

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RONALDO FERNANDES SILVA DE SENA

TUTELAS DE URGÊNCIA:

A observância do princípio da adstrição em sede das tutelas de urgência

Brasília

2015

RONALDO FERNANDES SILVA DE SENA

TUTELAS DE URGÊNCIA:

A observância do princípio da adstrição em sede das tutelas de urgência

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, como requisito parcial para obtenção de título de especialista em Direito Processual Civil na linha de pesquisa de Direito processual civil.

Brasília

2015

Sena, Ronaldo Fernandes Silva de.

Tutelas de urgência: a observância do princípio da adstrição em sede das tutelas de urgência. –Brasília: IDP/EDB, 2015.

59f.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de título de especialista em Direito Processual Civil no curso de Pós Graduação Latu Senso do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

1. Acesso a Justiça. 2. Tutela de Urgência. I. Título. II. Instituto Brasiliense de Direito Público

CDD 341

RONALDO FERNANDES SILVA DE SENA

TUTELAS DE URGÊNCIA

A observância do princípio da adstrição em sede das tutelas de urgência

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, como requisito parcial para obtenção de título de especialista em Direito Processual Civil na linha de pesquisa de Direito processual civil.

Banca Examinadora.

Professor Mestre Hector Vieira
Instituto Brasileiro de Direito Público

Professora Mestra Lara Morais
Instituto Brasileiro de Direito Público

Brasília, 8 de Abril de 2015.

RESUMO

O judiciário brasileiro vêm passando por crises numéricas de processos, associadas a excessiva demanda por parte dos jurisdicionados, que por muitas vezes são levados por uma cultura de judicialização que têm promovido uma demora excessiva no deslinde da causa. As tutelas de urgência surgiram no ordenamento jurídico com a finalidade de suprir a necessidade do jurisdicionado, de dar efetividade e amplitude do direito desse de obter acesso a justiça por meio da atividade jurisdicional, mas, no entanto as tutelas de urgência encontram alguns requisitos para a sua concessão, como por exemplo, o requerimento da parte, que em casos de urgência podem representar uma barreira que venha ocasionar injustiças, haja vista o risco iminente de perecimento do direito ante a demora, em razão disso a doutrina assente defende a mitigação do princípio dispositivo, para casos excepcionais, onde o magistrado se valha de poderes por meio de garantias fundamentais insculpidas no artigo 5º da CF/88, pelo princípio da inafastabilidade, angariar a concessão de medidas antecipatórias e cautelares de ofício, a exemplo do direito penal em casos de violência doméstica, o juiz toma de medidas protetivas, sem audiência a parte contrária sob o fundamento de proteção a parte ofendida que se encontra em situação de emergência. Considerando o enfoque dado a efetividade do processo e o acesso à justiça, o formalismo exacerbado para casos que necessitem de tutelas de urgência, não constitui óbice o requerimento da parte para a concessão de tutelas de ofício, presentes o risco iminente de perecimento do direito.

PALAVRAS CHAVES: ACESSO A JUSTIÇA – ADSTRIÇÃO- URGÊNCIA – DANO- RISCO- EFETIVIDADE- RESULTADO ÚTIL.

ABSTRACT

The Brazilian judiciary come passing by numerical processes, crises associated with the excessive demand on the part of the courts, which are often driven by a culture of judicialization who have promoted an excessive delay in finally of cause. The guardianship of urgency arose in the legal system in order to meet the need of the member of the process, to provide effectiveness and breadth of this law to obtain access to justice through the judicial activity, but nevertheless the guardianship of urgency are some requirements for its concession, as for example, the application of the part, which in cases of urgency may represent a barrier to come cause injustices, given the imminent risk of perishing from right before the delay, as a result the doctrine based advocates assume mitigation device, for exceptional cases, where the magistrate if worth of powers by means of fundamental guarantees in the article 5 of CF/88, by the principle of adstriction, raising the issue of precautionary and anticipatory responses measures of trade, following the example of the criminal law in cases of domestic violence, the judge takes protective measures without hearing the opposing party on the grounds of protecting the injured party which is under emergency situation. Considering the focus given the effectiveness of the process and access to justice, the excessive formalism for cases requiring emergency guardianship does not constitute the application of the obstacle to ensure guardianship of trade, present the imminent risk of perishing from the right.

KEY WORDS: ACCESS TO JUSTICE – PERIODIC PENALTY PAYMENT-URGENCY-DAMAGE-RISK-EFFECTIVENESS-USEFUL RESULT.

LISTA DE ABREVIACÕES e SIGLAS

CPC – Código de Processo Civil

CF – Constituição Federal

PL – Projeto de lei

RE – Recurso Extraordinário

Resp. - Recurso Especial

AT - Antecipação de Tutela

MP – Medida Provisória

CAUT – Medidas Cautelares

SUMÁRIO

1. DAS TUTELAS DE URGÊNCIA	11
1.1 CONCEITO E ESCORÇO HISTÓRICO	11
1.2 PRINCÍPIO DO ACESSO A JUSTIÇA	14
1.3 DA EFETIVIDADE DO PROCESSO	16
1.4 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	17
1.5 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE	20
2. DA URGÊNCIA	23
2.1 PERICULLUM IN MORA	24
2.2 DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO	27
3. AS TUTELAS DE URGÊNCIA E O PROJETO DO NOVO CPC	30
4. DO PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO	35
5. DOS PODERES DO JUIZ	40
5.1 PODER GERAL DE CAUTELA	40
5.2 O ARTIGO 797 DO CPC E A SUA ATUAÇÃO DE OFICIO	45
5.3 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EX OFFICIO	46
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo adentrar o conteúdo pertinente as tutelas de urgência bem como buscar melhor entendimento acerca do conceito e características desse instituto percorrendo os princípios que melhor regem a atuação do magistrado na concessão de medidas de urgência, tomando por objeto de pesquisa a possibilidade de atuação independente de requerimento expresso da parte do magistrado ante situações emergenciais, sob o fundado periculum in mora e risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

O problema abordado nesse trabalho encontra-se instalado na orientação expressa nos artigos 2º, 128 e 460 do CPC dos quais estão representados pelo princípio dispositivo, que deverão ser utilizados em sua forma absoluta mesmo que tenha pela frente uma tutela de urgência, assim como o estabelecido no artigo 273 caput do CPC que a concessão de medidas antecipatórias deverá necessariamente estar adstrita ao requerimento da parte e caso não haja a sua existência, a tutela de urgência não poderá ser concedida por falta de requerer, sendo, portanto óbice na sua concessão

Ademais, esse trabalho não visa exaurir o assunto relacionado às tutelas de urgência, mas sim mostrar a face do problema de efetividade que o judiciário brasileiro encontra-se acometido causando sérias afrontas ao princípio do acesso a justiça, que se consubstancia como garantia constitucional fundamental, haja vista a crise numérica de processos que não atingem o fim colimado por ser atingida por percalços ao longo de sua tramitação e por meio da tão temida demora que coloca em risco prestação jurisdicional útil, capaz de trazer efeitos práticos ao mundo fático.

Cumpre-se percorrer os aspectos pertinentes aos princípios albergados no processo civil moderno, bem como aos princípios constitucionais implícitos nas tutelas de urgência, dando-se ênfase ao papel de cada um na atuação do

magistrado e os poderes conferidos para que esse aja da forma mais adequada, no intuito de atingir o fim necessário na concessão do provimento jurisdicional atinente a situações emergenciais, objetos de concessão das tutelas de urgência.

Alcançar o entendimento acerca do assunto pela doutrina atual, bem como verificar a tendência do direito processual civil moderno no tratamento de situações excepcionais que necessitem de uma atuação diferenciada por parte dos magistrados, na busca de melhor efetividade e resultado útil do processo, sob o fundado fim maior, de alcance, da tão sonhada pacificação social, por meio de uma prestação jurisdicional equânime, tempestiva e justa.

O campo das tutelas de urgência é de vasta riqueza, haja vista o caráter de proteção ao direito que ela abriga na sua origem, sendo objeto de pesquisa por parte da ciência processual, o presente tema traduz-se como de grande relevância nos dias atuais, considerando as mudanças que a sociedade moderna vivencia na contemporaneidade da qual não podemos deixar de relacionar o fator tempo que transpassa barreiras, não perdoando a demora caso venha existir algum tipo de risco iminente que possa vir trazer prejuízos irreparáveis ao direito das partes, tendo que a parte amargar pela falta de tutela ao seu bem jurídico. Nesse sentido o judiciário moderno assume o papel de garantidor dos direitos constitucionais, atuando de forma proativa no sentido não permitir o perecimento do direito do jurisdicionado que se vale de sua pretensão jurisdicional, sob os auspícios de ver o seu direito protegido, portanto essa pesquisa traça os aspectos de relevante valor social ao jurisdicionado que urge por justiça e por circunstâncias alheias, necessita do braço forte do judiciário para que assim obtenha paridade de armas para lutar pelo seu direito.

1. DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

1.1 CONCEITO E ESCORÇO HISTÓRICO

Compreendem-se por conceito de tutelas de urgência as medidas tomadas com o intuito de afastar situações de riscos graves a efetividade do processo, os quais decorrem da demora do curso do processo comum, este que muitas vezes demonstra-se inoperante face ao direito da parte lesada que experimenta do dissabor de não ver cumprido a tempo uma solução para a sua demanda judicial, através de um provimento jurisdicional capaz quanto a sua eficácia de proporcionar ao jurisdicionado atingir o resultado hábil e o fim colimado em nossa ciência processual

As tutelas de urgência formam o gênero composto pelas medidas cautelares e as medidas de antecipação de tutela de mérito, sendo a primeira de cunho processual onde a sua atuação se dar na garantia da efetividade do processo, resguardando a instrumentalidade necessária e adequada para a desenvoltura do processo, já a segunda medida trata-se de satisfação e antecipação do resultado ou seja, uma vez preenchido os requisitos para antecipar a resolução da demanda, o órgão julgador poderá antecipar o mérito da sentença para com que o jurisdicionado possa alcançar o resultado útil , *à priori* da sua pretensão ao distribuir a demanda processual.

Com a introdução das medidas de urgência, por meio da antecipação de tutela artigo 273 do nosso vigente código de processo civil, e anteriormente pelo poder geral de cautela artigo 798 e 799 de nosso CPC o legislador buscava retirar o processo civil de um estado de apatia e ineficiência ao qual repercutia negativamente junto ao jurisdicionado. Portanto ressalta-se a importância das tutelas

de urgência em sua crescente busca de debelar a morosidade tão prejudicial ao resultado prático do processo. Cumpre-se esclarecer a posição de alguns doutrinadores que condenam a utilização descabida desse instituto, pois conforme dito anteriormente, as tutelas de urgência são caracterizadas pela condição de cognição sumária por parte do órgão julgador que decidem em curto espaço de tempo pelo deferimento ou não, onde qualquer precipitação ou convicção equivocada pode vir trazer prejuízos marcantes as partes envolvidas, situação esta que traz o caráter de reversibilidade como condição para possível acatamento uma vez caracterizado o seu caráter de urgência.

Das tutelas de urgência trazem em sua finalidade de busca a efetividade do processo, o qual cabe ressaltar o avanço ocorrido na ciência processual ao longo dos anos, a começar com as novidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 1973, o qual sistematizou o processo em três tipos, a saber, processo de Conhecimento, Execução e Cautelar, sendo este último com a previsão especial do poder geral de cautela do juiz estatuído nos artigos 798 e 799 do vigente código de processo, o CPC de 1973 trouxe a qualificação de processo autônomo para as cautelares, abarcando a virtude de abranger todas as medidas de cunho preventivo, conservatório e incidente que traduz a tutela legal. O artigo 273 do CPC e suas posteriores mudanças ao código de 1973 modernizaram e ampliaram os poderes do juiz nas decisões quanto ao provimento jurisdicional adequado ante situações de urgência, que a sua omissão ou demora pode acarretar sérios danos a parte que teve o seu direito lesado, contribuindo para situações de injustiça e não efetividade processual

Nesse sentido, o legislador com a vontade de resguardar situações de urgência permite a antecipação de tutela quando houver risco de dano irreparável ou de difícil reparação, a defesa se mostrando abusiva, intuito protelatório do réu, antecipação de tutela em obrigações de fazer e não fazer, entrega de coisa certa. O instituto da Antecipação de Tutela fora introduzido primeiramente pela lei n 8.952/94, sendo ampliado e aprimorado pela Lei n 10.444/02, sendo criadas técnicas capazes de acelerar a prestação jurisdicional através da sumariedade em substituição ao

longo processo de cognição plena, conforme prenota José Roberto dos Santos Bedaque:

Em substituição ao longo processo de cognição plena, com todas as garantias a ele inerentes, surge a idéia de uma tutela mais rápida, com cognição limitada, que possibilite a parte obter antecipadamente o resultado da atuação jurisdicional. Afirma-se, mesmo, que o futuro do processo civil será dominado pelos provimentos urgentes e provisórios.¹

O ilustre Professor ressalta a importância dos provimentos urgentes e provisórios dando posição de destaque no desenvolver de nossa ciência processual, conferindo como o futuro a ser alcançado com o domínio desses institutos, proporcionando melhor acesso à justiça pelo jurisdicionado, pelo o debelar da demora ao provimento jurisdicional que faça garantir a correta prestação jurisdicional ao detentor do direito lesado.

A cognição sumária que rege as Tutelas de Urgência significa que o órgão julgador deva ter um conhecimento superficial dos fatos, o qual será aprofundado ao longo do processo formando a cognição exauriente, haja vista o caráter de provisoriedade e irreversibilidade da medida de urgência, podendo esta se argüida em qualquer fase do processo e também podendo ser revogada a qualquer tempo a medida que se possa garantir o status quo da relação processual para com que assim, as partes não sejam prejudicada por possíveis equívocos e convicções errôneas na condução da medida de urgência.

Antecipação de Tutela como espécie do ramo das tutelas de urgência nesse contexto prescinde de certeza e segurança resultante de uma cognição exauriente, uma vez que o mérito da questão, ainda venha ser discutido no decorrer do processo a tornar-se imutável formando coisa julgada, sendo o objetivo do legislador ao formular as medidas de urgência simplesmente garantir a efetividade do resultado prático do processo movido pelo jurisdicionado que necessita de uma

¹ BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**. 4. Ed. São Paulo:Malheiros,2006, p.119.

resposta mais pontual pelo judiciário a ser considerada a verossimilhança dos fatos alegados ante o perigo da demora, que leve a não eficácia do provimento jurisdicional frustrando o jurisdicionado na busca de ter o seu direito assegurado batendo nas portas do judiciário para que esse cumpra a sua função de pacificador social e em obediência a Constituição federal que orienta ao judiciário a uma correta prestação jurisdicional.

1.2 PRINCÍPIO DO ACESSO A JUSTIÇA

Trata-se de um dos principais princípios de nosso ordenamento jurídico, o qual se encontra *in voga*, haja vista a crise que se acomete o judiciário brasileiro principalmente no que concerne ao crescente numero de processos tramitando nas mais diversas cortes desse País, sem uma resposta concreta e efetiva ao jurisdicionado.

As tutelas de urgência busca ampliar o acesso do jurisdicionado a uma solução equânime que traga a satisfatividade de sua pretensão em tempo hábil, assegurando o acesso a justiça conforme prenota Kazuo Watanabe:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos

operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução.²

Cumpra-se falar que com a necessidade de se dar acesso a justiça ao jurisdicionado, este em consonância com o Princípio da inafastabilidade do judiciário as suas mais diversas pretensões, vêm com a inovação de nossa ciência processual no sentido de viabilizar o provimento judicial a necessidade das partes, por meio das tutelas de urgência onde buscou-se a evolução e inovação dos tipos de provimentos jurisdicionais, com relevante repercussão nos poderes do juiz.

Os poderes do juiz ao decidir acerca de determinado caso concreto , quando se defere ou não uma determinada tutela de urgência, poderá ser ampliado no intuito de assegurar acesso a justiça ao jurisdicionado, frente a formalidades processuais que bloqueiam a efetividade do processo, considerando a solução pontual ao caso concreto e analisando as circunstâncias da causa, foi autorizado ao juiz o uso de variados expedientes executivos.

A Constituição federal em seu artigo 5º, inc. XXXV, que consagra o princípio do acesso a justiça dizendo que: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito, estabelecendo, portanto bem mais do que o direito de ação, mas a garantia de uma tutela adequada e efetiva, que atenda aos desígnios para com que foi criada, sendo, nesse sentido primordial a discussão acerca do acesso a justiça quanto a sua extensão quando se falar em efetividade de uma solução justa e equânime ao detentor do direito lesado e não ficando apenas nas formalidades retrógradas do processo.

Dado a um no enfoque de acesso a justiça pelo jurisdicionado, vale ressaltar a necessidade de adaptação do processo civil ao tipo de litígio, como evidenciado nesse trabalho, no âmbito da urgência, garantindo às partes a defesa de seus interesses. Leis federais 4348/64 5021/66 8437/92 9494/97.

² WATANABE, Kazuo “tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer- arts.273 e 461 do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996,p.20.

1.3 DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

O processo tem como princípio basilar a efetividade de seus meios, onde o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos necessários à prestação de tutela executiva aos jurisdicionados. O direito além de ser reconhecido deve ser efetivado, no qual o jurisdicionado tenha a satisfação de seu direito garantido. Conforme colaciona Marcelo Guerra:

O direito fundamental à tutela executiva exige um sistema de tutela jurisdicional capaz de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva.³

Nesse sentido, a tutela de urgência é regida pelo princípio da efetividade, onde se busca por meio dela debelar qualquer ameaça a dano e a não efetividade do direito tutelado, haja vista a verossimilhança da alegação e a garantia do devido processo.

Acerca da efetividade do processo o professor Luiz Guilherme Marinoni alega que:

O sujeito do processo somente é titular de um direito quando tem uma posição juridicamente protegida, isto é, quando o direito proclamado pela norma atributiva dispõe de uma forma de tutela que seja adequada à sua proteção.⁴

As tutelas de urgência busca proteger de forma adequada, uma vez que a demora do processo pode vir a perecer o direito a ser proclamado, ainda por cognição sumária o órgão julgador age cautelosamente por utilizar-se de meios efetivos, no qual toma conhecimento dos fatos verificando o perigo da demora e questões que

³ Guerra, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, cit., p.102.

⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9 ed. São Paulo: Edit revista dos tribunais 2006, p.27

possam inutilizar o trâmite do processo instaurado de forma incidental dar provimento a medida assecuratória ou que antecipe os efeitos da sentença com a satisfação do direito pleiteado. Portanto os mecanismos processuais dos quais se incluem os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões devem ser para que assim respeitem o princípio da efetividade, meios aptos a efetivar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados dessa forma assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos aqueles que têm razão.

No ramo das tutelas de urgência não é diferente principalmente quando a efetividade do processo está em risco, onde cabe o magistrado não se furtar de prover medida de urgência capaz de assegurar o resultado prático da demanda processual, buscando tutelar o detentor do direito lesado, promovendo a segurança jurídica necessária ao bom andamento de nosso estado democrático de direito.

1.4 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal se consubstancia como o processo cujo o procedimento e suas conseqüências estejam previstas em lei e que estas estejam em sintonia com a Constituição Federal, exigindo-se dessa forma um processo razoável á luz dos direitos e garantias fundamentais.

As tutelas de urgência devem seguir o devido processo legal à luz das garantias constitucionais, onde a infringência das normas que estabelecem a forma de atuação do órgão julgador ao deferir medida de urgência e das implicações a parte postulante em face de danos a serem percebidos pela parte contrária aos efeitos da medida urgencial.

O nobre professor Luiz Rodrigues Wambier tece o seguinte comentário acerca do devido processo legal:

Toda e qualquer conseqüência processual que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade processual quanto no âmbito de seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente previsão legal e em consonância com o conjunto de garantias constitucionais fundamentais.⁵

O comentário supra mencionado reforça a posição de segurança jurídica as partes que litigam ao preverem as regras processuais as quais estão inseridas e suas conseqüências, uma vez que no âmbito das tutelas de urgência a parte sob fundado receio de ver o seu direito sofrer algum tipo de dano mune-se da medida judicial proferida pelo órgão julgador a fim de ver suprida a sua garantia do devido processo legal que irá contrabalancear o risco de lesão a vir ser sofrido pela parte ocasionado pela parte contrária, trazendo dessa forma à baila a importância do devido processo legal para a pacificação social ante a confusão da falta de regramento das medidas processuais caso não respeitem o princípio do devido processo legal.

Ilustre doutrinador Fredie Didier Junior defende a idéia da existência de duas dimensões para o devido processo legal que são o devido processo legal formal ou procedimental que representa o conteúdo composto pelas garantias processuais propriamente ditas tratando-se de uma dimensão mais conhecida do devido processo legal e a segunda dimensão oriunda dos EUA defende a posição de um devido processo legal mais abrangente que não se atenha apenas as exigências formais mais que adentre as decisões jurídicas devidas, conforme prenota Didier.

Nos EUA, desenvolveu-se a dimensão substancial do devido processo legal. Um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências

⁵ Wambier, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, volume 1. Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini- 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos tribunais, 2014. p.71

formais: devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas.⁶

O devido processo legal no Brasil abrangue a regra da razoabilidade e proporcionalidade onde a jurisprudência do STF retrata em decisão proferida pelo ministro Celso de Mello, no RE n.374.981 de 2005, a seguir:

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do '*substantive due process of law*' eis que no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 – RTJ 178/22-24) O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita a rígida observância de diretriz fundamental, que encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.⁷

O devido processo legal por meio de decisões razoáveis e proporcionais coloca em pauta a discussão voltada à celeridade e segurança essa de alta importância nos dias atuais, haja vista o perigo da demora que pode acarretar sérios danos a parte lesada que fica obstada de ver o seu direito garantido por um processo eficiente e eficaz.

⁶ JR DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil**, SÃO PAULO. editora JUS PODIUM 16ed, 2014.p.49

⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 374.981**, de 28 de março de 2005 de Relatoria do Ministro Celso de Mello.

Fredie Didier (2014) diz que considerar o devido processo legal como fundamento dos deveres da proporcionalidade ou razoabilidade não significa dizer que se trata de deveres a serem aplicados apenas no âmbito processual jurisdicional, mas em qualquer produção normativa inclusive no processo de produção dos negócios jurídicos.

1.5 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE

Demonstra-se imprescindível para o constante aperfeiçoamento de nossa prestação jurisdicional, a devida observância do princípio da instrumentalidade, este que junto com os outros princípios processuais, dos quais visam a efetividade dos meios procedimentais para que o direito atinja o seu fim primordial que é a pacificação social, nesse sentido, não se pode deixar olvidar a preocupação maior do aplicador em relação as técnicas que privilegiem a composição dos litígios, não restando a concepção da existência do processo pelo processo.

O nobre autor Humberto Theodoro Junior contempla seus estudos do princípio da instrumentalidade com o dizer a seguir:

Não basta, outrossim, preocupar-se com a perseguição da solução de mérito, é indispensável que ela seja quanto antes alcançada, evitando-se procrastinações incompatíveis com a garantia de pleno acesso à justiça prometida pela Constituição (CF,art.5,XXXV).⁸

Nas palavras de Humberto Theodoro faz-se refletir acerca do verdadeiro papel do processo civil no que tange a sua efetividade, do qual necessita da fuga do tecnicismo exagerado, além dos entraves burocráticos dos procedimentos legais a sua efetividade, a fim de proporcionar uma duração razoável do processo, a contento para uma boa prestação jurisdicional a serem ofertadas pelo judiciário as partes que buscam a solução adequada para as suas divergências.

⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil- Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**- vol. I- Humberto Theodoro Junior- Rio de Janeiro: Forense, 2014. P.34

O princípio em comento, o qual se encontra inserido no processo civil moderno tem por escopo a busca pela simplificação do referido processo, tendo por entrave a convivência diária com a burocracia, a instrumentalidade visa o bom andamento ao processo proporcionado o sentimento de segurança e previsibilidade ao jurisdicionado.

Cabe ressaltar, que o princípio da instrumentalidade das formas está previsto no Código de Processo vigente por meio dos artigos 154, 244, e 249, par, os quais geram divergências doutrinárias acerca da liberdade das formas e a rigidez, formalidade do procedimento. Alguns doutrinadores adeptos de uma corrente liberal entendem que o processo deve ater-se a sua finalidade e a efetividade da justiça não sendo, portanto invalidado o ato que atinja a finalidade a ser alcançada por simples defeito de forma o direito deixe de ser tutelado, corrente esta que entendemos ser melhor aplicada junto as tutelas de urgência, haja visto o perigo da demora ao tutelar o direito representa para a parte dano em algumas situações irremediáveis, em posição contrária encontra-se o formalismo exacerbado .

Não se pode olvidar, a necessária sistematização de reformas processuais que busquem a efetividade do processo, dessa forma abandonando o excesso de formalismo, ampliando o acesso a justiça ao jurisdicionado de forma substantiva, se preocupando com a prestação jurisdicional a ser conferida de maneira justa a quem necessita de uma resposta em regime de urgência, a qual faz parte do objeto de estudo deste trabalho. A efetividade do processo passa pela ampla utilização do princípio da instrumentalidade, o qual atua para a efetiva marcha processual de forma indissociável como elemento do processo civil moderno, pois a sociedade manifesta-se ansiosa por soluções que amenizem a crise do judiciário e seu conseqüente crescimento de processos.

Decerto, que a ampliação dos poderes do Juiz ante a uma situação de urgência, demonstra-se um grau de sensibilidade aos necessitados de uma prestação arraigada de celeridade, efetividade e legalidade processual que traga

segurança jurídica ao jurisdicionado detentor do bem jurídico a ser tutelado. Com a finalidade de se obter um processo civil moderno parte da doutrina defende a deformalização do processo, para que se atinja a finalidade de pacificador social conferida ao processo civil, tornando nesse sentido para o bom andamento do processo a necessidade de diferenciação da formalidade do formalismo onde o primeiro se mostra adstrita ao processo e sendo de grande importância para a sua existência , do formalismo que é decorrente do culto exacerbado, cujo conservadorismo encontra-se tão presente nas decisões do judiciário que de forma equivocada acredita-se atender os anseios da sociedade.

2. DA URGÊNCIA

Conforme prestado anteriormente as tutelas de urgência são formadas por medidas cautelares e medidas antecipatórias, portanto extrai-se que as tutelas em comento formam um gênero concebido para conjurar o perigo de dano pela demora do processo, onde a parte em regra pede uma providência urgente com o objetivo de fugir do resultado indesejável do perigo de dano enquanto tramita o processo.

As tutelas de urgência têm o condão de quebrar a seqüência normal do procedimento ordinário, promovendo sumariamente provimentos que ordinariamente somente seriam cabíveis após o juízo de mérito definitivo do direito da parte, haja vista a situação que a demora do processo pode acarretar ao jurisdicionado que teve o seu direito prejudicado, todavia submete-se para o seu acolhimento aos requisitos de admissibilidade e procedimentos peculiares ante a urgência.

Não se pode olvidar, a preocupação do legislador e em especial da doutrina pátria com a adoção de medidas especiais que seja capaz de combater e mitigar os danos da demora na obtenção de uma tutela jurisdicional, onde vários são os expedientes que se valem para que se atinja a efetividade do processo e se coíba os efeitos do tempo sobre os resultados do processo. Nesse sentido introduzem-se as tutelas diferenciadas que buscam a sumarização dos procedimentos comuns, conduzem as modernas tutelas de urgência para realizar o anseio de efetividade que acomete o judiciário ante a crise numérica de processo a que estamos vivenciando atualmente, pois uma justiça que tarda é sempre falha.

O ilustre Doutrinador Cássio Scarpinella define a urgência ou perigo da demora dessa forma:

Esse “perigo na demora da prestação jurisdicional” deve ser entendido no sentido de que a tutela jurisdicional deve ser prestada como forma de evitar a perpetuação da lesão a direito ou como forma de imunizar a ameaça a direito do autor. Trata-se, inequivocamente, de uma situação em que a tutela

jurisdicional é antecipada como forma de debelar a *urgência*, sendo insuficiente a prática de atos que busquem meramente assegurar o resultado útil do processo, isto é, a futura prestação jurisdicional.⁹

Ademais, em comento a fala de Scarpinella acima, cumpre-se destacar que o Autor descreve de forma explícita a atuação das tutelas de urgência frente a uma situação de demora, que de forma diferenciada busca a efetividade processual a garantir um resultado útil, voltando-se a imunizar a situação de ameaça a direito.

2.1 PERICULLUM IN MORA

Trata-se de instituto ínsito as medidas cautelares, o qual é também denominado como perigo da demora pela doutrina, que nesse sentido atua como requisito de admissibilidade para a concessão do gênero tutelas de urgência, das quais integram as medidas cautelares, Vicente Greco Filho utiliza-se da seguinte definição para o instituto jurídico do pericullum in mora:

O pericullum in mora é a probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante da demora no ajuizamento ou processamento e julgamento desta e até que seja possível medida definitiva.¹⁰

Em comento a lição do Professor Vicente Greco, verifica-se o risco do perigo da demora assolar o resultado útil do processo, anteriormente a propositura da demanda, durante o processo pela demora no trâmite, em questões incidentais que

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil**, vol. 4: Tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos / Cassio scarpinella Bueno-5.ed. ver e atual.- São Paulo : Saraiva, 2013. P.43

¹⁰ Greco Filho, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, Volume 3: processo de execução a procedimentos especiais / Vicente Greco Filho .22.ed.- São Paulo : Saraiva, 2013.P.207

podem trazer danos ao direito definitivo a ser contemplado, devendo a medida assecuratória debelar o risco de dano, conhecido por periculum in mora até que a questão definitiva seja prolatada pelo órgão julgador.

Esse receio de lesão traduz-se pela compreensão de que em alguns casos, por meio das tutelas de urgência, impor a atuação do Estado Juiz a fim de evitar que o fator tempo decorrido a tutela da prestação jurisdicional definitiva, torna-se óbice para a fruição do pleno direito que está na iminência de ser lesionado O artigo 5º da CF/88 diplomacia a atuação jurisdicional para reparar lesões e imunizar ameaças.

Cabe ressaltar, a necessidade de a prestação jurisdicional ser efetiva, dessa forma atingindo o fim colimado pelo processo civil, o periculum in mora representa um sério risco ao acesso á justiça caso não venha ser combatido, sendo o formalismo exacerbado um potencializador para a demora da devida prestação jurisdicional.

O ilustre doutrinador Luiz Guilherme Marinoni retrata a problemática do fator tempo com o perigo da demora da seguinte forma;

O sistema processual civil, para atender ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão.¹¹

Marinoni, ressalta a importância de se racionalizar a questão do fator tempo para uma prestação jurisdicional efetiva, principalmente quando o perigo da demora ronda o processo colocando esse em risco quanto ao seu resultado útil, é preciso que o órgão julgador seja sensível a questão e tome a medida eficaz em tempo hábil, zelando pelo bem jurídico objetivado pelas partes, a racionalidade do tempo

¹¹Marinoni, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**/Luiz Guilherme Marinoni.-9. Ed. Ver.- São Paulo :Editora Revista dos Tribunais,2006. P.343

demonstra-se como fator principal para imunizar o direito de risco de lesões, haja visto o anseio da sociedade na solução para as suas controvérsias.

O nobre professor Ernane Fidélis dos Santos tece os seguintes comentários acerca do Pericullum in mora:

O perigo da demora poderá referir-se ao pretense direito da parte, com danos da mais variada especificação, como também à ideal formação do processo, no seu objetivo de fazer justiça.¹²

O pericullum in mora ronda na possibilidade da existência de lesão por meio de riscos de danos ou prejuízos advindos da situação conflitante, ainda que se faça por meros indícios que possa colocar em risco, certo direito da parte ou a correta formação do processo, conforme verificado pelo professor Ernane, supra referindo-se ao comentário esposado.

Ademais, o pericullum in mora faz referência ao interesse processual de se obter uma justa solução do litígio, o qual se encontra em risco caso o dano temido concretize-se, alijando as partes de satisfazerem as suas pretensões e assegurar o resultado útil do processo, podemos verificar no âmbito do perigo da demora o receio fundado, esse que deverá se demonstrar por meio de um fato concreto que legitime o perigo do dano iminente, o dano temido há de ser grave e de difícil reparação, já o perigo de dano próximo se relaciona com uma lesão que possa vir ocorrer durante o processo principal de forma incidental, antes mesmo da solução definitiva de mérito.

O perigo da demora conforme verificado nesse trabalho constitui-se como fator preponderante e requisito de admissibilidade juntamente com o *fumus boni iuris* para concessão de medidas cautelares, principalmente as de urgência que convivem com o fator tempo rivalizando com este, a possibilidade de assegurar ou não o direito da parte antes da solução definitiva de mérito, ou seja, torna-se a luta contra

¹² Santos, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**, volume 2: execução e processo cautelar/Ernane Fidélis dos Santos- 15.ed.-São Paulo : Saraiva, 2013.P.348

o tempo quando se falar de risco de lesão ao direito pleiteado pelo perecimento da coisa litigiosa e outros meios anteriormente esposados neste capítulo.

2.2 DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

Conforme preconizado no art. 273 inc. I de nosso vigente Código de Processo Civil disciplina a condição para a concessão de tutela antecipada com base na urgência, portanto deve haver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação para que assim a tutela de urgência de antecipar o mérito da questão receba o provimento jurisdicional adequado a debelar a situação de risco instalada na controvérsia das partes que litigam.

A duração do processo justifica a concessão de antecipação de tutela desde que ela traga ao autor que demonstrar ter razão, a figura do dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que o legislador dotou de instrumento apto a debelar situações que ponha em risco o direito da parte que venha a ser prejudicada.

Humberto Theodoro Junior, analogicamente exemplifica a situação de urgência da seguinte forma:

O paciente em condições normais é colocado em observação, por tempo técnico, sob acurada análise e cuidadosa avaliação, inclusive com opção de experiência de eventual alternativa clínico-farmacológica. Mas aquele que se apresenta em condições críticas, configuradoras de um estado de emergência, reclama uma intervenção cirúrgica imediata, sob pena de a futura cirurgia tornar-se inútil, diante do risco iminente do advento da morte do paciente.¹³

¹³ Theodoro Junior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**- vol. II – Humberto Theodoro Junior – Rio de Janeiro : Forense, 2014. P.730

Em sua analogia o doutrinador Humberto Theodoro, utiliza-se da figura de um paciente sob risco de morte, do qual necessita de pronta intervenção cirúrgica para que assim tenha chances de sobrevivência, assim é o direito, que os operadores se deparam todos os dias, onde uma situação de risco pode selar o fim de uma vida ou de uma situação jurídica crucial para a vida das pessoas envolvidas, bem como o futuro de sua família e seus descendentes, de se verem tolhidos de algo que lhes é legítimo, trazendo essa situação graves prejuízos.

O direito processual moderno contempla a celeridade e proteção a situações de emergência para o direito ameaçado, o processo concebido em seu rito comum ordinário, não se mostra eficaz frente a situações de emergência, devendo ser aperfeiçoado. Nesse sentido o direito processual passou a conceber expedientes capazes de debelar de situações de risco em situações de urgência.

Vale ressaltar, a situação de risco a causar dano irreparável ou de difícil reparação da qual é mencionada nesse trabalho, deve ser risco concreto, e não hipótese, também deve ser atual, ou seja, iminente, sendo imprescindíveis para a configuração do estado de risco para a concessão da medida antecipatória e assecuratória.

Athos Gusmão Carneiro define o perigo da demora em causar dano irreparável ou de difícil reparação da seguinte forma:

Haverá dano quando a permanência do *Status quo*, enquanto se sucedem os atos processuais, seja de molde a acarretar ao autor prejuízos de média ou grande intensidade a direito seu, quer direito personalíssimo, quer direitos patrimoniais, dentre estes, de gravidade máxima será o dano consistente na privação de prestações de natureza alimentar, ou no perecimento do próprio direito, caso não concedida a tutela de urgência.¹⁴

¹⁴ Carneiro, Athos Gusmão, 1925- **Da antecipação de Tutela / Athos Gusmão Carneiro.**- Rio de Janeiro : Forense, 6 ed.2006P.32

Em comento a precisa lição de Athos Carneiro, verifica-se a presença da gravidade do dano para a concessão de tutela de urgência das quais se excluem as de gravidade mínima, perpassando pelas de gravidade média, as de grande intensidade e finalizando com as de gravidade máxima representadas pelas prestações de natureza alimentar. Nesse sentido o fundado receio será analisado pelo órgão julgador sob o enfoque da gravidade a lesão por dano causado a sua não concessão da tutela emergencial, sendo o dano a ser suportado pela parte autora capaz de trazer danos irreparáveis ou de difícil reparação, conforme se observa na questão de prestação de alimentos, tamanha gravidade e responsabilidade do judiciário frente a situações de risco, haja vista a prestação de alimentos serem de ordem fundamental a vida.

O requisito de fundado receio será pautado na sua concretude, não bastando mero temor subjetivo da parte para que se configure, não restando para o autor, simplesmente alegar demora processual para que se tenha provimento, devendo portanto o autor demonstrar de forma a subsidiar a convicção do julgador a necessidade, gravidade que aquela determinada situação representa para o seu direito, e seus efeitos na sua vida cotidiana, caso seja privado e que a demora ante a insatisfatividade do direito pode ocasionar a mesma parte autora como consequência no futuras.

3. AS TUTELAS DE URGÊNCIA E O PROJETO DO NOVO CPC

Em conformidade ao exposto ao longo desse trabalho, cumpre-se destacar a necessidade de expurgar o risco de danos aos direitos da parte a ser lesionada, que toda tutela de urgência tem por finalidade. O projeto do novo CPC, o qual tramita no congresso Nacional, não foi diferente a preocupação dos criadores do ora mencionado projeto em se fazer mudanças em nosso direito processual, capazes de viabilizar o uso de medidas de urgência eficazes, a obter o resultado esperado pelo jurisdicionado.

No que pese ao objeto desse estudo, ressaltamos o artigo 270, 277 do projeto do novo CPC, esses que conferem mais poderes ao julgador na concessão de tutelas de urgência, haja vista o projeto do novo CPC estar em direção ao que o direito processual civil moderno almeja que é a ampliação do acesso à justiça ao jurisdicionado, e que essa justiça seja célere, eficaz e efetiva quando se tratar de tutelares direitos das partes, principalmente quando estiverem em espera bens jurídicos essenciais a vida e saúde física e psíquica das pessoas que necessitam de uma providência ante uma situação de emergência, ou seja, que necessita de um tratamento negado por determinado plano de saúde não pode esperar pela solução definitiva, pois com certeza dependendo do estado de saúde da pessoa, pode vir tarde demais o provimento judicial.

O artigo 270 do projeto do novo CPC encontra-se incluso no título IX que se denomina Tutela de Urgência e Tutela da Evidência inseridas no capítulo I das disposições gerais e seção I das disposições comuns, o qual *in verbis* estabelece:

Art.270. O Juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Parágrafo único. “A medida de urgência poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer

das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

O artigo 270 com suas determinações contidas nas disposições gerais do projeto do novo CPC introduz a figura do instituto do poder geral de tutela urgente do juiz tanto para medidas de antecipação de tutela quanto de medidas cautelares, haja vista o sincretismo das duas providências em uma única tutela de urgência não havendo mais no projeto do novo CPC a diferenciação contida no CPC/73 entre processo cautelar e antecipação de tutela. O poder geral de tutela urgente do juiz, ora exposto no projeto do novo CPC em seu artigo 270 amplia os poderes do juiz quando esse se deparar com uma situação de *periculum in mora*, esses que se assemelham ao poder geral de cautela estatuído no artigo 798, 799 do CPC vigente. Os criadores do projeto com a correta noção de que a lei não tem condições de prever todas as situações de urgência, imbuí o legislador de poderes, que ao analisar o caso concreto juntamente com os requisitos de concessão das medidas de urgência tome as medidas que o caso requeira para que a parte autora não sofra o perecimento do seu direito frente uma situação de dano irreparável ou de difícil reparação.

No sentido de complementaridade a mudança trazida pelo artigo 270 do projeto do novo CPC, ao objeto desse estudo, faz-se mister comentar a novidade trazida pelo artigo 277 do mesmo projeto em comento, do qual estabelece:

Art.277. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.

O artigo supra referido, positiva um instituto que vários doutrinadores defendiam outros repudiavam, pois feriria o princípio da adstrição ao pedido, mas, no entanto os criadores e idealizadores do projeto do novo CPC reservaram um artigo próprio na seção II, da tutela de urgência cautelar e satisfativa, que contempla a possibilidade de o juiz conceder tutela de urgência de ofício. Embora a possibilidade de concessão de ofício fosse permitida nas cautelares, os idealizadores do novo projeto possibilitaram a concessão de medidas *Ex officio* de

natureza satisfativa, devendo essas, serem utilizadas com prudência e somente para casos excepcionais, não se olvidando a responsabilidade que tal medida representa caso seja concedida de forma equivocada, trazendo até certo desconforto por parte dos críticos de tal instituto, uma vez que concedida uma medida satisfativa ou cautelar ex officio, e depois de acurada a verificação e fosse descoberto que a medida não poderia ser concedida, então com quem ficariam de arcar os prejuízos da concessão, sendo que a parte não haveria feito requerimento de tal medida.

No sentido de acrescer o sentimento de mudanças proposto no projeto do novo CPC, dentre essas, elencamos os artigos 270 e 277 do projeto em comento, que tratam das tutelas urgentes, convém enunciar o comentário do ilustre doutrinador, Cândido Rangel Dinamarco, o qual defende um processo civil brasileiro de resultados práticos o qual prima pela efetividade dos meios, atingindo o fim colimado conforme se verifica a seguir:

O processo Civil de hoje é necessariamente um processo civil de resultados, sem bons resultados, e efetivos, o sistema processual não se legitima. A nova era que anuncia inclui a visão atualizada da figura do juiz no processo, com deveres de participação e diálogo e com empenhada responsabilidade pelo modo como a sua atividade repercutirá na vida dos usuários do sistema. Para oferecer-lhes o que deles se espera, também os juízes deverão despojar-se daqueles mesmos dogmas, temores e preconceitos que a reforma pretendeu banir.¹⁵

O processo civil moderno urge pelas mudanças necessárias a alcançar, a tão sonhada prestação jurisdicional justa, equânime e tempestiva que o jurisdicionado requer não se pode mais o direito processual ser alvo de pensamentos e institutos que burocratizam e enchem de entraves aos direitos da parte que tem razão, sendo esse alvo de verdadeiro martírio proporcionado pelo judiciário brasileiro, esse que muitas vezes de forma ineficaz, retrograda, manifesta-se de forma incapaz a

¹⁵ Dinamarco, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 5.ed.2002 São Paulo. Ed.Malheiros:P.318

proteger direitos, favorecendo o injusto e incorreto. Devemos nos atentar a era do processo civil moderno a ser proposto pela legislação vindoura principalmente ao que concerne a concessão de medidas urgentes.

Candido Rangel tece o seguinte comentário as tutelas efetivas, do qual merece destaque nesse trabalho:

Inexiste tutela jurisdicional enquanto o comando enunciado na sentença permanecer só na sentença e não fizer sentir de modo eficaz na realidade prática da vida dos litigantes. Agora, tudo depende da tomada de consciência dos juízes e da energia com que venham a exercer esses poderes, a bem da efetividade da tutela jurisdicional e da própria respeitabilidade de sua função e o dos seus comandos.¹⁶

Não se pode deixar o olvidar, o espírito de mudança quanto à efetividade das tutelas de urgência, da qual está imbuído toda comunidade do direito processual, pois demonstra-se de forma evidente de que do jeito que está o processo atual não podereis sobreviver a respeitabilidade do jurisdicionado ao judiciário como instituição capaz de solucionar conflitos e promover a paz social. O processo Civil moderno vem com a proposta de dar maior autonomia de poderes ao magistrado em sua atuação ante o caso concreto e a solução urgente, caso necessite de uma intervenção emergencial capaz transformar um processo cheio de conceitualismo e conformismo num processo de resultados conforme prenota o ilustre doutrinador Cândido Rangel Dinamarco(2002).

As mudanças trazidas pelo projeto do novo CPC no que tange criação das tutelas urgentes bem como a ampliação dos poderes do juiz na sua concessão vêm de encontro às necessidades diárias no judiciário brasileiro e de inspiração em leis esparsas como, por exemplo, ao artigo 84 do CDC que prevê a concessão de medidas necessárias a garantir o resultado pratico do processo, portanto demonstra-

¹⁶ Dinamarco, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5.ed.2002 São Paulo. Ed.Malheiros:P.318

se de grande valia a simplificação do procedimento de tutelas urgentes propostos pelo projeto do novo CPC e com a ampliação da atuação e poderes do juiz na concessão de medidas necessárias ao caso concreto, reforçando a posição do juiz, como principal ator capaz de trazer efetividade por meio do processo civil a defesa de direitos na iminência de danos a serem sofridos pelo periculum in mora.

4. DO PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO

O princípio da adstrição, também conhecido como princípio da congruência determina que o juiz deva ficar limitado ou adstrito ao pedido da parte, de forma que julgará e apreciara a lide nos limites do requerimento da parte, ou seja, na medida em que essa foi proposta, sendo-lhe proibido conhecer questões não suscitadas pelos litigantes.

A fundamentação legal do princípio da adstrição pode ser observada nos artigos 128 e 460 do vigente código de processo civil, os quais *in verbis* regem:

ART.128 CPC/73. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Ademais,

Art.460. CPC/73. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Conforme visto nos trechos de lei em epígrafe, ao juiz fica condicionado ao requerimento da parte, assim como fica vedado decidir de forma divergente ao proposto pela parte no que consiste ao objeto do processo bem como a quantidade do provimento que não deve ultrapassar aos limites impostos pela demanda proposta pela parte demandante.

Ressalta-se que o princípio da adstrição é uma vertente do princípio dispositivo, esse que consiste na dependência do juiz na instrução da causa e da iniciativa das partes, restando o juiz inerte, como mero espectador que decide o que lhe é trazido pelas partes ao processo.

O princípio dispositivo diminui os poderes do juiz em sua atividade jurisdicional diária de buscar a verdade real e aplicar o direito por meio de sua discricionariedade, os defensores da prevalência do princípio dispositivo na

jurisdição brasileira, alegam que o referido princípio garante a imparcialidade do juiz, sendo que o mesmo não interferiria na causa de forma a beneficiar determinada parte em detrimento de outra, ou seja, o princípio dispositivo mitiga ou em alguns casos até mesmo anula os poderes do juiz de agir sob a prerrogativa do instituto do *EX OFFICIO*, que independente da iniciativa das partes o juiz perseguiria a busca da verdade real, exercendo da sua discricionariedade para assim agir com os meios necessários a formar a sua convicção nas decisões.

No âmbito das tutelas antecipadas verificamos no seu artigo 273 do CPC, a instrução de que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, ou seja, na concessão de tutela antecipada o juiz fica adstrito ao pedido da parte, sendo o artigo 273 de certa forma expressão do princípio dispositivo, uma vez que o princípio exime da responsabilidade do juiz de decidir de forma diversa, utilizando-se de sua capacidade inquisitorial, com o intuito de garantir o resultado prático do processo.

Nesse sentido, ao verificar o processo cautelar, do qual se depreende do artigo 798 do CPC, o qual autoriza do juiz de tomar as medidas necessárias a garantir o resultado útil do processo certo mitigação do princípio dispositivo, sendo autorizada legalmente a ampliação dos poderes do juiz no processo cautelar, indo de encontro ao artigo 461 do CPC que se trata de tutela específica direcionada a garantir o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação, da qual se destaca em seu parágrafo 5º que diz:

ARTIGO 461 Par. 5 Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Portanto, ao verificar o artigo 461 em seu parágrafo 5, depreende-se que ocorreu um aumento dos poderes do juiz na concessão da tutela específica, da qual

o artigo em comento se referencia , podendo o juiz tomar certas medidas taxadas no parágrafo 5 até mesmo de ofício pelo órgão julgador, sendo mitigado o princípio do dispositivo nesse caso, não ficando adstrito o juiz nesse caso, somente ao pedido da parte. Em análise ao teor do artigo 461, o presente trabalho coaduna com a proposta de aumento dos poderes do juiz, no qual se acredita estar de encontro com a posição do processo civil moderno de resultados, o qual visa à efetiva tutela jurisdicional em sua tempestividade e eficácia, em sentido contrário ao formalismo exacerbado.

No que tange as tutelas de urgência, o princípio dispositivo pela sua adstrição, confere certa divergência por parte da doutrina, pois divide defensores da concessão ex ofício da medida emergencial como há pensamentos pela adstrição do pedido, que ao contrapor ao contido nesse trabalho parece ser incoerente o juiz não ir além do pedido pelas partes, no intuito de assegurar o resultado prático do processo ante uma situação de *pericullum in mora*, nesse sentido reforça-se a posição nesse trabalho de que o juiz ficar adstrito ao pedido pela parte autora, muitas vezes não seria suficiente para debelar o risco de dano a ser suportado.

Cabe ressaltar, que a utilização pelo rigor do processo dispositivo nas decisões judiciais, seria justificada pela necessidade de imparcialidade do juiz e no caso das tutelas de urgência, em situação provocada pela indefinição da pessoa que arcaria com o prejuízo a parte demandada, uma vez que a tutela de urgência Ex ofício, não haveria requerimento da parte, portanto eximiria o juiz de sua responsabilidade de conceder medida não solicitada pela parte que venha trazer graves prejuízos a parte demandada.

O princípio dispositivo tem sofrido certa corrosão, por meio das tendências que permeiam os fundamentos do processo civil moderno, nos quais não se podem olvidar os anseios da sociedade atual, que se mostra cada vez mais preocupada a obter uma tutela efetiva e que garanta o resultado útil a tutelar o bem jurídico de suas vidas, deixando de lado o velho formalismo exacerbado, esse que tem ajudado ao devedor de suas obrigações em manter-se em posição de vantagem, pela sua

recalcitrância incentivada pela demora processual, trazendo graves prejuízos ao jurisdicionado, demora essa que tem por conseqüência a não efetividade do processo, a qual vem maculando a imagem do judiciário brasileiro.

Adstringir a decisão judicial ao requerimento da parte, para casos de urgência, demonstra-se certa incoerência por parte da legislação vigente, principalmente se o magistrado estiver de mãos atadas ao ter que tomar uma medida solutiva a uma situação de perigo, mas, no entanto mantém-se adstrito ao requerimento. Os defensores da adstrição do pedido mencionam que caso juiz tome em favor de conceder uma tutela diferenciada pela situação de emergência ou não, com essa atitude o magistrado pode estar criando um processo *sui generis*, de forma que esse não esteja acobertado pela lei, portanto colocando em risco a segurança jurídica do processo civil, mas no entanto a omissão frente a necessidade dessa tutela diferenciada leva a situações de extrema injustiça caso o processo não alcance o fim colimado, da entrega da prestação jurisdicional tempestiva e justa a quem tem direito.

O professor Leonardo Greco, tece o seguinte comentário acerca das tutelas diferenciadas, conforme prenota:

Não divergem os autores em que a criação de procedimentos de cognição sumária, ou seja não exauriente, para a tutela efetiva e célere de determinadas situações jurídicas que, sem eles freqüentemente ficariam privadas de proteção, em razão dos obstáculos econômicos, burocráticos e temporais ao acesso à justiça, constitui uma modalidade de tutela jurisdicional diferenciada.¹⁷

O comentário ante exposto, contempla o instituto da tutela diferenciada como meio de cognição sumária capaz de eliminar alguns entraves a plena efetividade dos direitos a serem tutelados, ampliando dessa forma o acesso à justiça ao

¹⁷¹⁷ Theodoro Junior, Humberto. Tutelas Diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional/coordenadores Humberto Theodoro Junior, Maria Terra Lauer. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. P. 728

jurisdicionado, principalmente ao que atine a uma prestação jurisdicional mais célere, objeto de estudo desse trabalho as quais são representadas pelas tutelas de urgência, essas que são caracterizadas conforme dito anteriormente pela presença do periculum in mora e o receio de perigo de dano irreparável, sendo a primeira pertinente as medidas cautelares e a última as medidas de cunho satisfativas.

O processo civil moderno cada vez mais vem de encontro a uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva, pois a sociedade por sua vez torna-se mais complexa e massificada, devendo, portanto dar vazão ao grande número de processos que esperam a uma solução justa e equânime, não podendo mais o magistrado permanecer inerte ao impulso oficial, e adstrito ao pedido da parte diante a situações de emergência, dessa forma o processo civil moderno toma o viés de aumento dos poderes discricionários do juiz para que tome providências de ordem emergencial, que a sua não observância possa trazer graves prejuízos as partes envolvidas.

5. DOS PODERES DO JUIZ

5.1 PODER GERAL DE CAUTELA

O poder geral de cautela traduz-se como instituto que amplia os poderes do magistrado ante a necessidade de uma medida necessária a consecução do processo, servindo o juiz de maior autonomia para tomar decisões assecuratórias de urgência, ou seja, sob fundado receio de dano ao direito da parte. O instituto do poder geral de cautela tem guarida nos artigos 798 e 799 do CPC/73 dos quais preconizam:

Artigo 798. CPC/73. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no capítulo II deste livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Complementando, segue artigo 799 do CPC/73:

Artigo 799. CPC/73. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

Em análise aos artigos 798 e 799 CPC/73, verifica-se que o poder geral de cautela está albergado também pela situação de urgência, ao se tomar decisão capaz de debelar o risco de dano trazido pelo correr do tempo, principalmente ao que tange pelo risco da demora de se tutelar o direito da parte por meio da jurisdição. O poder geral de cautela tem como objeto alcançar ao jurisdicionado melhores medidas de acesso a justiça de forma substancial, no sentido de que ambos os artigos em comento, fazem menção ao perigo de dano por lesão grave e de difícil reparação, sendo que a lei com o instituto do poder geral de cautela busca a efetividade do processo em razão da ampliação dos poderes do juiz ao tomar decisões de cautelares inominadas e atípicas no sentido eliminar situações de

iminente risco de lesão ao direito da parte, portanto sendo norma em branco quanto as possibilidades de decisões que o magistrado poderá vir tomar, caso venha existir determinado risco de dano a direitos das partes.

O doutrinador Humberto Theodoro Junior, discursa o seguinte comentário acerca do poder geral de cautela:

Deixando ao critério do Juiz a determinação das medidas práticas cabíveis no âmbito do poder geral de cautela, a lei, na realidade, investe o magistrado de um poder discricionário de amplíssimas dimensões.¹⁸.

O artigo 798 do CPC, autoriza o magistrado a prestar medidas cautelares inominadas ou seja fora das previsões constantes na lei de medidas típicas, o que significa que o magistrado não se restringiria as formas especificadas no texto legal para assim agir na proteção de direito, com o poder geral de cautela o magistrado busca tomar a tutela jurisdicional adequada ao caso concreto.

O artigo 798 do CPC faz menção à possibilidade de o magistrado tomar medidas provisórias que julgar adequadas caso venha ocorrer risco de lesão aos direitos das partes, medidas que podem ser tomadas de ofício, independentemente de requerimento das partes. Ao conceder de ofício as medidas necessárias a debelar o risco de dano ao direito, o juiz deixa a posição de inércia, albergada pelo principio dispositivo, assumindo uma atuação mais efetiva no processo, dando a devida importância ao principio da inafastabilidade insculpido no artigo 5 de nossa Constituição Federal, portanto o poder geral de cautela vem como meio capaz de suprir a necessidade de acesso a justiça, equânime e adequada para casos de especial tratamento pelo judiciário pois situações emergenciais de prioridade elevada que caso venham ser omitidas poderão trazer transtornos e riscos de lesão aos direitos das partes de forma peremptória.

¹⁸ Theodoro Junior Humberto., **Curso de Direito Processual Civil**, 6 ed. Rio de janeiro. Forense, 1991, V.II. P.1123

A doutrinadora Ester Camila em seu artigo acerca das tutelas de urgência comenta o artigo 798 do CPC in verbis:

Tendo em vista os arts. 798 e 273 do Código de Processo Civil, que dispõem sobre medidas de urgência ditas atípicas, pode-se falar em poder geral de urgência, que possibilita ao Estado, no exercício da jurisdição, fazê-lo com lastro em tutela diferenciada, sob a perspectiva de mais adequada ao direito material, voltando-se, pois, à luta contra o fator tempo e, nesse sentido, à consecução da efetividade.¹⁹

Ademais, a doutrinadora Ester Camila defende a conduta proativa do magistrado ante situações de urgência, no qual se valendo do poder geral de cautela ou de urgência deverá tomar as medidas necessárias, das quais viabilizará o asseguramento dos direitos da partes, dessa forma tirando o magistrado da postura de mero espectador da atividade das partes, para solucionador efetivo, no sentido de garantir o resultado útil do processo, indo dessa forma em consonância ao apregoado pelo processo civil moderno que busca na atualidade o resultado como principal missão do judiciário ante aos anseios do jurisdicionado.

Pois bem. Presente no caso concreto situação de risco, hábil a prejudicar a efetividade da prestação jurisdicional, compete ao juiz agir proativamente no sentido de saná-la ou, ao menos, de minimizá-la, lançando mão dos instrumentos que a ordem jurídica lhe confere, sobretudo do poder geral de urgência.²⁰

O poder geral de urgência confere ao magistrado, lançar mão de instrumentos capazes de dar efetividade ao processo, como conceder de ofício medidas cautelares ante situações de periculum in mora, uma vez que o principio da inafastabilidade prevê que o judiciário não poderá de maneira alguma se ausentar da tutela de direitos, haja vista o acesso à justiça como direito de ordem fundamental

¹⁹ Theodoro Junior, Humberto. **Tutelas Diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional/coordenadores Humberto Theodoro Junior**, Maria Terra Lauar. Rio de Janeiro:GZ Ed.,2010.P.240

²⁰ IBIDEM.p.246

conferida a todos que tiverem seus direitos violados ou que se encontram sob risco iminente de venha ocorrer lesão.

Canotilho prenota o seguinte comentário acerca da efetividade ao se tutelar direitos:

Na realidade, o juiz tem poder-dever de dar efetividade ao seu trabalho, prestando a tutela jurisdicional de forma efetiva. Assim, qualquer que seja a situação concreta, o juiz não pode se esquivar do seu dever de determinar o meio executivo adequado, cruzando os braços diante de omissão legislativa ou de falta de clareza da lei, como se o dever de prestar a tutela jurisdicional não fosse seu, mas estivesse na exclusiva dependência do legislador.²¹

A lição do nobre professor Canotilho, traz a reflexão acerca do papel do magistrado quando se põe em jogo a efetividade do processo, onde esse não pode refutar do seu dever de encontrar o meio adequado, mesmo diante da omissão legislativa, posição essa que vai de perfeito encontro com o objeto de estudo desse trabalho que se ocupa em debater acerca da possibilidade da não observância da adstrição para as tutelas de urgência, colocando em questão o princípio dispositivo acerca de sua atuação de forma absoluta no âmbito do processo civil.

O poder geral de cautela tem por escopo a busca da efetividade do processo, finalidade essa almejada pelo processo civil moderno que intenta afastar o formalismo exacerbado capaz de paralisar as funções judiciais do alvo que é a prestação jurisdicional equânime e justa capaz de atingir o objetivo principal do processo civil que é a paz social por intermédio da solução prática aos litígios, por finalidade de alcance do resultado satisfatório ao jurisdicionado, essa que vem de encontro ao princípio de acesso a justiça que comunica a idéia de que ao magistrado não cabe se afastar da jurisdição ante riscos de ameaças a lesão de direitos, portanto dessa forma cabe a ponderação de princípios principalmente quando está envolto ao caso concreto, situação protegida por direito fundamental

²¹ Canotilho, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Ed Coimbra. 2001. p.325.

constante no artigo 5 da CF/88 conforme conceituado por princípio da inafastabilidade.

Humberto Theodoro Junior tece o seguinte comentário acerca da possibilidade de não necessidade do princípio da adstrição nas tutelas de urgência conforme se verifica a seguir:

A ação da parte é, nessa ordem de idéias, a condição e o limite da jurisdição. É condição, porque sem a ação o juiz não atua na composição do litígio; e é limite, porque a prestação do juiz nunca pode ser maior ou diversa daquela que a parte lhe requerer (arts.128 e 460 CPC).

Esse princípio dogmático vigora também, como norma geral, no campo da tutela cautelar. Sofre, contudo, abrandamento em duas circunstâncias peculiares aos juízos de segurança ou prevenção, a saber: a) pela previsão excepcional de medidas cautelares ex officio (art. 797 CPC); e b) pelo poder reconhecido, implicitamente, ao juiz de modificar a medida cautelar que lhe foi requerida pela parte, ou de eleger a medida cautelar que lhe foi requerida pela parte, ou de eleger a medida que julgar adequada diante do caso concreto (arts. 798 e 807 CPC).”²²

O texto em epígrafe faz menção a duas formas de não observância do princípio da adstrição no âmbito do artigo 797 do CPC e na utilização do poder geral de cautela previsto no artigo 798 do CPC , dessa forma concluí-se dando devida importância ao poder geral de cautela como meio de amplitude de acesso a justiça ao jurisdicionado, uma vez que o aludido instituto aumenta os poderes judiciais de tomar medidas inominadas e atípicas em resolução do problema constituído no caso concreto que em muitas das situações há riscos de danos irreparáveis e de difícil reparação e o perigo da demora do provimento judicial representa para a vida do jurisdicionado.

²² Theodoro Junior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência-** vol. II – Humberto Theodoro Junior – Rio de Janeiro: Forense, 2014. P.543

5.2 O ARTIGO 797 DO CPC E A SUA ATUAÇÃO DE OFÍCIO

Cumpra a verificação da interpretação dada ao artigo 797 do CPC que trata da atuação ex officio do magistrado ante situações que subsistam casos de excepcionalidades, o qual diz:

Art.797 CPC Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

Cássio Scarpinella Bueno interpreta o artigo 797 como instituto que autoriza o magistrado agir de ofício independentemente de qualquer pedido, conforme segue:

A melhor interpretação para o artigo 797 é a de que o deferimento das medidas cautelares pressupõe o rompimento da inércia da jurisdição mesmo que não haja pedido específico para esse fim.²³

O comentário do nobre doutrinador alimenta a necessidade de efetividade que vive o processo atual, sendo o poder de cautelar concedido ao magistrado razão constitucional ao dever de prestar uma tutela efetiva e eficaz ao jurisdicionado principalmente, quando houver casos emergenciais que necessitam dessa atuação estatal, do qual o autor faz menção quando em seu trecho retrata o rompimento da inércia da jurisdição, onde o magistrado não ficaria no aguardo do impulso oficial para que assim faça o que deve ser feito. Portanto o artigo 797 traduz-se como meio de relevante importância ao processo civil moderno que busca o resultado útil ao jurisdicionado.

Cabe ressaltar, que com a interpretação dada ao artigo 797 do CPC, há uma expressa mitigação do princípio da adstrição do juiz ao pedido e seus correlatos, que com isso venha promover uma melhor e mais adequada prestação jurisdicional.

²³ Bueno, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva 2013. Vol 4 P.186.

Não se pode deixar olvidar que o periculum in mora, signifique um desequilíbrio entre as partes, no limiar de que uma parte encontra-se confortável podendo esperar pelo deslinde da causa a outra pelo contrário a demora torna cada vez mais distante a possibilidade de ver o seu direito assistido, sendo a tutela cautelar como objeto capaz de neutralizar os efeitos do periculum in mora, garantindo em paridade de armas o equilíbrio entre as partes.

Cassio Scarpinella Bueno conclui acerca do dever poder geral de cautela da seguinte forma:

trata-se, em última análise, da concepção absolutamente correta de compreender o dever poder geral de cautela como mecanismo disponibilizado ao magistrado para reprimir qualquer atitude que possa, de alguma forma, comprometer a higidez dos resultados a serem obtidos mediante a atuação jurisdicional.²⁴

Conclui-se pela atenção dada pela doutrina ao instituto do poder geral de cautela como meio capaz de trazer a efetividade que o processo necessita com o objetivo de alcançar os resultados da prestação jurisdicional mais adequada ao jurisdicionado, onde o magistrado possa atuar mais condizente com a solução que o caso concreto seja carente em determinada situação sob o risco do periculum in mora, portanto o fato de o juiz agir de forma oficiosa não somente mitiga o principio dispositivo. Mas sim desde que seja utilizado sob o aspecto da razoabilidade pode vir trazer grandes avanços quanto a melhoria do acesso a justiça ao jurisdicionado.

5.3 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EX OFFICIO

O instituto da antecipação de tutela encontra-se estampado no artigo 273 caput do nosso vigente Código de Processo Civil o qual diz:

²⁴ Bueno, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol 4 P.188.

art.273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Dando continuidade ao exposto acima, cabe ressaltar que o instituto de antecipação de tutela traduz-se como meio que torna possível a concessão de medida liminar antecipatória de mérito em todo e qualquer processo ou procedimento, mediante os preenchimentos dos requisitos contidos no caput do artigo 273 e incisos I e II. Com o intuito de fomentar uma justiça célere e efetiva, a lei coloca a disposição do magistrado tamanha parcela de poder, sendo, portanto uma das grandes mudanças introduzidas pela reforma do Processo Civil.

A antecipação de tutela faz parte das tutelas de urgência, haja vista a natureza demandada por esse tipo de tutela, principalmente ao que concerne ao inciso I do artigo 273, o qual faz menção ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação que estão submetidas as relações jurídicas ante ao ato/fatos do mundo e da vida das pessoas , no qual insere-se o instituto da antecipação de tutela como poder concedido ao magistrado para atuar na medida da necessidade com o provimento equânime e adequado, capaz de promover a paz social atingindo dessa forma o fim colimado pela ciência processual.

Vale ressaltar, o requisito contido no caput do artigo 273 que faz menção a necessidade de requerimento da parte para que a medida antecipatória seja concedida, sendo, portanto requisito apontado por parte da doutrina como primordial para a utilização do aludido instituto, dessa forma entendido como a impossibilidade de concessão de medida antecipatória por iniciativa do juiz, ou seja, Ex officio.

Dado as lições introdutórias acerca do instituto da tutela antecipada e seus requisitos, cabe a esse trabalho abrir discussão sobre a forma absoluta que parte da doutrina enxerga sobre a impossibilidade de concessão de tutela ex officio para

casos de urgência, principalmente quando existe fundado receio de dano ou de difícil reparação aos direitos das partes, e o juiz mantém-se inerte, aguardando o requerimento da parte, e mesmo que acaso esse venha a chegar de forma tempestiva deverá ser capaz de demonstrar efetividade para assegurar o resultado prático do processo, ou seja, de olho nesse cenário, nota-se que seria a plena utilização do princípio dispositivo no caso concreto, o qual protegeria o magistrado de incorrer em alguma falta de imparcialidade, deixando dessa forma em segundo plano a decisão justa e equânime para o caso em questão, dessa forma não garantindo a função precípua do processo que é a entrega de uma prestação jurisdicional útil, e que essa possa servir o jurisdicionado de um sentimento de justiça que brinde o judiciário brasileiro de um prestígio inigualável e que dessa forma seja um meio eficaz para a pacificação da sociedade.

À luz do princípio do Acesso a justiça, parte da doutrina entende pela possibilidade de concessão de medida antecipatória ex officio, afinal o aludido princípio constitucional visa não somente o acesso ao poder judiciário para a busca de tutela preventiva ou reparatória a direito, mas também a efetividade do processo, por meio de uma tutela jurisdicional adequada, passível de concretização fática. O instituto de antecipação de tutela é técnica que se coaduna com o princípio do acesso á justiça, sendo possível ao julgador, prevenir de ofício o perecimento do direito.

O nobre doutrinador Luiz Guilherme Marinoni defende a origem constitucional para a medida de antecipação dos efeitos da tutela conforma prenota:

A medida de antecipação dos efeitos da tutela, como referido, possui origem constitucional, especialmente no que refere ao princípio de acesso à justiça, uma vez que por meio do provimento antecipatório é possível a real concretização de direitos, através de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva.²⁵

²⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos direitos**. São Paulo: Editora RT , 2004 p.271

Em complemento a origem constitucional defendida por Marinoni, o professor Humberto Theodoro Junior comenta acerca do acesso á justiça e as tutelas de urgência conforme se verifica a seguir:

Exercem as tutelas de urgência relevantíssimo papel tendente a promover a plenitude do acesso à justiça e a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça a direito subjetivo.²⁶

Nas lições estampadas nos trechos acima, verifica-se a correlação constitucional entre as tutelas de urgência representadas pela medida antecipatória de mérito e o principio fundamental de acesso à justiça. Cabe ressaltar o relevante papel apontado pelo doutrinador as tutelas de urgência que juntamente com o acesso a justiça é capaz de promover a efetividade da tutela jurisdicional contra situações que requeiram uma atitude emergencial por parte do órgão julgador.

Parafraseando Marcos Destefenni (2002), cabe evidenciar as raízes constitucionais presentes no instituto da tutela antecipada, uma vez que por meio do principio fundamental do acesso a justiça, de forma implícita é garantida o acesso a tutela de urgência, e de forma explicita demonstra-se garantida à apreciação pelo poder judiciário de ameaça a direito, sendo esse objeto de combate pelas aludidas tutelas de urgência. Nesse sentido, não se encontra possibilidade de separação da tutela de urgência com o acesso á justiça, no qual cabe ressaltar que o caráter das tutelas de urgência é voltado a prestação jurisdicional da qual o perigo da demora ameaça ao direito da parte, da qual concluí-se que as tutelas de urgência tem por finalidade precípua, evitar a perpetuação da lesão a direito, ou ademais como forma de imunizar a ameaça a direito do autor .

Em complemento ao parágrafo anterior Horácio Wanderlei Rodrigues, esposa o seguinte comentário:

²⁶ Theodoro Jr. Humberto. **Curso de direito Processual civil**. 48 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008. Vol I. p.245.

É necessário destacar ainda que o texto constitucional refere-se não apenas a lesão, mas também à ameaça a direito. Isso significa que não apenas a lesão a direito pode ser levada ao Poder judiciário, mas também qualquer ameaça que lhe possa ser dirigida. Nesse segundo aspecto está a garantia constitucional das medidas de urgência, sempre que não haja outra forma de garantir eficazmente o direito ameaçado. São inconstitucionais as leis que impedem a concessão de liminares e cautelares em situações em que o direito material não pode ser eficazmente garantido de outra forma.²⁷

Depreende-se a importância dada ao instituto das tutelas de urgência pelo doutrinador Wanderlei Rodrigues, uma vez que esse atribui ao aludido instituto *status* de garantia constitucional, sendo quaisquer leis que venha prover o impedimento a sua concessão, mereça ser declarada inconstitucional, devendo nesse sentido dar ampla dimensão a essas medidas que visam garantir eficazmente o direito ameaçado. Pode-se dessa forma interpretar a favor da não observância do princípio dispositivo em sua plenitude para os casos emergenciais, dos quais o juiz deverá agir de ofício no intuito de debelar o risco iminente ao direito da parte.

A doutrina demonstra-se dividida quanto a possibilidade de concessão de ofício de tutelas de urgência, sendo que alguns defendem a plena observância do princípio dispositivo para casos de antecipação de tutela, como há outros que prezam pela possibilidade de concessão, o nobre doutrinador Rui Portanova (2008)²⁸ entende que deva ser abrandado o rigor formalista do princípio dispositivo, para adequá-lo ao modelo constitucional de processo, esse que vai além a esfera das partes para ser entendido como instrumento de responsabilidade estatal na concretização do direito, dessa forma sendo caracterizado o instituto das tutelas de urgência como de interesse público a sua concretização e não permanecendo apenas na esfera das partes.

²⁷ Rodrigues, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. 1994. São Paulo. Ed. Acadêmica. 1 ed. P.141

²⁸ Portanova, Rui. **Princípios do processo civil**. 7ed. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2008 P123-124.

Nesse sentido Cassio Scarpinella Bueno (2009) ²⁹, defende que o pedido da parte não deve impedir a concessão da medida, caso estejam presentes os outros requisitos e se ela for deferida no intuito de garantir a efetividade do processo.

A doutrina que defende a antecipação de tutela ex officio, entende que o requerimento da parte não é obstáculo para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em casos excepcionais, devendo ao magistrado aplicar a razoabilidade para a referida concessão, dessa forma dando maior autonomia com o poder concedido de antecipar os efeitos sem requerimento da parte ao magistrado, que de forma razoável promoverá a decisão mais adequada ao caso concreto.

Ademais, Cassio Scarpinella Bueno manifesta-se favorável a possibilidade de antecipação ex officio dada a necessidade de efetividade ao processo, portanto o requerimento da parte não seria óbice para a concessão uma vez que o magistrado ao analisar a petição inicial decida por conceder tutela de urgência ante o risco iminente de perecimento do direito da parte , conforme segue o relato do mencionado doutrinador:

Se o juiz, analisando o caso concreto, constata, diante de si, tudo o que a lei reputa suficiente para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, á exceção do pedido, não será isso que o impedirá de realizar o valor “efetividade”, máxime nos casos em que a situação fática envolver a urgência da prestação da tutela jurisdicional (art.273,I), e em que a necessidade da antecipação demonstrar-se desde a análise da petição inicial.³⁰

O juiz diante de seu poder geral de antecipação, agindo sob o principio do acesso à justiça e pautado na necessidade de da efetividade ao processo, demonstra-se a sua atuação por meio de uma iniciativa que trespassa a barreira do impulso oficial, dessa forma ampliando o agir da justiça por meio do seu órgão julgador frente a situações de risco irreparável ou de difícil reparação que caso o juiz

²⁹ Bueno, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol 4 P.37.

³⁰ ³⁰ Bueno, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol 4 P.38.

permaneça em situação inerte poderá concorrer para a ineficiência estatal nas tutelas de direitos, promovendo assim o caos e a descrença na atividade jurisdicional por quem se valha dela na tentativa de ver o seu direito resguardado.

Cabe ressaltar que a prestação jurisdicional deve se efetiva, sendo meio capaz de realizar faticamente o direito, devendo o julgador ante o perigo de dano ao direito garantir o resultado prático do processo, da qual se inclui a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela sem requerimento da parte. Nesse sentido, cabe dizer que tornar absoluto o requisito de exigência de requerimento da parte nas tutelas de urgência, é trazer ao processo a possibilidade de ocorrências de decisões injustas, sem efetividade e que assim venha promover a inutilização da prestação jurisdicional a ser alcançada, devendo, portanto haver consenso no meio jurídico quanto a necessidade de se flexibilizar a regra do requerimento da parte com base no princípio de acesso a justiça e sob o enfoque da efetividade, visando dessa forma a garantia do resultado prático da prestação jurisdicional justa e equânime.

CONCLUSÃO

As tutelas de urgência têm por finalidade buscar a efetividade do processo tornando o direito da parte passível de concretização no mundo fático ante a iminência de perigo de dano, sua irreparabilidade ou difícil reparação, onde a pronta atuação do judiciário a fim de garantir o acesso à justiça ao jurisdicionado, não apenas restará no campo do acesso ao processo judicial, mas de forma ampla tornando o processo útil a parte que se valha dele para garantir tutela judicial do direito pleiteado.

Considerando as expectativas do processo civil moderno que visa à efetividade e um processo de resultado, esse trabalho conclui que o princípio dispositivo do qual a adstrição está inserido quando utilizado de forma absoluta e irrestrita torna-se capaz de trazer a possibilidade de prejuízos ao jurisdicionado, principalmente quando esse se encontra em situações emergenciais que podem vir ocasionar o perecimento de seu direito, mas, no entanto levando em consideração o princípio dispositivo o órgão julgador nada poderia fazer que fugisse do requerimento da parte, mesmo sob o risco de sua decisão não ser eficaz ante o risco de perecimento ou de dano ao direito, nesse sentido, a inércia do magistrado o qual deverá ser impulsionado pelo requerimento da parte, pode ser vencido pela demora e pela ineficácia dos meios necessários a garantia do verdadeiro acesso à justiça, que a entrega de um provimento útil e eficaz a parte lesada, não permitindo dessa forma que injustiças sejam acometidas as partes sob a alegação de promover a imparcialidade do juízo em não poder se manifestar de ofício ante situações excepcionalíssimas que requeiram a mitigação do princípio dispositivo e ampliando os poderes do magistrado em agir pela razoabilidade ao atender de forma efetiva preservando dessa forma as garantias constitucionais do princípio da inafastabilidade ao jurisdicionado.

Em pleno acordo com as expectativas do direito processo civil moderno pela busca de tutela efetiva que garanta o resultado útil do processo, verifica-se a outorga de alguns poderes concedidos ao magistrado para agir independente de requerimento da parte ante situação de urgência sob o caráter de exceção, essas que são os casos que o juiz poderá agir de ofício que são as situações que se referem o artigo 797 do CPC, artigo 798 do CPC que estabelece o poder geral de cautela e de carona ao processo cautelar, dado a fungibilidade das medidas cautelares e antecipatórias, considera-se a possibilidade de antecipação ex officio de medidas antecipatórias de mérito, haja vista o caráter constitucional dessas medidas, que devem ser regidas pelo princípio do acesso á justiça e efetividade, sendo o primeiro coberto por garantia constitucional de caráter fundamental, sendo a sua inobservância infringência a cláusula pétrea de garantias individuais constantes no artigo 5 da CF/88.

O princípio dispositivo no caso das tutelas de urgência, não deve ser observado na sua concepção plena conforme defendido por alguns doutrinadores, mas sim mitigado quando se observar que garantias de acesso á justiça possam estar em risco, caso não se respeite a preponderância da garantia fundamental do princípio da inafastabilidade ante a adstrição do pedido da parte, nesse sentido cabe analisar a lei 11340/2006 que trata da violência contra mulheres, no que tange as medidas protetivas concedidas de oficio a parte ofendida sem que mesmo haja audiência da parte contrária, imagina-se a possibilidade de não concessão dessas medidas, dessa forma permanecendo o agressor no lar, residindo com a ofendida, o que se poderia esperar se não o pior, no caso do processo civil para alguns casos o juiz deve agir conforme o juiz da esfera penal, ou seja, de oficio, de forma tempestiva capaz de garantir a efetividade do processo e capaz de garantir o resultado fático do direito da parte.

Conclui-se que o formalismo exacerbado, aonde a forma venha ser um fim em si mesmo, no que se deixar olvidar os princípios basilares do processo civil, sendo esses norteados por princípios constitucionais como o do acesso á justiça representado pela inafastabilidade da jurisdição, não se coaduna com o processo

civil moderno que tem por principal missão a pacificação social por meio de uma atuação pautada pela busca de decisões justas, equânimes que verdadeiramente sejam meios de tutelas capazes de garantir o resultado útil do processo e sua efetividade não restando nesse meio o formalismo por si só, que não respeite o direito do jurisdicionado quando este sofra pelo risco de perecimento de seu direito, tornando inócua a atuação jurisdicional uma vez que o dano irreparável causado pela demora acometa a parte lesada, favorecendo dessa forma a parte que restava confortável na relação jurídica, não primando nesse sentido pela paridade de armas das partes, atingindo assim o processo meio utilizado para promover a injustiça e a descrença nas atividades judiciárias do País. Portanto o presente trabalho encerra colocando em pauta a necessidade de mitigação do princípio dispositivo ante situações excepcionais que requeiram que o magistrado aja de ofício para que fuja do perigo da demora que possa vir trazer prejuízos a parte que demonstre em situação de desconforto no processo, onde o formalismo exacerbado apenas reforçará a situação de perigo instalada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**. 4. Ed. SÃO PAULO:Malheiros,2006, p.119.

WATANABE,Kazuo, “**tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer-arts.273 e 461 do CPC**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996,p.20.

GUERRA,Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, cit.,p.102.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9 ed. Edit revista dos tribunais São Paulo 2006 P.27

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, volume 1. Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini- 14 ed. Ver. e atual. – SÃO PAULO : Editora Revista dos tribunais, 2014. P.71

JUNIOR, Didier Fredie. **Curso de direito processual civil**. editora JUS PODIUM 16ed SÃO PAULO 2014p.49 Ministro Celso de Mello RE n.374.981 28/03/2005.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil- Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. vol. I- Humberto Theodoro Junior- Rio de Janeiro: Forense, 2014. P.34

BUENO,Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil**, vol. 4: Tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos / Cassio scarpinella Bueno-5.ed. ver e atual.- São Paulo : Saraiva, 2013. P.43

FILHO, Greco Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, Volume 3: processo de execução a procedimentos especiais / Vicente Greco Filho .22.ed.- São Paulo : Saraiva, 2013.P.207

MARINONI , Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela** -9. Ed. Ver.- São Paulo :Editora Revista dos Tribunais,2006. P.343

SANTOS, Ernane Fídels dos. **Manual de direito processual civil: Execução e processo cautelar**- volume 2, 15.ed.-São Paulo : Saraiva, 2013.P.348

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. vol. II – Rio de Janeiro : Forense, 2014. P.730

CARNEIRO, Athos Gusmão, 1925- **Da antecipação de Tutela**. 6 ed Rio de Janeiro : Forense,.2006P.32

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5.ed.2002 São Paulo. Ed.Malheiros:P.318

JUNIOR, Humberto Theodoro.**Tutelas Diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional**.coordenadores Humberto Theodoro Junior, Maria Terra Lauer. Rio de Janeiro:GZ Ed.,2010.P.728

JUNIOR, Humberto Theodoro, **Curso de Direito Processual Civil**, 6 ed. Rio de Janeiro. Forense, 1991, V.II. P.1123

Theodoro Junior, Humberto.**Tutelas Diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional**.Coordenadores Humberto Theodoro Junior, Maria Terra Lauer. Rio de Janeiro:GZ Ed.,2010.P.240

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Ed Coimbra.2001. p.325.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência.** vol. II – Humberto Theodoro Junior – Rio de Janeiro: Forense, 2014. P.543

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva 2013. Vol 4 P.186 e 188.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos direitos.** São Paulo: Editora RT , 2004 p.271

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito Processual civil.** 48 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008. Vol I. p.245.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro.**1994. São Paulo. Ed. Acadêmica. 1 ed. P.141

PORTANOVA,Rui. **Princípios do Processo Civil .** 7ed. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2008 P123-124.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2013. Vol 4 P.37 e 38.

BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada.** 4. Ed. SÃO PAULO:Malheiros,2006, p.119.