



**IPTAN – INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRES.
TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”**

FERNANDA DO CARMO DE CARVALHO SANTOS

TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

FERNANDA DO CARMO DE CARVALHO SANTOS

TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves - IPTAN - como requisito parcial à obtenção do título de Graduado, sob orientação do Prof. Leandro Saon da Conceição Bianco.

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

FERNANDA DO CARMO DE CARVALHO SANTOS

TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves - IPTAN - como requisito parcial à obtenção do título de Graduada em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Esp. Leandro Saon da C. Bianco (Orientador)

Prof. Esp. Luciano Machado Ferreira

Prof. Msc. Matheus Bevilacqua Campelo Pereira

A Deus, pela minha existência e por ter me dado a honra de poder concretizar mais um sonho. Mesmo diante de todas as dificuldades, não me permitiu desistir.

AGRADECIMENTOS

À minha filha, pelas vezes que me ausentei. Mas tudo o que fiz foi para ela.

Aos meus pais, os quais me ajudaram no que precisei e me deram forças para não desistir.

Aos meus amigos, por todo o apoio que me deram nos momentos mais difíceis e pela ajuda durante esses cinco anos.

Ao meu orientador, pelo tempo despendido comigo e pela oportunidade de grande aprendizado que tive.

RESUMO

Este trabalho acadêmico tem como finalidade analisar o instituto processual da tutela antecipada, presente no ordenamento jurídico brasileiro, porém sob outro enfoque. O principal objetivo dessa monografia é justamente mostrar para os operadores do direito e, principalmente, para os magistrados, a possibilidade de aplicação da tutela antecipada de ofício, desde que preenchidos todos os seus requisitos, os quais também serão aqui analisados. Antecipando a tutela de ofício, direitos estarão sendo salvaguardados e, conseqüentemente, a justiça estará sendo feita tempestivamente. Hipossuficientes poderão usufruir o que lhe é de direito de imediato, sem a necessidade de enfrentar toda a morosidade da máquina estatal, tornando frutífera aquela decisão. De nada adiantaria uma prestação jurisdicional tardia e ineficaz. Este entendimento que será aqui apresentado ainda é minoritário na doutrina, com pouca aplicação nos tribunais, mas que vem ganhando adeptos com o passar dos anos e modificando de forma positiva o cenário processualista brasileiro.

Palavras-Chave: tutela antecipada de ofício; tutela efetiva; direito processual civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O PODER JUDICIÁRIO E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	9
1.1 O Poder Legislativo	10
1.2 O Poder Executivo	10
1.3 O Poder Judiciário.....	11
1.4 A prestação jurisdicional	12
1.4.1 Modalidades de tutela jurisdicional	13
2. TUTELAS DE URGÊNCIA	15
2.1 Medida Cautelar	16
2.1.1 Requisitos específicos da medida cautelar	17
2.2 Tutela antecipada.....	19
2.2.1 Requisitos específicos da tutela antecipada	21
2.3 Tutelas de Urgência no novo Código de Processo Civil	26
3. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO	28
3.1 Teses contrárias à concessão da tutela antecipada de ofício	29
3.2 Teses favoráveis à concessão da tutela antecipada de ofício	31
3.3 Tutela antecipada de ofício no novo Código de Processo Civil	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS.....	40

INTRODUÇÃO

Para que uma norma obtenha sucesso na sua aplicação é necessário que ela esteja apta a produzir efeitos perante a sociedade. De nada adianta uma norma passar por todo o trâmite processual para, ao final, não ter aplicabilidade alguma.

Devido a isso, é necessário, como é sabido por todos, que direito e sociedade caminhem juntos. Só assim o ordenamento jurídico pátrio terá sucesso.

A sociedade, por sua vez, ao buscar ajuda no Poder Judiciário para a solução de seus litígios, tem como desejo uma prestação jurídica eficaz. Todavia, devido à morosidade existente na máquina judiciária, constantemente tal prestação acaba sendo ineficaz.

Com o objetivo de minimizar a ocorrência de tais falhas e, consequentemente, causar menos prejuízos às partes, foi realizada uma reforma no direito processual brasileiro, introduzindo nele as chamadas tutelas de urgência.

O instituto da tutela antecipada, uma das espécies de tutelas de urgência e objeto principal de análise deste trabalho, já existia no direito brasileiro, porém só era permitida a sua aplicação em situações específicas. Após a reforma processual, em 1994, com o objetivo de tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional, tal instituto passou a ter aplicabilidade geral.

Apesar de já terem se passado quase duas décadas, somente agora a tutela antecipada vem sendo utilizada com mais ênfase pelos operadores do direito.

Justamente devido a maior utilização desse mecanismo processual, uma nova corrente doutrinária vem surgindo, trazendo a possibilidade de aplicação da tutela antecipada de ofício pelo magistrado, o que até então era inquestionável.

Por essa razão, resolvemos confeccionar este trabalho acadêmico com foco central nessa possibilidade, dividindo-o em três capítulos.

No primeiro capítulo, introduziremos o tema falando sobre a Teoria da Separação dos Poderes, percorrendo um pouco sobre cada um deles, com

maior aprofundamento no tocante ao Poder Judiciário e a sua finalidade, que é a prestação jurisdicional e suas modalidades que aqui nos interessam, quais sejam as tutelas definitivas e as tutelas de urgência.

Esgotado o assunto sobre as modalidades de prestação jurisdicional de forma mais ampla, passaremos então, no segundo capítulo, a restringir mais o assunto, analisando separadamente os dois tipos de tutela de urgência existente, quais sejam a tutela antecipada e a medida cautelar, estabelecendo as diferenças entre elas.

Pelo fato da elaboração do novo Código de Processo Civil, o qual trará modificações significativas acerca das tutelas de urgência e cautelar, ao final do capítulo, faremos uma sucinta abordagem no tocante a essas modificações, consideradas importantes em reação a tema deste trabalho.

Por sua vez, no terceiro e último capítulo adentraremos especificamente ao tema deste trabalho acadêmico. Analisaremos de forma incisiva a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela de ofício pelo magistrado, confrontando as teses contrárias e as favoráveis à aplicação deste novo instituto.

Assim como feito no segundo capítulo, iremos fazer uma breve colocação sobre a concessão da tutela de urgência de ofício pelo magistrado no novo CPC, o qual possui um artigo específico sobre, confirmando justamene a tese defendida nesta monografia.

1. O PODER JUDICIÁRIO E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Em determinado momento da história política mundial, surgiu a necessidade de descentralização do poder estatal, antes concentrado apenas nas mãos do governante. Este ideal, também conhecido por Teoria, ou Princípio da Separação dos Poderes, foi abordado pela primeira vez por Aristóteles, na Antiguidade Grega e, posteriormente, por Locke, sendo que seu ápice deu-se no Capítulo VI do Livro XI da obra *O Espírito das Leis* de Montesquieu.

Por meio dessa teoria, difundiu-se a ideia de separação das principais funções exercidas pelo Estado moderno, chamando-as de poderes.

Necessário é se fazer uma ressalva neste ponto. O poder estatal é uno e indivisível, portanto, é incorreta a expressão separação dos poderes. Não é o poder em si que sofre divisão, mas sim as funções estatais, sendo cada órgão responsável por uma.

Entretanto, por questões meramente didáticas, para facilitar o entendimento desta teoria, e também pelo fato da expressão “poderes” já ter se incorporado ao vocabulário jurídico, adotaremos-na na confecção deste trabalho.

A Constituição da República, promulgada em 1988, traz em seu artigo segundo que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, tem-se hoje que o Estado brasileiro, adotando a teoria supramencionada, é dividido em três poderes, quais sejam o Poder Executivo, o Poder Legislativo e Poder Judiciário. Cada um de forma independente, porém, concomitante, e de forma harmônica com os outros poderes, torna-se responsável por sua área de atuação, como se verá a seguir, não existindo nenhum tipo de hierarquia entre eles.

1.1 O Poder Legislativo

O poder legislativo brasileiro, consagrado na Constituição de 1988 dos artigos 44 ao 75, possui uma organização bicameral. O artigo 44 traz que: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.” (BRASIL, 1988).

A Câmara dos Deputados é composta por representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, para um mandato de quatro anos. Já o Senado Federal é composto por representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos pelo sistema majoritário, para mandato de oito anos.

Cada uma das casas legislativas possui suas próprias funções e atribuições. Porém, há momentos em que é necessária uma atuação conjunta das duas casas, representando então o Congresso Nacional.

O poder legislativo no Brasil exerce a função típica de legislar e também atua na fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do poder executivo. Entretanto, para balancear e harmonizar os poderes estatais, ele exerce também funções atípicas, quais sejam jurisdicional e executiva. A primeira diz respeito, por exemplo, ao julgamento do Presidente da República por crimes de responsabilidade, o qual é realizado pelo Senado Federal. Já a segunda função atípica está relacionada à aprovação de nomes para ocupação de cargos na estrutura política brasileira, disposição sobre sua organização, concessão de férias e licenças à servidores, entre outras.

Lado outro, o poder legislativo estadual e municipal, diferindo-se do federal, é unicameral. Nos estados há a existência das Assembleias Legislativas, compostas por deputados estaduais. Já o legislativo municipal é composto pelas Câmaras Municipais, sendo compostas pelos vereadores, representantes do povo do município.

1.2 O Poder Executivo

O poder executivo tem suas funções delimitadas nos artigos 76 ao 91 da Constituição Federal. No âmbito federal, o poder é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado, tendo como função típica a prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração.

Assim como os outros poderes, há também a existência de funções atípicas de natureza legislativa e jurisdicional. A primeira está relacionada à possibilidade do Presidente da República editar medidas provisórias, com força de lei. Já a segunda está relacionada à apreciação e julgamento de processos administrativos.

No âmbito estadual, o poder executivo é exercido pelo Governador do estado, auxiliado pelos Secretários de Estado. Por sua vez, o poder executivo municipal é exercido pelo Prefeito, auxiliado também pelos seus Secretários.

1.3 O Poder Judiciário

O poder judiciário, cerne dos estudos deste capítulo, está regulamentado na Magna Carta, do artigo 92 ao 126. É ele o poder responsável pelo exercício da função jurisdicional do Estado, sendo esta sua função típica. Todavia, assim como os outros poderes, também exerce funções atípicas de natureza legislativa e executiva. A primeira diz respeito à elaboração do regimento interno de cada tribunal, por exemplo. A segunda, por sua vez, compreende a função administrativa do poder judiciário, como a concessão de férias e licenças aos magistrados e serventuários.

Como bem colocado pelo constitucionalista Kildare Gonçalves Carvalho (2006, p. 147):

A função jurisdicional visa à conservação e à tutela do ordenamento jurídico mediante decisões individuais e concretas, extraídas das normas gerais, declarando a conformidade ou não dos fatos com as normas e determinando eventuais consequências jurídicas.

Como consagrado na Magna Carta de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Assim, todos os brasileiros têm livre acesso à justiça e à prestação jurisdicional, não podendo, em hipótese alguma, serem delas privados.

Porém, para que o Estado, através do poder judiciário, possa aplicar o direito ao caso concreto, é necessário que ele seja acionado. Dessa forma, o que prevalece no direito processual brasileiro é o princípio dispositivo. Como

abordado por Theodoro Júnior (2011, p. 312), “na instalação da relação processual prevalece o princípio dispositivo. A parte tem o alvitre de postular ou não a tutela jurisdicional, isto é, a propositura da demanda é ato privativo da parte”.

É nesse contexto que surge um outro princípio processual, o da inércia, pelo qual o magistrado não pode instalar a reação processual de ofício, mas tão somente quando for acionado pelas partes interessadas.

Lado outro, uma vez instalada a relação processual, ou seja, uma vez constituído o processo, passa a vigorar o princípio do impulso oficial.

Vencida esta fase inaugural, o processo passa a se desenvolver por impulso oficial do juiz. É que, estabelecida a relação processual, entra em atividade uma função pública- a jurisdição, que faz com que o interesse público na justa composição do litígio e na pacificação social predomine sobre o simples interesse privado da parte. (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 312).

A partir de então é o próprio magistrado quem desenvolve o processo até a prolação da sentença.

1.4 A prestação jurisdicional

Como abordado no subtítulo anterior, a função típica do poder judiciário, ou seja, a sua finalidade é justamente a prestação jurisdicional.

Como preconiza o ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki (2009, p. 5): “Quando se fala em tutela jurisdicional se está a falar exatamente na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos”.

Assim, uma vez acionado, vez que os princípios da inércia e dispositivo são os que vigoram, como já abordado anteriormente, o poder judiciário tem o poder-dever de prestar a tutela jurídica, buscando solucionar da melhor maneira possível os conflitos existentes. É esse o seu objetivo.

1.4.1 Modalidades de tutela jurisdicional

Existem várias espécies de tutelas prestadas pelo Estado, por meio do Poder Judiciário. Porém, as que aqui nos interessam podem ser divididas em duas: as tutelas definitivas e as tutelas de urgência.

Mais uma ressalva deve aqui ser feita no tocante à nomenclatura utilizada para distinguir tais modalidades de tutela. Quanto à definitiva não há divergências doutrinárias, vez que é única e bem específica. Porém, há autores que abordam as tutelas de urgência denominando-as de tutela provisória, como por exemplo, o Ministro Teori Zavascki (2009, p. 35), deixando claro em sua obra “que a espécie de tutela que aqui denominamos “provisória”, estão nela incluídas as medidas antecipatórias e as genuinamente cautelares”.

Outra parte da doutrina, como por exemplo, Didier (2010, p. 456), entende que tutela provisória é sinônimo de tutela antecipada. Como se vê: “A tutela provisória, por excelência, é a tutela antecipada”.

Dessa diferenciação doutrinária podem surgir certas confusões ao abordarmos este assunto no decorrer deste trabalho acadêmico. Assim, para um melhor entendimento acerca do tema que aqui será tratado, adotaremos o termo tutelas de urgência, tendo como subdivisões a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Segundo Didier (2010, p. 451),

A tutela definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada material. Prestigia, sobretudo, o valor segurança jurídica.

Como muito bem citado, a tutela definitiva possui características próprias, que fazem com que ela se diferencie das outras espécies de tutela. Suas principais características são a imutabilidade e, conseqüentemente, a segurança jurídica.

Todavia, há situações que não podem aguardar o cumprimento de todo o processo de conhecimento, ou seja, não tem como ser realizada tal cognição exauriente. Pelo contrário. Em casos de urgência, se a tutela jurisdicional não for prestada a tempo, tem-se uma probabilidade de perda do objeto e, consequentemente, uma possível frustração na prestação jurídica.

Buscando evitar o perecimento do objeto da ação, o legislador introduziu no ordenamento jurídico o instituto da tutela de urgência. Como bem colocado por Didier (2010, p.456), essa modalidade de tutela “identifica-se por ser fundada em uma cognição sumária, em uma análise superficial do objeto da causa, que conduz o magistrado a um juízo de probabilidade”.

Dando uma ênfase maior nas tutelas de urgência, ainda é possível subdividi-la em medidas antecipatórias e medidas cautelares *stricto sensu*.

Para Fontenele (2011, p. 15):

O sistema processual pátrio oferece, paralelamente à tutela definitiva, outra espécie de tutela jurisdicional, consistente na outorga de providências de dois tipos: a) antecipação do gozo do direito que se busca obter com o processo; b) providências para garantir a utilidade da tutela jurisdicional e a futura execução. É a chamada tutela provisória, traduzida sob as suas duas formas clássicas: tutela antecipatória e tutela cautelar.

As medidas cautelares necessitam estar vinculadas a uma tutela definitiva para que possam cumprir sua finalidade. Em outras palavras, existem e são utilizadas para garantir que a prestação jurisdicional, buscada por meio do processo, seja alcançada ao final.

Já as tutelas antecipadas, também necessitam estar vinculadas a uma tutela definitiva, vez que são os efeitos desta tutela definitiva que serão antecipados provisoriamente.

Como o tema deste trabalho acadêmico é justamente a tutela antecipada e há possibilidade de existir certa confusão doutrinária entre ela e a medida cautelar e seus respectivos requisitos, faremos então uma breve distinção entre essas espécies de tutelas de urgência, com o intuito de esclarecimento sobre o que realmente vem a ser a tutela antecipada.

2. TUTELAS DE URGÊNCIA

As tutelas de urgência podem ser caracterizadas como instrumentos processuais que visam assegurar um processo mais célere, com a finalidade de salvaguardar um bem jurídico de uma possível deterioração ou, até mesmo, perda, impossibilitando, assim, a prestação jurisdicional.

Segundo Alvim (2008, p. 22),

A imposição social de uma justiça rápida e eficaz, impulsionada por uma tendência universal, faz com que o eixo do processo de desloque do binômio segurança-certeza para o da rapidez-probabilidade.

Este tem sido o grande desafio das reformas em todo o mundo, no fornecimento da prestação jurisdicional: conciliar a exigência de presteza (rapidez) aos jurisdicionados, com a segurança que deve ter um provimento judicial.

Em relação às tutelas de urgência, o seu diferencial é que “a segurança cede lugar à urgência, em função das exigências sociais” (ALVIM, 2008, p. 20). É o que afirma Alvim e com ele corroboramos.

Como mencionado no capítulo anterior, as tutelas de urgência, no que ora nos interessa, podem ser divididas em duas espécies: a medida cautelar e a tutela antecipada. O objetivo deste capítulo é justamente explicar cada uma dessas espécies, apontando os requisitos específicos que devam ser preenchidos para sua concessão, para, ao final, ser traçado um comparativo entre elas.

Segundo Ricarte (2011),

O advento das tutelas de urgência resultou, indubitavelmente, em celeridade processual, além de efetivar a seguridade para os bens em litígio, quando estes estiverem sob eminente perigo de se perderem ou se deteriorarem. A demora decorrente do trâmite da lide poderia ser letal à busca do justo, caso não existissem as tutelas de urgência.

São quatro as principais características das tutelas de urgência. A primeira, como já mencionado no primeiro capítulo, está relacionada ao trâmite processual. No caso das tutelas de urgência, o processo será sempre de cognição sumária.

A segunda característica diz respeito ao caráter provisório da decisão que a conceder, vez que, ao final do processo de conhecimento, ela será substituída pela tutela definitiva.

A terceira característica está relacionada à possibilidade de revogação da tutela provisória, a qualquer tempo, pelo magistrado, quando este perceber que os requisitos para a sua concessão não estão mais preenchidos.

A quarta e última característica pode ser entendida como a impossibilidade de uma decisão que conceda a tutela provisória se localizar sob o manto da coisa julgada material, uma vez que possui natureza provisória e seu conteúdo é precário.

Essas são as características gerais da tutela de urgência. Passemos agora à análise de cada uma das modalidades e seus respectivos requisitos.

2.1 Medida Cautelar

A medida cautelar está presente no Código de Processo Civil brasileiro em uma parte destinada exclusivamente ao processo cautelar. Consagrada pelo artigo 798, esta modalidade de tutela de urgência atribuiu ao magistrado o que ficou denominado como poder geral de cautela.

Segundo este artigo, o juiz poderá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito de outra lesão grave e de difícil reparação.

Segundo Ugo Rocco (1977, p. 55-56), citado na obra de Theodoro Junior (2011, p. 540), a definição de medida cautelar é a seguinte:

Podemos definir a medida cautelar como a providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal.

Para o próprio Theodoro Júnior (2011, p. 540),

A função cautelar não consiste em antecipar solução da lide para satisfazer prematuramente direito material subjetivo em disputa no processo principal. O que se obtém no processo cautelar, e por meio de uma medida cautelar, é apenas a prevenção contra o risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte e que compromete a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito.

Por sua vez, a medida cautelar, aqui referida, pode ser classificada em dois grandes grupos: cautelares nominadas e cautelares inominadas.

Também conhecidas como medidas cautelares típicas, as cautelares nominadas são aquelas que estão expressamente regulamentadas no Código de Processo Civil pátrio, sob a denominação de procedimentos cautelares específicos.

As cautelares inominadas ou também conhecidas como medidas cautelares atípicas são aquelas que existem no processo devido ao poder geral de cautela do juiz, como bem colocado no início deste capítulo. Não estão expressamente previstas no Código de Processo Civil, mas são muito bem admitidas no direito brasileiro.

Passemos agora à análise dos requisitos específicos da medida cautelar.

2.1.1 Requisitos específicos da medida cautelar

Como colocado por Theodoro Júnior (2011, p. 549),

Os requisitos para alcançar-se uma providência de natureza cautelar, são, basicamente, dois:

I – Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil o interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável.

II – A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*.

Em uma ação de natureza cautelar, para que seja concedida a medida cautelar, é necessário que a parte autora demonstre ao magistrado o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, como dito acima.

O primeiro requisito, *periculum in mora*, na tradução do latim, significa perigo da demora. Como é bem colocado pelos grandes doutrinadores processualistas, este perigo pode ser entendido como sendo o risco de uma decisão tardia, ou seja, caso o Poder Judiciário, devido à sua sobrecarga e também à sua morosidade, demore solucionar a lide, o bem em litígio pode vir a não mais existir, frustrando totalmente a prestação jurisdicional.

Determinados direitos, se não forem liminarmente concedidos à parte, acabam perdendo a eficácia desejada pelo legislador constituinte ao criá-los.

O *fumus boni iuris*, segundo requisito, por sua vez, na tradução do latim significa fumaça do bom direito. Alguns autores, como por exemplo Misael Montenegro Filho, abordam esse requisito como sendo um decréscimo do requisito presente no instituto da tutela antecipada, qual seja verossimilhança da alegação, e ainda como um decréscimo maior do requisito do mandado de segurança, qual seja direito líquido e certo. Senão, vejamos:

Se a prova é por completo robusta, firme, sólida, encontramos diante de um direito líquido e certo; sendo a prova razoável, estaremos diante da verossimilhança da alegação; na hipótese de a prova ser superficial, encontramos diante do *fumus boni iuris*. (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 55).

Este requisito da medida cautelar, como pode se observar, diz respeito à forma de demonstrar o direito presente no caso concreto ao magistrado. Ou seja, é necessário provar a veracidade dos fatos e das alegações constantes da peça inicial, de modo a convencer o juiz acerca da existência do direito em questão, para então ser concedida a medida, no que aqui nos interessa, *in limine litis*.

Em suma, conforme Fontenele (2011, p. 16),

Os requisitos para a concessão de uma cautelar são a aparência do direito (*fumus boni iuris*) e a existência de uma situação de perigo (*periculum in mora*). O primeiro requisito está consubstanciado no art. 798 do CPC, quando exige fundado receio de lesão ao direito. Já o segundo requisito

estará presente quando houver receio de lesão de grave ou de difícil reparação ao direito de outrem.

Concluída a análise dos dois requisitos necessários para a concessão da medida cautelar, passemos agora ao estudo da tutela antecipada, instituto com características semelhantes a este, porém com objetivos diferenciados.

2.2 Tutela antecipada

Com o propósito de agilizar a prestação jurisdicional, o Código de Processo Civil sofreu alterações da maior importância. (ALVIM, 1988, p. 25). Foi nesse contexto que surgiu o instituto da tutela antecipada, através da reforma processual de 1994.

Como bem colocado por Theodoro Júnior (2007, p. 737),

Adveio, porém, em 1994, a reforma do Código de Processo Civil e, fora do processo cautelar, e dentro do processo de conhecimento, instituiu-se a possibilidade emergencial genérica da antecipação de tutela, sujeitando-a, outrossim, a requisitos mais rigorosos do que os exigidos para as medidas cautelares.

Schmidt Júnior (2009, p. 17) fez uma bela colocação em relação à essa reforma processual,

Dentre as alterações promovidas à busca de uma justiça mais célere, sem perder de vista a segurança, trouxeram as reformas de 1994 o instituto da antecipação da tutela, que somente existia em situações específicas, sendo, agora, generalizada, isto é, deixando de se aplicar somente em situações excepcionais onde era prevista, espraiando-se a possibilidade de sua concessão por todo o processo de conhecimento.

Dessa forma, o instituto da tutela antecipada consagrou-se no artigo 273 do digesto processual civil pátrio, sendo conceituada por Alvim (2008, p. 32):

A antecipação da tutela nada mais é do que a antecipação da própria pretensão material traduzida no pedido, tendo conteúdo consubstancial, havendo, no todo ou em parte, coincidência entre o conteúdo do provimento liminar (decisão) e do provimento definidor da lide (sentença).

Para Theodoro Júnior (2007, p. 750),

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor um provimento imediato que, provisoriamente, lhe assegura o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio. Não se deve, porém, confundir antecipação da tutela com as liminares que já se conheciam em várias ações especiais.

Assim, é possível conceituar a tutela antecipada como sendo:

Instrumento processual que objetiva conferir ao autor, e desde que se encontrem presentes nos autos requisitos de natureza objetiva, parte ou da totalidade da prestação jurisdicional que lhe seria apenas conferida por ocasião da sentença final, mediante requerimento expresse do interessado, a ser externado em qualquer fase do processo (na petição inicial ou por meio de petição avulsa). (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 20).

Como o nosso objetivo é justamente comprovar a possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício pelo magistrado, ou seja, sem necessidade do preenchimento de um dos seus requisitos, qual seja a obrigatoriedade do requerimento da parte, passemos então à análise intrínseca do artigo 273 do CPC.

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; ou
- II – fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas no arts. 475-O, 461 §§ 4º e 5º e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo em decisão fundamentada.

§ 5º Concedia ou não a antecipação de tutela, prosseguirá processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (BRASIL, 1973).

Como se trata de um extenso dispositivo processual, manteremos nossa análise dos requisitos adstritamente ao que nos interessa para confecção deste trabalho.

2.2.1 Requisitos específicos da tutela antecipada

Conforme se pode extrair do *caput* deste artigo, os dois requisitos basilares da tutela antecipada são a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

A prova inequívoca pode ser entendida como “aquela que apresenta um grau de convencimento tal, que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável”. (ALVIM, 2008, p. 61)

Como bem colocado por Schmidt Júnior (2009, p. 63), o requisito da prova inequívoca pode ser entendido sob dois aspectos: a referibilidade e a credibilidade. Segundo ele:

Por referibilidade entendemos que a prova deve fazer referência ao alegado. De outra sorte, por credibilidade entendemos que a prova deve, em princípio, ser extremada de suspeita.

Diante dessa análise, podemos concluir que o requisito da prova inequívoca, ônus de quem alega, deve estar em consonância com as

alegações, ou seja, os requisitos probatórios devem estar diretamente relacionados ao alegado pelo litigante que quer se beneficiar através da tutela antecipada. Além disso, é necessário que tais requisitos probatórios sejam idôneos, ou seja, demonstrem credibilidade ao magistrado, para que ele, então, decida o caso concreto.

Para Montenegro Filho (2007, p. 25),

A prova produzida pelo autor – geralmente documental – deve conferir ao magistrado um alto grau de probabilidade de que o direito pende em seu favor, de que as alegações trazidas aos autos pelo promovente possivelmente são verdadeiras.

O outro requisito de sustentação do instituto aqui analisado é a verossimilhança das alegações.

Para Fontenele (2011, p.19),

[...] a prova inequívoca se refere aos fatos, enquanto a verossimilhança se refere aos fundamentos de direito oriundos dos fatos alegados e inequivocadamente demonstrados com as provas já produzidas.

Theodoro Júnior (2007, p. 756) conceitua este requisito como sendo:

o juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

Entretanto, não basta ao magistrado tão somente a análise destes dois requisitos para a concessão da tutela antecipada. Como foi possível observar no dispositivo processual, é necessário ainda o preenchimento de outros requisitos, o que será feito neste momento.

Além da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações, é necessário também que o demandante comprove, segundo o inciso I do artigo supracitado, existir fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Zavascki (2009, p. 77) denomina essa forma de antecipação como sendo uma antecipação assecuratória. Para ele:

À hipótese de concessão da tutela em casos em que “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, I) pode-se denominar antecipação assecuratória: antecipa por segurança. Adianta-se provisoriamente a tutela pretendida pelo autor como meio de evitar que, no curso do processo, ocorra o perecimento ou a danificação do direito afirmado. Em outras palavras, antecipa-se em caráter provisório para preservar a possibilidade de concessão definitiva, se for o caso.

Theodoro Júnior (2007, p. 757) conceitua este requisito de forma bastante esclarecedora. Para ele,

Receio fundado é o que na provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

Observa-se que fundado receio aqui analisado em muito se aproxima do *periculum in mora* existente nas liminares das ações cautelares. Todavia, a importância que se deve dar a este requisito no caso da tutela antecipada é em suma maior, vez que diz respeito à satisfação do próprio direito material já em litígio, e não para salvaguardar uma ação principal como lá ocorre.

Como colocado por Montenegro Filho (2007, p. 27),

Há um receio de que, não sendo deferida a antecipação da tutela logo após o requerimento apresentado pelo autor, venha a perecer parte ou a totalidade do direito material envolvido no processo, não tendo a sentença força suficiente para permitir a satisfação da obrigação em favor do autor.

É esse o ponto de maior embate neste trabalho, o qual será analisado com maior detalhamento no próximo capítulo, com o objetivo principal de fundamentação para a concessão da tutela antecipada de ofício pelo magistrado.

Por sua vez, outra questão ainda há ser abordada dentro do requisito do fundado receio está relacionada à morosidade da justiça.

Como bem salientado por Theodoro Júnior (2007, p. 757),

Os simples inconvenientes da demora processual, aliás inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação da tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

Assim, não deve o magistrado, tendo ciência do quão irá demorar o trâmite de determinado processo, antecipar os efeitos da tutela tão somente por essa razão. Ele deve ir além disso, analisando todos os elementos presentes na demanda que justifique sua decisão, caso seja positiva.

Conforme o inciso II do artigo 273, ainda como requisito para a concessão da tutela antecipada, é necessário que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Zavascki (2009, p. 77), por sua vez, assim como no inciso I, denomina essa outra forma de antecipação como sendo uma antecipação punitiva. Para ele,

À outra hipótese, decorrente de abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II), poder-se-á denominar, pelo menos para efeitos classificatórios, de antecipação punitiva. Embora não se trate propriamente de uma punição, dado que sua finalidade tem o sentido positivo de prestar jurisdição sem protelações indevidas, a medida guarda semelhança, no que diz com as respectivas causas determinantes, com as possibilidades impostas a quem põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional, previstas no Código de Processo Civil.

Montenegro Filho (2007, p. 29) alude que:

Cada caso deve ser visto como uma situação especial, exigindo do magistrado a devida fundamentação do pronunciamento que defere a tutela antecipada em favor do autor, demonstrando de forma objetiva quais os comportamentos assumidos pelo réu que impuseram a conclusão de que este estaria tentando de forma deliberada obstar o seguimento do processo, com evidente prejuízo para a parte contrária e para o próprio Estado, que na consegue se desincumbir do dever de prestar a função jurisdicional.

Prosseguindo na análise do dispositivo processual, o parágrafo segundo faz menção a um requisito negativo da tutela antecipada. Segundo ele, o juiz

não poderá antecipar a tutela se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Porém, conforme salientado por Didier (2010, p. 493),

Pretende, com isso, o legislador, coibir abusos no uso da providência, como ocorria com as cautelares atípicas. É um meio de preservar o adversário contra excessos no emprego da medida. Mas essa exigência legal deve ser lida com temperamento, pois, se levada às últimas consequências, pode conduzir à inutilização da antecipação de tutela. Deve ser abrandada, de forma a que se preserve o instituto.

Fontenele (2011, p. 21), justificando o perigo da irreversibilidade com o próximo requisito a ser analisado, qual seja, a possibilidade de revogação da tutela antecipada, explica que:

Um primeiro ponto que deve ser explicitado é que a norma em exame não trata da irreversibilidade do provimento judicial em si, visto que este pode ser revisto ou modificado a qualquer tempo, diante do caráter provisório das tutelas de urgência. O que veda a regra do parágrafo segundo é que a antecipação opere efeitos irreversíveis no plano dos fatos.

É justamente este dispositivo, o parágrafo quarto do artigo em questão, que dá à tutela antecipada o seu caráter de precário, vez que a decisão pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo pelo magistrado.

Assim como o requisito presente no inciso I, este também será melhor analisado do capítulo seguinte, também servindo de fundamentação para a concessão da tutela antecipada de ofício pelo magistrado.

Por fim, deixamos para ser analisado por último o requisito presente no início do dispositivo processual, por ser o ponto chave de todo este trabalho acadêmico.

Afirma o artigo 273 que a tutela somente poderá ser antecipada se houver o requerimento expresso da parte.

A maior parte da doutrina processualista sustenta que, por força do princípio da demanda e da inércia, assim como o da imparcialidade do juiz, a tutela jamais poderia ser concedida de ofício.

Todavia, este trabalho acadêmico tem justamente o objetivo de defender a ideia presente na corrente processualista minoritária, influenciada também

pela Constituição Federal, de que é possível conceder a tutela antecipada de ofício, ou seja, sem a necessidade formalista do requerimento expresso da parte.

Passemos então ao terceiro e último capítulo, no qual será analisada especificamente esta possibilidade da antecipação da tutela de ofício pelo magistrado.

2.3 Tutelas de Urgência no novo Código de Processo Civil

Antes de continuarmos a abordagem acerca da tutela antecipada de ofício, necessário se faz destacar que está sendo concluída a aprovação do novo Código de Processo Civil brasileiro.

Neste novo CPC ocorreram modificações significativas no que tange às tutelas de urgência. Uma das mais importantes, para não dizer a mais, está relacionada à retirada do capítulo referente ao processo cautelar, ou seja, não haverá mais previsão sobre as medidas cautelares nominadas.

O que se verifica, com a nova redação, é a junção das tutelas de urgência em um único capítulo, dividindo-as em tutelas de urgência e da evidência.

Assim, o artigo 269 traz a nova definição da tutela antecipada e da medida cautelar, ambas já abordadas anteriormente:

Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar.

§ 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida.

§ 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo. (BRASIL, 2010).

Em relação ao poder geral de cautela do magistrado, já mencionado no decorrer deste capítulo, não houve alteração, podendo o juiz 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.

Assim, verifica-se que somente as cautelares nominadas foram suprimidas deste novo CPC, permanecendo a possibilidade de concessão de cautelares inominadas.

Em relação às tutelas de urgência, as quais aqui nos interessam, o novo CPC dividiu-as em tutela de urgência cautelar, como sendo a medida cautelar, e a tutela de urgência satisfativa, como sendo a tutela antecipada, ambas já analisadas neste trabalho acadêmico.

Em relação aos requisitos para concessão, a nova redação é a seguinte:

Art. 276. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. (BRASIL, 2010).

Como se observa, os requisitos anteriores, quais sejam a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, foram agora substituídos por elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, tornando, de certa forma, mais flexível a análise do direito no caso concreto e a possível concessão da tutela de urgência.

Concluída esta rápida abordagem acerca das novas modificações sobre tutelas de urgência no novo CPC, passemos então ao terceiro e último capítulo deste trabalho, abordando a possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício.

3. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO

Antes de adentrarmos ao tema específico desta monografia, é importante frisar que a tutela antecipada de ofício será aqui analisada com base no CPC em vigor atualmente.

Embora tenha sido feita uma rápida análise em relação a novo CPC no final do capítulo anterior, como este ainda não produz seus efeitos jurídicos, utilizaremos o CPC atual, deixando, para ao final do capítulo, ser feita uma análise em relação ao novo.

Como bem colocado no capítulo anterior, de acordo com o artigo 273 do digesto processual civil, para que a tutela antecipada seja concedida, é necessário que a parte, expressamente, faça o pedido.

Todo o trabalho acadêmico até aqui desenvolvido foi realizado com o escopo de demonstrar que, em casos de urgência, é plenamente aceitável a concessão da tutela antecipada de ofício pelo magistrado à luz do artigo 273, inciso I do CPC.

O que iremos defender neste capítulo é a possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício pelo magistrado caso haja fundado receio de dano irreparável à parte ou de difícil reparação.

Todavia, deve neste momento ser feita uma importante ressalva. A defesa que faremos acerca da tutela de ofício diz respeito somente àqueles direitos indisponíveis. Ou seja, não é em todo e qualquer caso que poderá a tutela ser antecipada de ofício. O foco desta monografia é justamente em relação a direitos indisponíveis, ou seja, aqueles das quais a parte, mesmo querendo, não pode deles desistir.

Tais direitos estão acima das nossas vontades. Nós os possuímos e tudo deve ser feito para que não sejam perdidos ou deteriorados. É justamente neste contexto que se insere a possibilidade de antecipação da tutela de ofício pelo magistrado, justamente para evitar que essa perda ocorra.

Porém, não é a corrente processualista majoritária que possui esse entendimento.

Depois de inúmeras leituras e pesquisas, pode-se afirmar que somente uma pequena parte da doutrina entende ser possível a concessão da tutela

antecipada de ofício. É justamente com essa corrente minoritária que simpatizamos e, devido a isso, mostraremos, a seguir, os fundamentos que nos fizeram ser favoráveis à concessão de ofício da tutela.

Antes de iniciar a análise dos argumentos favoráveis a essa concessão, abordaremos as teses adotadas pela doutrina majoritária para fundamentar a sua não concessão.

3.1 Teses contrárias à concessão da tutela antecipada de ofício

A maioria da doutrina processualista, formada principalmente pelos os autores Alexandre Freitas Câmara, Nelson Nery, Cândido Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior e Teori Albino Zavascki, entende não ser possível a concessão de ofício da tutela antecipada.

Para essa corrente, ao descumprir o requisito expresso no artigo 273 do CPC, qual seja “requerimento da parte”, o magistrado estaria ferindo os princípios que regem o processo civil, quais sejam o princípio da demanda e o da imparcialidade.

Parece-nos que a lei processual, ao exigir o requerimento da parte, manteve-se consentânea com o nosso sistema processual, onde prevalece o princípio da demanda, não podendo o órgão jurisdicional conceder à parte algo que não foi por ela pleiteado. (CÂMARA, 2004, p. 453).

Além disso, outro argumento por essa corrente utilizado baseia-se no que ocorre com o pedido de medida liminar no processo cautelar. Como bem colocado por Nascimento (2012, p. 6),

[...] não se pode olvidar a hipótese de a tutela antecipada ser, afinal, indevida, causando danos à parte adversa, os quais precisarão ser reparados. Não se poderia, porém, responsabilizar o autor por um dano causado ao réu por uma decisão judicial que ele não pedira.

Porém, nosso entendimento neste trabalho acadêmico vai de encontro a todas essas teses levantadas pela corrente majoritária. É esta a análise que será feita agora.

Em relação ao entendimento de que a concessão da tutela antecipada fere os princípios da demanda e da imparcialidade do magistrado, não deve ele prosperar.

Como muito bem colocado por Rocha (2013, p. 2), em seu artigo sobre a possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício, a autora deixa claro que

Quando uma pessoa exerce seu direito de ação e se socorre do judiciário, o litígio já foi apresentado ao Estado Juiz, portanto, o requisito da inércia jurisdicional já foi vencido, tendo em vista que o Estado Juiz já foi provocado pela parte que ingressou com a demanda judicial.

Corroborando com esse entendimento, a nosso ver, não há que se falar em não observância do princípio da demanda, uma vez que o Poder Judiciário já fora acionado, cabendo ao magistrado, a partir de então, coordenar os rumos do processo.

No que tange à desobediência ao princípio da imparcialidade do magistrado, outro fundamento utilizado pela doutrina majoritária, contrária à concessão de ofício, entendemos também que não deve ele prosperar.

George Marmelstein Lima (2002, p.4), juiz federal, ao publicar seu artigo em defesa da tutela antecipada de ofício, deixa claro que “os tradicionais princípios processuais consagradores da inércia jurisdicional não devem servir de escudo para um comportamento inerte e passivo do magistrado”.

Além disso, ele conclui que “na verdade, o magistrado não estará tomando partido em relação a esta ou aquela parte, mas tão somente agindo para concretizar um direito fundamental”.

Assim, quando estiver diante de um caso concreto em que há evidente desrespeito a um direito fundamental, é poder-dever do magistrado, consagrado na Constituição Federal, agir de forma que tal direito seja respeitado, mesmo que para isso esta atitude tenha que ser tomada de ofício.

Em relação ao outro entendimento defendido pela corrente majoritária de que o autor não pode ser responsabilizado por um dano causado ao réu devido a uma decisão judicial que ele não pedira, também não merece ser acolhido.

Lima (2002, p. 4), também em seu artigo, fundamenta de forma inquestionável essa questão. Vejamos:

O argumento de que somente a parte poderia dizer se gostaria ou não de correr o risco de obter a antecipação, já que seria ela quem suportaria os eventuais danos decorrentes da execução da medida, em analogia com o que ocorre com a medida cautelar, não serve de fundamento para impedir a antecipação de ofício, já que também no processo cautelar se admite a concessão da medida liminar de ofício. Além disso, a tese não procede nos casos de recebimento de verbas alimentícias, como no caso de benefícios previdenciários ou assistenciais, pois é entendimento pacífico que tais verbas não podem ser objeto de repetição, salvo se houver má-fé. Como o beneficiário da antecipação da tutela estará recebendo os valores de boa-fé, ele não poderá ser condenado a devolvê-la; logo, não deverá suportar os danos decorrentes da execução da medida, caso, posteriormente, ela seja revogada.

Esgotados os argumentos da doutrina majoritária contrária à concessão de ofício, passemos agora a análise dos fundamentos favoráveis à essa concessão.

3.2 Teses favoráveis à concessão da tutela antecipada de ofício

Segundo Schmidt Júnior (2009, p. 20) “o processo civil moderno não pode mais estar preso à simples interpretação gramatical e ao rigor de fórmulas”. O processo hoje vai muito além disso. Tudo forma um grande sistema e as normas devem ser interpretadas como tal.

Além de um instrumento jurídico, o processo hoje tem uma importância social muito grande, diferente do que acontecia há alguns anos. Assim como a sociedade, é necessário que a interpretação das normas também sofra uma evolução e uma adaptação aos novos acontecimentos.

Atualmente, o processo é o principal instrumento de pacificação social. Por isso as normas devem ser interpretadas e aplicadas de forma a atender aos anseios da sociedade, mas também sempre de forma justa.

Devido a isso, o objetivo primordial deste trabalho acadêmico é demonstrar que o magistrado deve, em situações excepcionais, ou seja, em situações em que haja fundado receio de que a parte possa vir a sofrer algum dano irreparável ou de difícil reparação, interpretar o artigo 273 do CPC de

forma sistêmica, afastando a interpretação gramatical e, conseqüentemente, concedendo a tutela antecipada de ofício.

Para Schmidt Júnior (2009, p.22),

Em determinadas situações deve o juiz conceder a antecipação de tutela, independentemente do requerimento da parte porque o ordenamento jurídico – que se tem mostrado mais sábio do que os homens que o criaram – lhe impõem tal forma de atuação.

É importante salientar que o disposto no artigo 273 de que “o juiz pode” antecipar os efeitos da tutela não se trata de uma mera faculdade.

Agir de ofício não tem o mesmo significado de poder o magistrado “agir por agir”, como se lhe fosse facultado fazer isto ou aquilo, o que, como consequência, nos levaria, inarredavelmente, à arbitrariedade. (SCHMIDT JÚNIOR, 2009, p.22).

Uma vez preenchidos os requisitos enumerados naquele artigo, deve o magistrado antecipar a tutela. Caso contrário, estará ele agindo de forma arbitrária e imparcial.

Feita essa breve abordagem inicial, passemos então à análise de cada um dos argumentos favoráveis à concessão da tutela de ofício pelo magistrado.

Em um primeiro momento, como já mencionado alhures, não pode uma simples interpretação gramatical coibir uma pessoa de exercer um direito que constitucionalmente lhe é garantido. Caso isso ocorra, é algo que irá de encontro aos preceitos fundamentais presentes na nossa Magna Carta.

Está garantido na Constituição Federal o direito fundamental à tutela efetiva, ou seja, depois de acionado o Poder Judiciário, a parte tem o direito de receber a prestação jurisdicional de forma efetiva e justa.

Diante disso, para Lima (2002, p.2),

O juiz, no atendimento concreto das providências que se reeem indispensáveis para concretizar um dado direito fundamental, pode (e deve) atuar independentemente da lei infraconstitucional, pois, para efetivar preceitos constitucionais, não é preciso pedir licença a ninguém.

A segunda tese que defendemos é a de possibilidade de não aplicação, no caso concreto, de uma norma caso ela venha a acarretar uma grande injustiça para a parte.

Em uma grande parte dos casos em que não é requerida a antecipação de tutela por algum motivo, a parte, mesmo sendo garantidora de determinado direito, acaba por sofrer tal injustiça e vivenciar prejuízos irreparáveis. Um acontecimento desses, hoje, não pode e não deve ser admitido. Uma pessoa não pode se ver prejudicada em exercer o seu direito por uma simples inobservância da lei processual que pode ser sanada.

Lima (2002, p.2), de forma clara, expõe muito bem esse entendimento. Vejamos:

O magistrado deve fazer uma análise tópica, buscando a máxima efetivação dos princípios consagrados na Constituição, nunca temendo decidir *contra legem*, desde que julgue *proConstituição*. Na hipótese do prévio requerimento como requisito para a antecipação da tutela, embora se possa considerar sua exigência, em abstrato, válida, em certos casos específicos, pode vir ela a se mostrar desarrazoada e injusta, devendo o juiz, nestas situações, antecipar a tutela mesmo sem pedido expresso, a fim de dar cumprimento à norma constitucional que garante a efetividade do processo.

O nosso terceiro entendimento à concessão da tutela de ofício está relacionado às verbas alimentícias. Como se sabe, tais verbas possuem o caráter de urgência em sua raiz, ou seja, desde que são requeridas judicialmente, merecem prioridade de tramitação, por se tratarem de alimentos, direito garantido na Constituição e necessários à nossa sobrevivência.

Uma mera inobservância processual não pode, em hipótese alguma, privar o detentor do direito a esses alimentos de tê-los, justamente por não tê-los requerido. O magistrado, diante de uma situação como essas, deve fazer prevalecer o disposto na Constituição Federal e antecipar a tutela, tendo em vista os efeitos de sua concessão.

Um quarto ponto que deve aqui ser observado diz respeito ao cotidiano forense. Os operadores do direito sabem a quantidade descomunal de processos que são protocolados todos os dias nas secretárias. Sabem também que, na mesma proporção dos processos novos que surgem, há também a formação e

início de atuação de inúmeros profissionais do direito não muito bem qualificados para tal.

Embora tenha ocorrido uma praxe forense de se requerer de forma desenfreada a antecipação da tutela, muitos advogados, por despreparo ou inobservância, ainda deixam de requerê-la expressamente.

Diante disso, uma parte que tenha direito a essa tutela não pode se ver prejudicada por uma atitude de seu patrono, devendo então o magistrado conceder a tutela mesmo sem o requerimento.

O mesmo ocorre na seara dos Juizados Especiais Cíveis ou na Justiça do Trabalho, locais em que não é necessária a representação por advogado, podendo a própria parte intentar a ação sozinha.

Como bem colocado por Lima (2002, p. 3),

Também fica manifesta a desnecessidade de requerimento expresse de antecipação de tutela, já que seria cômico exigir que um sujeito de parca instrução saiba o que é a antecipação de tutela e, por consequência, venha a requerê-la.

Pugnando também pela concessão da tutela de ofício, ele conclui que,

[...] o magistrado é obrigado a sanar, sempre que possível, as atecnias cometidas pelas partes hipossuficientes. Qualquer comportamento excessivamente formalista por parte do juiz não seria legítimo. (LIMA, 2002, p. 3).

Uma última hipótese não muito difícil que acontecer está relacionado aos casos de conflito de interesses entre o cliente e seu advogado. Segundo Lima (2002, p. 3),

[...] é comum se deparar com ações em que não há propositalmente pedido de antecipação, mesmo sendo patente a verossimilhança das alegações e mais patente ainda o *periculum in mora*, tendo em vista que a própria subsistência do segurado está em jogo. Condicionar a antecipação da tutela à manifestação expressa do advogado seria, nessa hipóteses, uma grande injustiça para a parte, razão pela qual entendo ser perfeitamente possível a antecipação de ofício com fundamento no próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Embora ainda minoritária, essa linha de raciocínio acerca da antecipação da tutela de ofício pelo magistrado vem ganhando cada vez mais adeptos.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux é um dos ferrenhos defensores dessa corrente. Para Fux (1996, p. 76) citado por Nascimento (2012, p. 6) “há pródigas razões para se admitir a propriedade da tutela de urgência conferida ativamente pelo magistrado”.

Para Nascimento (2012, p. 8),

Embora minoritária, a corrente doutrinária favorável à antecipação de tutela *ex officio* tem obtido adesões significativas de respeitáveis operadores do direito. Têm se destacado no meio jurídico, *exempli gratia*, opiniões de magistrados das searas federal e estadual que, embasados em consistentes argumentos teóricos e de ordem prática, defendem com autoridade a inequívoca propriedade da concessão das tutelas de segurança sem prévio requerimento.

Como podemos observar, os Tribunais, aos poucos, também vêm aceitando e aplicando a tutela antecipada de ofício. *In verbis*:

(TRF3-050707) PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TUTELA ANTECIPADA EX OFFICIO. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO DO ARTIGO 201, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTADO DE NECESSIDADE COMPROVADO. FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL INSCRITOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Em matéria de Direito Previdenciário, presentes os requisitos legais à concessão do benefício do artigo 201, V, da Constituição Federal, meros formalismos da legislação processual vigente não podem obstar a concessão da tutela antecipada *ex officio*, para determinar ao INSS a imediata implantação do benefício, que é de caráter alimentar, sob pena de se sobrepor a norma do artigo 273 do CPC aos fundamentos da República Federativa do Brasil, como a "dignidade da pessoa humana" (CF, art. 1º, III), impedindo que o Poder Judiciário contribua no sentido da concretização dos objetivos da mesma República, que são "construir uma sociedade livre, justa e solidária", bem como "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (CF, art. 3º, I e III).

II - Comprovado nos autos que o autor sofre de doença grave e degenerativa e vivendo em estado de extrema penúria à custa da caridade alheia, e considerando que o recurso de apelação

do INSS espera por julgamento há quase sete anos, não pode esperar ainda que se cumpram formalismos legais e processuais até que possa receber o benefício, pelo que deve o Juiz nortear-se pelo disposto no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual "na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum".

III - Devendo ser o julgamento convertido em diligência para a realização de estudo socioeconômico exigido pela Lei nº 8.742/93, bem como para que lhe seja dado representante legal, a tutela antecipada é medida de extrema equidade em face do estado de necessidade, uma vez que, como já decidiu o Egrégio STJ, o benefício em questão "foi criado com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem ação da Previdência" (STJ, Quinta Turma, REsp. 314264/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18.06.2001, pág. 00185).

IV - Agravo Regimental a que se nega provimento.
Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

(Agravo Regimental nº 224215/SP (94031042893), 1ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Juiz Walter Amaral. j. 11.03.2002, DJU 01.08.2002, p. 196).

Como bem colocado por Nascimento (2012, p. 12),

Reconhece-se assim, na doutrina e nos tribunais, ainda que timidamente, o espírito legítimo da antecipação de tutela como forte instrumento capaz de atenuar sensivelmente as desigualdades processuais, e por que não dizer, sociais.

Assim, verifica-se que a ideia difundida neste trabalho acadêmico não é nenhum absurdo doutrinário como disseram alguns juristas contrários. Pelo contrário, é algo plenamente aceitável no direito brasileiro, bem como vem sendo aplicado pelos tribunais espalhados por todo o país, principalmente na defesa de direitos garantidos constitucionalmente.

3.3 Tutela antecipada de ofício no novo Código de Processo Civil

Após alguns anos de tentativa de aceitação, por parte dos magistrados, da tese favorável à concessão da tutela de ofício, de forma surpreendente, o novo CPC positivou-a em seu artigo 277, confirmando de vez a possibilidade

de concessão da tutela de urgência de ofício em casos excepcionais, colocando um termo nessas discussões abordadas anteriormente.

Art. 277. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício. (BRASIL, 2010).

O cerne deste trabalho é justamente defender a concessão da tutela de ofício em casos excepcionais, aonde haja possível lesão a direitos indisponíveis.

Essa foi justamente essa uma das novidades trazidas pelo novo CPC. De forma brilhante, soube o legislador dar a devida importância a este assunto.

Agora, derrubada está a tese da doutrina majoritária, contrária à concessão de ofício, acerca da violação ao requisito do requerimento da parte, bem como ofensa aos princípios da demanda e da imparcialidade do juiz.

Com esse novo dispositivo processual, ganhou o magistrado a margem de liberdade necessária para agir, evitando que nenhum direito indisponível se deteriore ou pereça por simples formalidade.

Podemos dizer que essa modificação processual digna de elogios, foi uma grande evolução para o direito brasileiro, principalmente pelo fato de que irá trazer benefícios para as partes hipossuficientes envolvidas no processo.

Não poderíamos estar mais satisfeitos com tal alteração legislativa, pois concretizou tudo aquilo que vínhamos defendendo desde o início.

O que se espera agora é que isso passe realmente a ser aplicado pelos magistrados, para que direitos não sejam perdidos e o processo atinja sua finalidade social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Elaborar um trabalho acadêmico não é tão somente pesquisar materiais, ler artigos, doutrinas e jurisprudências e transcrevê-las. Pelo contrário. Elaborar um trabalho como este demanda tempo e dedicação.

Além da aprovação, esta monografia foi confeccionada com o objetivo de divulgar um tema ainda não muito conhecido na seara do direito.

Por ser um tema relativamente novo, ainda não é muito aplicado pelos operadores do direito e, principalmente pelos magistrados. Mas a intenção é justamente fazer isso acontecer.

Através deste trabalho, foi possível entender um pouco sobre o funcionamento do Poder Judiciário no que diz respeito à sua função típica, qual seja prestar a tutela jurisdicional.

A partir disso, também foi possível explicitar as várias formas de como essa prestação pode ser efetivada, diferenciando-a em dois grandes grupos que aqui nos interessavam: as tutelas definitivas e as de urgência.

Ao fazer essa diferenciação, adentramos ao tema desta monografia, distinguindo as duas modalidades de tutelas de urgência existentes, sendo a medida cautelar e a tutela antecipada propriamente dita.

Todavia, no decorrer desta confecção, necessário foi realizar uma breve anotação sobre o novo CPC. Drásticas modificações ocorreram em seu novo texto, principalmente no tocante às tutelas de urgência. Como se pôde observar, não mais subsistirá o processo cautelar, unificando tanto a medida cautelar como a tutela antecipada em um único capítulo sobre as tutelas de urgência e da evidência.

Com isso, após esmiuçar tudo o que nos interessava, foi possível, no terceiro e último capítulo, explicar o que vem a ser a tutela antecipada e a possibilidade de sua aplicação de ofício pelo magistrado.

Como abordado, em relação a essa aplicação, assim como em qualquer outra coisa, há prós e contras. Tudo isso foi aqui retratado de forma incisiva, com fundamentações verdadeiras e relevantes para o meio jurídico, principalmente.

Depois de defender a tese favorável à concessão da tutela de ofício pelo magistrado, colecionamos o artigo 277 do novo CPC, o qual colocou termo a toda essa discussão doutrinária acerca da concessão de ofício.

Através deste novo dispositivo, concretizada ficou a teoria aqui defendida, podendo o magistrado, em casos excepcionais, conceder as medidas de urgência que entender necessárias de ofício.

Lidar com direito nosso é algo complicado. Lidar com direito alheio, sendo necessário defendê-lo é algo imensuravelmente mais difícil. Os operadores do direito devem tomar certo cuidado com suas atitudes, pois são a partir delas que os resultados aparecerão.

Adquirindo essa margem de liberdade, poderá, agora, o magistrado tomar atitudes de grande importância para salvaguardar aqueles direitos prestes a perecer ou se deteriorar, principalmente dos hipossuficientes.

Como colocado na introdução desta monografia, direito e sociedade têm que evoluir em consonância. De nada adianta uma prestação jurisdicional infrutífera, sem a produção de seus efeitos jurídicos.

O instituto da tutela antecipada de ofício, como inovação processual, surgiu justamente neste momento de evolução da sociedade e deve ser utilizado para que direitos constitucionais sejam salvaguardados.

Na atual conjuntura social, diante de tudo o que estamos vivendo, é necessário que o processo alcance seu objetivo e sua finalidade social. É justamente neste ponto que o magistrado ganha uma maior importância, pois é o único que pode interpretar as normas de acordo com as necessidades da sociedade. Somente ele pode fazer do processo um instrumento de paz social e ordem jurídica justa.

Como apresentado neste trabalho, somente ele detém o privilégio de poder antecipar essa medida de urgência, garantindo direitos que podem vir a ser deteriorados ou até mesmo perdidos.

Grande foi a surpresa de ver essa modificação no novo digesto processual pátrio. A nossa esperança agora é que os magistrados passem a aplicá-la, protegendo direitos e garantindo que o processo cumpra sua finalidade social.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela antecipada*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. (1973). *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 1973.

_____. (2010). *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição, direito constitucional positivo*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 5. ed., v. 2. Salvador: Juspodivum, 2010.

FONTENELE, Alysson Maia. Tutelas de urgência. *II Jornada de Direito Processual Civil*. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2011, p. 9 a 29.

LIMA, George Marmelstein. Antecipação da tutela de ofício?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2930>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Paulo Rodolpho Lima. A concessão de tutela antecipada ex officio. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3196, 1 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21411>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

RICARTE, Olívia. Apontamentos acerca das tutelas de urgência. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10656>. Acesso em 06 abr. 2014.

ROCHA, Rayanne Ismael. *Possibilidade da concessão da tutela antecipada ex officio para o ordenamento jurídico brasileiro*. 26 mar. 2013. Disponível em:

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10403>. Acesso em: 13 jun. 2014.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo Regimental nº 224215/SP. Relator: Juiz Walter Amaral. São Paulo, 11 de mar. 2002. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 264, 28 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5009>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

SCHMIDT JÚNIOR, Roberto Eurico. *Tutela antecipada de ofício*. Curitiba: Juruá, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 52. ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.