam subordinadas ao princípio da inércia jurisdicional, porém, nesse caso, a legislação processual permite ao juiz conceder medidas cautelares que não estejam previstas no ordenamento jurídico, independentemente do requerimento da parte, já que não poderia a lei prever todas as situações de perigo da vida cotidiana.

²⁴ Ibid., p. 54.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça²⁵:

PROCESSO CIVIL. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES. MEDIDA CAUTELAR. PODER GERAL DE CAUTELA. LIMITES. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 128, 460 E 798 DO CPC. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. O art. 798 do CPC confere ao Juiz ampla liberdade no exercício do poder geral de cautela, não ficando ele adstrito, quando examina pedido cautelar, ao princípio dispositivo traçado pelas partes. Nada impede o Juiz de, com base no poder geral de cautela, determinar de ofício a adoção de medida tendente a garantir a utilidade do provimento jurisdicional buscado na ação principal, ainda que não requerida pela parte.

Como bem menciona Alexandre Câmara²⁶ “o poder geral de cautela é corolário da garantia constitucional da tutela jurisdicional adequada”, razão pela qual optou o legislador processualista em permitir que o juiz exercesse esse papel ao se deparar com casos em que não houvesse expressamente prevista uma tutela cautelar capaz de garantir o resultado prático do processo principal.

Diante disso, majoritariamente a doutrina manifesta o seu entendimento a favor do caráter exemplificativo da norma constante no art. 799 do CPC. Na lição de Humberto Theodoro Júnior²⁷, confirma-se que a interpretação da enumeração contida no referido dispositivo não pode ser vista como regra exaustiva, já que qualquer situação de perigo detectada antes do julgamento final deve ser coibida pelo uso do poder geral de cautela atribuído ao magistrado, a fim de que seja utilizada a medida adequada ao caso concreto apresentado e capaz de assegurar a utilidade processual.

Outro ponto merecedor de destaque está relacionado ao limite desse poder geral de cautela conferido ao órgão julgador. Analisando esse critério, Jaqueline Mielke Silva²⁸ afirma que o magistrado acaba sendo investido de um poder discricionário de amplíssimas dimen-

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1255398. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=35521849&sReg=201100986949&sData=20140530&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2014.

²⁶ CÂMARA, op.cit., p. 47.

²⁷ THEODORO JUNIOR, op.cit., p. 524.

²⁸ SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência*: de Pietro Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 97.

sões, ao ter a função de determinar as medidas práticas cabíveis no âmbito do poder geral de cautela, desde que assim o faça de modo não arbitrário, mas sempre atendendo aos limites traçados pela lei.

Já na visão do processualista Alexandre Câmara²⁹, a autoridade judiciária não está autorizada a atuar conforme juízo de conveniência e oportunidade, na medida em que existe um poder-dever do órgão julgador em conceder a medida cautelar atípica que se revele adequada ao caso apresentado pelo demandante, sempre que se deparar com a presença dos requisitos, a saber: ausência de medida cautelar típica prevista abstratamente como sendo a adequada para a situação exposta em juízo, além de restar configurada a presença do *fumus boni iuris e periculum in mora*.

3. 2. TUTELA ANTECIPADA EX OFFICIO

Ao fazer uma interpretação literal da regra expressa no art. 273 do CPC, verifica-se a necessidade de requerimento da parte para a obtenção antecipada dos efeitos da tutela, o que acaba sendo contrário à possibilidade de o magistrado conceder de ofício essa medida. Todavia, essa questão não é pacífica doutrina, pois existem fortes argumentos que embasam posicionamentos bastante contrários entre si.

Na visão dominante, Fredie Didier³⁰ afirma não ser possível antecipar de ofício os efeitos da tutela, em razão de existir uma regra de congruência esposada na legislação processual, além de restar configurado certo risco à parte adversária, em relação aos prejuízos que esta pode vir a sofrer com a reforma da decisão, já que não haveria qualquer responsabilidade do beneficiário que sequer requereu tal medida.

²⁹ CÂMARA, op.cit., p. 49.

³⁰ DIDIER JR., op.cit., p. 518.

A favor dessa tese, cabe transcrever o entendimento firmado pelo doutrinador Alexandre Câmara³¹:

Parece-me que a lei processual, ao exigir o requerimento da parte, manteve-se consentânea com o sistema processual vigente, onde prevalece o princípio da demanda, não podendo o órgão jurisdicional conceder à parte algo que não foi por ela pleiteado. Ademais, não se pode olvidar a hipótese de tutela antecipada se, afinal, indevida, causando danos à parte adversa, os quais precisarão ser reparados. Não se poderia, porém, responsabilizar o autor por um dano causado ao réu por uma decisão judicial que ele não pedira.

Da mesma forma se manifesta Dinamarco³², demonstrando ser inadmissível a antecipação de ofício, sob o fundamento de que “o adiantamento dos efeitos não se destina a dar apoio ao processo e à dignidade da jurisdição, mas de atender a interesses do litigante”.

Em total consonância com a exigência prevista na legislação processual, Barbosa Moreira³³ concorda com a necessidade do pleito da parte para que a tutela antecipada seja deferida. Entretanto, o próprio mestre assevera que os juízes têm desprezado, “sobretudo nos Juizados Especiais Cíveis e nas causas de família, a letra da lei e decretado de ofício a antecipação da tutela, em casos nos quais encontra base sólida a convicção da imprescindibilidade da medida”.

Por outro lado, ainda que se aponte como entendimento minoritário, vozes eloquentes se manifestam contrariamente à exigência constante no artigo em comento, afirmando ser possível a concessão de ofício da tutela antecipada, como forma de assegurar a tutela jurisdicional adequada ao litigante.

De acordo com o raciocínio desenvolvido pelo ministro Luiz Fux³⁴, “quando inexistente requerimento da parte e o magistrado encontra-se em situação de flagrante perecimento de direito, a concessão de ofício da medida antecipatória é vista como solução para que se preserve a utilidade do processo”.

³¹ CÂMARA, op.cit., p. 455.

³² DINAMARCO apud BEDAQUE, op.cit., p. 414.

³³ BARBOSA MOREIRA apud BEDAQUE, op.cit., p. 413/414.

³⁴ O PODER dos sonhos: antecipação de tutela ex officio nos casos do art. 273, II, CPC. Disponível em: < <http://rpradoj.blogspot.com.br/2009/11/antecipacao-de-tutela-ex-officio-nos.html> >. Acesso em 07 set. 2014.

Por oportuno, cabe ressaltar que o Art. 3º da Lei n. 12.153/2009³⁵, que regula o sistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, no âmbito Estadual, Distrital e Municipal, autoriza o deferimento de ofício das providências cautelares, bem como das tutelas antecipatórias no decorrer processual, a fim de evitar dano irreparável ou de difícil reparação, o que faz com que muitos magistrados na prática forense antecipem os efeitos da tutela, independentemente do requerimento da parte.

Sem dúvida, um dos argumentos embasados na posição formada pelos defensores da atuação oficiosa do magistrado no que tange à antecipação dos efeitos da tutela, ainda que assim o faça somente quando deparado a casos extremos, está relacionado ao direito fundamental à tutela efetiva, cuja previsão encontra-se expressa no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB, em que se busca assegurar, além do acesso à justiça, o reconhecimento de que a atuação imposta ao judiciário está amparada nos moldes da justiça.

CONCLUSÃO

As medidas de urgência são institutos muito utilizados na prática do judiciário, a fim de afastar os prejuízos causados em razão da demora processual, na medida em que as partes envolvidas nessa relação jurídica encontram-se na iminência de sofrerem lesões de difícil reparação ou até mesmo irreparáveis.

Considerando a relevância jurídica do princípio da fungibilidade, a pesquisa desenvolvida objetivou abordar a sua aplicabilidade no âmbito das tutelas de urgência, até mesmo para que ficasse esclarecida qual foi a real intenção do legislador processual ao relativizar o formalismo exigido por determinada norma, em prol da utilização do processo como instrumento de justiça.

³⁵ BRASIL. Lei n. 12.152, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 21 set.2014.

Decerto, resta claro que o melhor caminho a ser seguido para combater o risco de inutilidade da tutela final é aquele em que se admite a fungibilidade de mão dupla entre as medidas de urgência, desde que o magistrado assim o faça com a devida aferição da presença dos respectivos pressupostos.

Na busca da efetividade processual, dúvidas não restam acerca da sintonia existente entre o princípio da instrumentalidade das formas e a fungibilidade entre as medidas de urgência, cuja essência tem como espoco primordial evitar ou minorar lesões ao direito.

Diante da análise da atividade oficiosa do magistrado quando do deferimento de cada uma das medidas urgentes, certifica-se que algumas das normas constantes na legislação processualista foram elaboradas com o fim de autorizar a atuação do órgão no sentido de aplicar a medida cautelar adequada ao resultado prático, independentemente do requerimento da parte, tendo como base a impossibilidade de serem previstas todas as situações de perigo da vida cotidiana.

Em total consonância com o princípio da demanda, não há determinação legal expressa acerca da concessão *ex officio*, quando se tratar de casos relacionados à antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

Diante da regra normativa que exige o requerimento da parte para fins de concessão da tutela antecipada, existe posicionamento majoritário inadmitindo essa antecipação de ofício, até mesmo por restar caracterizado certo risco à parte adversária.

Em que pese predominar no atual ordenamento jurídico o entendimento supracitado, deve-se observar a visão esposada por aqueles que se manifestam contrariamente, mormente por embasarem os seus argumentos jurídicos no mandamento constitucional baseado na efetiva prestação jurisdicional.

Assim sendo, o processo deve ser visto como meio hábil a garantir ao cidadão uma solução amparada nos moldes da justiça, sendo certo que a função exercida pelo magistrado

deve ser condizente com os mandamentos legais, além de constituir um verdadeiro mecanismo de segurança jurídica, até mesmo quando houver uma imediata intervenção no caso concreto, de forma a evitar maiores sofrimentos para a parte que está arcando com o ônus do tempo.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. Tentativa de sistematização. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. v.2. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2014.

BRASIL. Lei n. 12.152, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 21 set.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI n. 0002391-35.2014.8.19.0000. Relatora: Des. Mônica Sardas. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201400201604>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1255398. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=35521849&sReg=201100986949&sData=20140530&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 07 set. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v.3. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CORREA DE VASCONCELOS, Rita de Cassia. *Princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

O PODER dos sonhos: antecipação de tutela ex officio nos casos do art. 273, II, CPC. Disponível em: < <http://rpradoj.blogspot.com.br/2009/11/antecipacao-de-tutela-ex-officio-nos.html> >. Acesso em 07 set. 2014.

PAULO DE CARVALHO FILHO, Milton. Processo cautelar. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Jaqueline Mielke. *Tutela de urgência*: de Pietro Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. v.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 48.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. rev. e atua. São Paulo: Perfil, 2005.