

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

FRANCISCO WALTER RÊGO BATISTA

**APLICAÇÃO DE OFÍCIO DOS EFEITOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE
MÉRITO COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL**

NATAL/RN
2015

FRANCISCO WALTER RÊGO BATISTA

**APLICAÇÃO DE OFÍCIO DOS EFEITOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE
MÉRITO COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL**

Trabalho de conclusão apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Me. José Albenes Bezerra Júnior.

NATAL/RN
2015

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Batista, Francisco Walter Rêgo.

Aplicação de ofício dos efeitos da antecipação da tutela de mérito como instrumento de eficácia da prestação jurisdicional. / Francisco Walter Rêgo Batista. – Natal, 2015.

70 fls.

Orientador: Profº (Me.) José Albenes Bezerra Júnior.

Monografia (Especialização em Direito Processual Civil) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito Processual Civil – Monografia. 2. Princípios Constitucionais – Monografia. 3. Tutela Antecipada – Monografia. I. Bezerra Júnior, José Albenes. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 347.9

FRANCISCO WALTER RÊGO BATISTA

**APLICAÇÃO DE OFÍCIO DOS EFEITOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE
MÉRITO COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL**

Trabalho de conclusão apresentado ao
Centro Universitário do Rio Grande do Norte,
em cumprimento dos requisitos necessários
para a obtenção do título de Especialista em
Direito Processual Civil.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. José Albenes Bezerra Júnior

Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

Dedico este trabalho ao meu Senhor e a toda a minha família, em especial aos meus pais por terem me fornecido todo o alicerce necessário para a conclusão dessa etapa da vida. Enfim, a feitura deste trabalho de conclusão de curso é dedicado, também, a todos os amigos que contribuíram de forma direta e indireta para a sua realização.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, ao Senhor das boas novas, que fez surgir de maneira divina esse caminho de ensinamentos. Obrigado Pai por estar presente nessa trajetória, me iluminando com a sua benção divina e espiritual. Essa vitória é decorrente da minha fé no Senhor.

Aos meus amáveis pais e irmão que, de origem humilde, me fizeram ensinar que o caminho para a felicidade está no trabalho digno e humilde do ser humano. Vocês são, e sempre serão, a pedra angular para o meu desenvolvimento pessoal nessa caminhada chamada vida.

Ao meu estimável e querido TiZé, que, com seu espírito solidário e familiar, me ajudou durante toda essa jornada universitária, assim como antes de tudo isso. O grande Tizé é e sempre será uma das fontes de inspiração para o meu desenvolvimento profissional.

A minha noiva, pela compreensão dos momentos de minha ausência ao seu lado, na certeza de que os momentos de interrupção da nossa vivência afetiva e amorosa foram necessários para a vitória dessa etapa da vida.

Aos singulares amigos do Fórum de Pau dos Ferros/RN (TJRN), pelos ensinamentos nobres repassados, em especial ao grande amigo e colega de turma Iran de Assis Almeida, pela compreensão despendida a este humilde aventureiro do mundo jurídico.

“A caminhada pode oferecer obstáculos à vitória, mas a fé no Senhor, conjuntamente com o esforço pessoal, são os meios hábeis para a ultrapassagem da linha de chegada”.

(Walter Rêgo)

RESUMO

O instituto processual da tutela antecipada foi inserido no ordenamento jurídico pátrio pelas leis nº 8.952/1994 e 10.444/2002. Um dos requisitos estabelecidos pelo art. 273 do CPC, para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, consiste no requerimento da parte interessada, sendo considerado, na visão doutrinária, um obstáculo à efetividade da prestação jurisdicional, pois a simples ausência de pedido expresso da parte não constitui óbice para o magistrado conceder a tutela antecipada, desde que presentes os demais requisitos legais para a sua concessão. Os princípios constitucionais fundamentais são os alicerces para que o magistrado defira de ofício a tutela antecipatória, servindo como um antídoto a inefetividade processual. Diante disso, cabe a seguinte indagação: é possível no ordenamento jurídico pátrio a aplicação da tutela antecipada de ofício? Atento a morosidade que reina no Poder Judiciário, o legislador editou várias leis que possibilitassem a concessão da tutela antecipada de ofício, a saber: as Leis nº 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis Estaduais), nº 10.259/01 (Juizados Especiais Cíveis Federais), nº 12.153/09 (Juizados Especiais da Fazenda Pública), nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), dentre outras. No presente trabalho procura-se analisar a possibilidade da concessão da tutela antecipada de ofício, como forma de efetividade da tutela jurisdicional, bem como desenvolver um estudo acerca das leis infraconstitucionais que corroboram a aplicação de ofício daquele instrumento processual. Para a realização desse trabalho, usou-se, entre outros, dos métodos de abordagem e do bibliográfico, a fim analisar a tutela antecipada desde a sua gênese, fazendo uma comparação entre esta e os princípios constitucionais, necessitando para tanto de pesquisas em livros e artigos publicados na internet. Por estas razões, entendem a doutrina e a jurisprudência pátria que é perfeitamente possível a aplicação da tutela antecipada de ofício no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Efetividade. Tutela antecipada de ofício.

ABSTRACT

The institute's procedural injunction was entered by the national laws and laws No. 8.952/1994 10.444/2002. One of the requirements established by Art. 273 of the CPC, for grant of anticipating the effects of protection, is the application of an interested party, being considered, in view of better doctrine, an obstacle in the effectiveness of adjudication, as the mere absence of an express request of the obstacle is not the magistrate to grant the injunction, provided that these other legal requirements for granting it. The constitutional principles are the foundation for the judge departs from the guidance office anticipatory, serving as an antidote to procedural ineffectiveness. Therefore, it is the following question: Can the national laws implementing the injunction of office? Aware that the lengthy reign in the judiciary, the legislature issued several laws that would allow the granting of the injunction of office, namely: the law n ° 9.099/95 (special courts civil state), No. 10.259/01 (special courts federal civil) , No. 12.153/09 (special courts of the Exchequer), No. 8.078/90 (consumer code), among others. In the present study we aimed to examine the possibility of granting the injunction of office as a means of effective judicial protection and to develop a study of the laws under the Constitution to support the application of procedural instrument that letter. To carry out this work, it used to, among others, methods of approach and the literature in order to analyze the injunction since its genesis, making a comparison between this and the constitutional principles and need for such research in books and articles published on the Internet. For these reasons, understand the doctrine and jurisprudence country that is perfectly possible to apply the injunction to craft the Brazilian legal system.

Keywords: Constitutional principles. Effectiveness. Injunctive relief for trade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 A TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO BRASILEIRO	11
2.1 GÊNESE E NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA ANTECIPADA	11
2.2 ANÁLISE CONCEITUAL DA TUTELA ANTECIPADA	15
2.3 TUTELA CAUTELAR VERSUS TUTELA ANTECIPADA	16
2.4 TRATAMENTO JURÍDICO E PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA	19
2.4.1 Pressupostos Gerais	19
2.4.2 Pressupostos Alternativos	22
2.5 A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	25
2.6 A TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO COMPARADO	26
3 DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	29
3.1 DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	29
3.1.1 Do Acesso à Justiça	30
3.1.2 Da Máxima Efetividade Constitucional	32
3.1.3 Da Razoável Duração do Processo	34
3.1.4 Da Igualdade Processual e da Segurança Jurídica	36
3.2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	39
4 CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	42
4.1 NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	44
4.2 NOS JUIZADOS ESPECIAIS	47
4.3 NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA	52
4.4 NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	56
4.5 NO ESTATUTO DO IDOSO	58
4.6 NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	60
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará da técnica processual da tutela antecipada, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro pela Leis nº 8.952/94 e 10.444/2002, como um instrumento hábil a concretizar a celeridade processual, até então ineficaz em decorrência da morosidade existente no Poder Judiciário. Tal instituto é expresso no art. 273 do Código de Processo Civil.

Assim, a pesquisa tem como objetivos analisar a possibilidade da concessão da tutela antecipada de ofício pelo magistrado, como forma de oferecer efetividade a prestação jurisdicional, bem como estudar os princípios constitucionais do acesso à justiça, da máxima efetividade constitucional, da interpretação conforme a constituição, da razoável duração do processo, da igualdade processual e da segurança jurídica, com o fim de ratificar a concessão de ofício da tutela antecipada.

Ademais, demonstrar-se-á, ainda, a efetividade da tutela antecipada de ofício nas ações que envolvam pessoas vulneráveis (Estatuto do Idoso e Código de Defesa do Consumidor), natureza alimentar (Legislação Previdenciária), menor complexidade (Juizados Especiais), e o envolvimento do interesse público (Ação Civil Pública), assim como o entendimento dos nossos tribunais acerca da possibilidade do deferimento daquela, dando ênfase as decisões que abordam a ineficácia do provimento final.

Apesar do art. 273 do Código de Processo Civil prevê o requerimento da parte como um dos pressupostos genéricos para a concessão da tutela antecipada, cabe a seguinte indagação: é possível no ordenamento jurídico pátrio a aplicação da tutela antecipada de ofício? Parcela da doutrina e da jurisprudência entendem que é perfeitamente possível à concessão da tutela antecipatória de ofício, principalmente nas ações que envolvem interesses de pessoas vulneráveis, de natureza alimentar, nas de menor complexidade e o envolvimento do interesse público. Os objetos dessas ações, aglutinados com os princípios constitucionais, fornecem ao magistrado a base necessária para conceder, mesmo sem haver requerimento da parte interessada, a tutela antecipada de ofício.

Para realizar tais objetivos e concretizar a pesquisa, se fará o uso dos métodos histórico-evolutivo e o dedutivo, como métodos de abordagem, posto que partirá da análise do desenvolvimento da gênese da tutela antecipada, tomando por

base seus pressupostos à luz dos princípios constitucionais, no intuito de construir a possibilidade da concessão de ofício da antecipação da tutela como instrumento de efetividade na tutela jurisdicional. E como técnica de pesquisa, será utilizada a pesquisa bibliográfica, onde se fará um levantamento do material doutrinário e jurisprudencial acerca do tema para servir de fundamento a temática ora proposta.

O trabalho será dividido em três unidades. O primeiro capítulo terá como análise a origem da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, verificando a natureza jurídica da mesma, sua distinção com a tutela cautelar, o estudo dos pressupostos gerais e alternativos para a sua concessão, a efetividade que seus efeitos trazem para o processo e a sua verificação no direito comparado.

Prosseguindo, no segundo capítulo, será demonstrada a relação dos princípios fundamentais constitucionais do acesso à justiça, da máxima efetividade constitucional, da razoável duração do processo, da igualdade processual e da segurança jurídica com o instituto processual da tutela antecipada, comentando a colaboração de cada um desses na possibilidade de ofício da antecipação dos efeitos da tutela de mérito.

No terceiro mostrará a possibilidade da concessão da tutela antecipada de ofício na legislação infraconstitucional, mais precisamente no Código de Processo Civil, nas leis que instituíram os Juizados Especiais Cíveis, na lei que estabelece normas sobre o exercício da Ação Civil Pública, na lei que criou o Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto do Idoso. Na seara previdenciária apesar de não existir norma procedimental, a doutrina, assim como a jurisprudência, entendem que diante do caráter alimentar e urgente do benefício previdenciário é possível a concessão de ofício da tutela antecipatória.

Verificará, portanto, que a antecipação da tutela de ofício não é mito no ordenamento jurídico brasileiro, sendo possível a sua concessão quando interpretada à luz dos princípios constitucionais fundamentais, relativizando, assim, o formalismo burocrático exigido pela legislação processual. É esse o entendimento corroborado pela doutrina e jurisprudência pátria.

2 A TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO BRASILEIRO

É inegável a enorme quantidade de processos que o Poder Judiciário mantém em sua estrutura organizacional, sendo um obstáculo à efetivação prestação jurisdicional. Diante disso, e pensando na concretização dos princípios constitucionais, o legislador infraconstitucional criou um instrumento que agisse de forma imediata em prol da satisfação de determinados direitos, cuja demora ou protelação no seu deferimento acarretasse a ineficácia do provimento final, principalmente nas ações de natureza alimentar e de caráter urgente. Sabe-se que a tutela antecipada surgiu no ordenamento jurídico como forma de dar eficácia aos mandamentos constitucionais, que até então não irradiava os seus efeitos pretendidos por causa da burocratização dos ritos processuais.

2.1 GÊNESE E NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA ANTECIPADA

O instituto da Tutela Antecipada tem a sua gênese no Direito Europeu, mais precisamente em Roma, onde os povos romanos utilizavam desse instrumento provisório para, diante de um juízo de verossimilhança, tutelar direitos prestes a perecerem com o decorrer do tempo, satisfazendo, dessa maneira, a pretensão jurídica deduzida em juízo. Em relação ao surgimento da tutela antecipada na Europa, Cavalcanti (2006, p. 12), expressa que:

A Tutela Antecipada, surgiu no Continente Europeu, datando a mais de quarenta anos, esta possuía raízes históricas no clássico Direito Romano. Evoluindo no Direito Europeu, em que era concebida a tutela provisória tanto para conservar, como para regular a situação jurídica material da parte, sendo permitido utilizar as medidas de urgência para antecipar os efeitos de possível julgamento do mérito, se denominando regulamento provisório do litígio, sendo este Instituto acolhido por diversos países como a Alemanha, Itália, França, Suíça, e posteriormente se espalhou por outros países e outros continentes.

Assim, verifica-se que a técnica processual da tutela antecipada surgiu no Continente Europeu como forma de conservar e regular situações jurídicas prestes a perecerem, sendo utilizada, ainda, na antecipação dos efeitos do mérito da demanda, denominada nesta situação regulamento provisório do litígio.

No direito pátrio, a tutela antecipada somente foi introduzida com a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro 1994, que alterou, substancialmente, a redação dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil (CPC), e com a edição da Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, que inclui o art. 461 – A e parágrafos no Código de Processo Civil. Acerca das modificações feitas na legislação pátria, afirma Cabral (2010, p. 26) que “as reformas introduzidas pelas Leis 8.952/94 e 10.444/02 determinou significativa mudança no sistema processual civil brasileiro, que vem sendo acompanhada de perto pelos ordenamentos jurídicos de origem latina”.

A edição das leis supra mencionadas expressou uma revolução no direito brasileiro, criando mecanismos aptos à concretizar a efetividade da tutela jurisdicional, materializando os princípios do acesso a justiça e da razoável duração do processo explícitos na Carta Magna de 1988.

A sistematização e a simplificação irradiada pela Lei nº 8.952/94, fez com que o processo de conhecimento recebesse uma técnica processual (tutela antecipada) diferente da tutela cautelar, que antes do surgimento da antecipação dos efeitos da tutela de mérito somente se aplicava a situações específicas.

No que se refere à introdução da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, vale destacar o posicionamento de Marinoni (2008, p. 200), quando afirma que:

Cabe advertir que a tutela antecipatória foi introduzida no Código de Processo Civil justamente pela razão de que a doutrina e a jurisprudência anteriores ao ano de 1994 não admitiam que o autor pudesse obter a satisfação de seu direito mediante a ação cautelar, que nessa perspectiva seria usada como técnica de antecipação da tutela que deveria ser prestada pelo processo de conhecimento ou pelo processo de execução. Melhor explicando: como a prática forense evidenciou a necessidade de uma tutela mais célere, e assim da “antecipação da tutela”, e essa “antecipação” – segundo a jurisprudência - não podia ser obtida por meio da ação cautelar, o legislador corrigiu o Código de Processo Civil para viabilizar tutela tempestiva e efetiva nos casos de “fundado receio de dano” e de “abuso de direito de defesa”, nele inserindo o art. 273.

Dessa forma, não podia a tutela cautelar, por sua própria natureza, expelir efeitos satisfativos, ultrapassando os limites traçados pelo legislador do Código de Processo Civil de 1973. Corroborando esse entendimento Theodoro Júnior *apud* Marinoni (2008, p. 103) assevera que:

Por outro lado, como bem adverte Lopes da Costa, 'a medida cautelar não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória'. Seu fito é apenas garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória.

A satisfação que a tutela antecipada trouxe para a legislação pátria fez com o jurisdicionado deixasse de lado a tutela cautelar, que até então servia como um mecanismo na busca de uma prestação jurisdicional ágil e efetiva. Assim sendo, percebe-se que com a criação da tutela antecipada, houve uma significativa modificação na idéia de eficácia processual, com a antecipação dos efeitos do mérito da demanda, ocasionando no jurisdicionado um estado de justiça eficaz.

Discorrendo sobre o tema da inefetividade do procedimento ordinário, Marinoni (2008, p. 198), destaca que:

A inefetividade do procedimento ordinário transformou o artigo 798 do Código de Processo Civil em autêntica "válvula de escape" para a prestação da tutela jurisdicional tempestiva. De fato, a tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização do processo de conhecimento e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do velho procedimento ordinário, viabilizando a obtenção antecipada da tutela que somente poderia ser concedida ao final.

A antecipação dos efeitos da tutela, prevista no art. 273, e a tutela específica, prevista nos arts. 461 e 461 – A, todos do CPC, concretizam a realização da prestação jurisdicional, sem a necessidade do ajuizamento de outra ação judicial, podendo a tutela pretendida ser proferida no trâmite do processo de conhecimento.

O instituto processual da tutela antecipada surgiu no ordenamento jurídico como uma forma de obstacularizar a insatisfação das partes com a morosidade processual, possibilitando a satisfação dos efeitos executivos e mandamentais da sentença de mérito de imediato, gerando, assim, um estado de satisfação por parte do demandante, o que a tutela cautelar não poderia realizar.

Acrescente-se que a inovação legislativa (Lei nº 8.952/94) foi consequência dos apelos da sociedade que não mais suportava o procedimento comum ordinário, necessitando o mais rápido possível de algum instrumento que concedesse uma maior eficácia processual aos jurisdicionados, o que antes da edição da lei supracitada somente se conseguiria através da chamada "ação cautelar satisfativa", de criatividade dos Tribunais da época do Código de Processo Civil de 1973.

Acerca da técnica processual da tutela antecipada, Marinoni (2008, p. 199), expressa que:

A tutela antecipatória pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, constituindo arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo, sendo viável não apenas para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, do CPC), mas também para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu (art. 273, II e § 6º, do CPC).

Desse modo, observa-se que o instituto em análise consiste num mecanismo processual hábil, que visa combater a morosidade da tutela jurisdicional, podendo ser concedida no curso do processo para evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação. Outrossim, tal técnica processual tem como objetivo, também, concretizar a igualdade material processual, distribuindo o tempo do processo na medida da desigualdade das partes envolvidas no processo judicial.

No que tange a natureza jurídica do instituto ora estudado, a mesma trata-se de decisão interlocutória, visto que não põe fim ao processo de conhecimento, sendo uma mera decisão que antecipa os efeitos de uma sentença de mérito, com a possibilidade de ser revogada, a critério do juiz, antes de findo o feito. Sabe-se que o instrumento recursal hábil para impugnar a concessão da tutela antecipada é o agravo de instrumento, conforme art. 522 do CPC. Nesse aspecto, Nery Júnior *apud* Cabral (2010, p. 115) afirma com muita clareza que:

Da decisão interlocutória, que defere ou indefere a antecipação de tutela, liminarmente ou no curso do processo, só cabe a interposição de agravo de instrumento (art. 522 do CPC), não havendo a possibilidade de ser interposto agravo retido, pois faltaria interesse recursal ao recorrente, uma vez que só lhe traria utilidade a concessão imediata da liminar (ou cassação para a parte contrária), de nada lhe adiantando aguardar a sentença de mérito, para reiterar o agravo retido nas razões ou contrarrazões de apelação (art. 523, § 1º do CPC).

Assim sendo, inexistente outro recurso cabível para atacar o deferimento ou indeferimento da concessão da antecipação dos efeitos da tutela senão o agravo de instrumento, visto que a tutela antecipada tem natureza jurídica de decisão interlocutória, constituindo uma decisão intermediária na solução do litígio pelo Poder Judiciário.

2.2 ANÁLISE CONCEITUAL DA TUTELA ANTECIPADA

Sabe-se que a tutela antecipada consiste numa técnica processual que visa antecipar os efeitos do mérito da demanda judicial, afastando, assim, a morosidade processual que reina em todo o Poder Judiciário pátrio, antecipando os efeitos práticos de uma futura decisão de mérito. Como leciona Wambier (2005, p. 339) “a função da tutela antecipada é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva. A necessidade dessa efetividade é contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela”.

Insta esclarecer, que tal expediente processual trata-se de um poder conferido ao juiz pelo legislador constituinte a fim de esse possa decidir provisoriamente acerca de uma situação jurídica antes mesmo de encerrar o processo de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos legais estabelecidos pela legislação, podendo o magistrado ao final da demanda confirmar ou não a decisão anterior.

Pode-se afirmar, portanto, que a tutela antecipada é uma ferramenta processual diferenciada, marcada pelo direito evidenciado e pela urgência da situação jurídica exposta, sendo analisada sob uma ótica de cognição sumária, antecipando a satisfação de um direito que dependeria, talvez, de um longo caminho a ser percorrido pelas vias do procedimento legal.

Observar-se-á que as hipóteses de tutela antecipada estão explicitadas no decorrer do art. 273 do CPC, que podem ser divididas em duas, quais sejam: tutela assecuratória e tutela punitiva. Aquela está prevista no inciso I do citado artigo, e é cabível diante de uma situação de fundado temor ou receio de dano irreparável ou de difícil reparação, não existindo outra alternativa jurídica a não ser o deferimento daquela tutela, por ser a medida mais adequada para coibir aquele dano. Preleciona Didier (2009, p. 487) sobre o assunto ora exposto que “na antecipação de tutela assecuratória, antecipa-se por segurança, para impedir que, durante o processo, o bem da vida vindicado sofra um dano irreversível ou dificilmente reversível”.

O exemplo típico dessa tutela é quando uma pessoa está com o seu nome no cadastro de restrição ao crédito, em decorrência de uma dívida que não contraiu ou mesmo inexistente. Diante de tal situação, o sujeito de direitos não pode esperar o fim do processo para ver declarado a inexistência de débito, com a consequente

regularização de sua situação. É necessário que o magistrado defira a tutela assecuratória, *inaudita altera pars*, mandando retirar, de imediato, o nome da pessoa do cadastro de restrição ao crédito, sob pena do bem da vida (direito a imagem e a honra) sofrer ainda mais com o dano já instalado, ocasionado uma série de constrangimento com a negativação do nome.

Portanto, vê-se que a tutela assecuratória é um meio hábil para antecipar provisoriamente a tutela pretendida, de forma que no curso da demanda não venha perecer o direito em decorrência de um dano grave ou de difícil reparação. Já em relação ao inciso II do art. 273 do CPC, dispõe o mesmo que a tutela punitiva se manifesta quando ocorre o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, caracterizando a má-fé da parte contrária em cumprir determinado mandamento judicial.

Explicitando o conceito da antecipação da tutela punitiva, Didier (2009, p. 487), afirma com muita sabedoria que:

Na antecipação de tutela punitiva, antecipa-se por sanção, para apenar aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do feito, comprometendo a celeridade e lealdade que lhe devem ser inerentes.

Embora a tutela punitiva não seja praticamente uma punição, já que tem uma finalidade positiva de impor ao jurisdicionado o dever de colaborar com a prestação jurisdicional sem protelações indevidas, a ferramenta processual guarda semelhança com determinadas normas expostas na legislação pátria, a exemplo dos arts. 14, parágrafo único, 18, *caput*, 600 e 601, todos do Código de Processo Civil.

1.3 TUTELA CAUTELAR VERSUS TUTELA ANTECIPADA

A tutela cautelar consiste num instrumento processual criado com o objetivo de assegurar o resultado útil do processo principal, viabilizando que o bem jurídico disputado seja preservado até o fim da demanda, possibilitando, que ao final dos trâmites legais, seja realizado o direito.

A título exemplificativo pode-se relatar a situação em que um associado quer concorrer às eleições de uma entidade sindical, que se aproxima, e a atual administração daquela (entidade) não abre edital com prazo para a inscrição das

chapas interessadas. Correndo contra o tempo, não resta outra alternativa a parte interessada senão ajuizar uma ação cautelar com pedido de liminar, a fim de o magistrado suspenda as eleições que estão para ocorrer, tendo em vista que não foram obedecidos os trâmites legais do estatuto respectivo.

Diante dessa situação, não está o magistrado satisfazendo o direito da parte interessada da medida cautelatória, declarando vencedora esta, mas apenas assegurando, com a suspensão do pleito eleitoral sindical, que o procedimento eleitoral ocorra de acordo com a legislação vigente.

Já a tutela antecipada não tem como intuito preservar os efeitos úteis de uma decisão definitiva, papel esse da tutela cautelar, mas antecipar os próprios efeitos de uma tutela de mérito ou definitiva, com a conseqüente gozação e satisfação da eficácia imediata de uma futura tutela. Não se confunde com a tutela cautelar, haja vista que esta visa, unicamente, assegurar o objeto jurídico em litígio para que, com o ajuizamento da ação principal, seja realizado o direito.

Neste diapasão, Marinoni (2008, p. 204) diferencia a tutela antecipada da tutela cautelar expondo que:

O entendimento exposto já vem sendo adotado pelos tribunais brasileiros, que repetidamente vêm reconhecendo que a tutela antecipatória confere antecipadamente aquilo que é buscado através do pedido formulado na ação de conhecimento, enquanto que na tutela cautelar há apenas a concessão de medidas que, diante de uma situação objetiva de perigo, procuram assegurar a frutuosidade do provimento da ação chamada de principal.

Hodiernamente, verifica-se que existem pontos de contatos entre as duas tutelas (cautelar e antecipada), principalmente após a publicação da Lei nº 10.444/02, que ofereceu uma nova roupagem ao artigo 273 do CPC, com o novo § 7º, que explicitou a possibilidade da fungibilidade entre as tutelas referidas, possibilitando ao magistrado quando se deparar com pedido de antecipação de tutela, porém com os pressupostos da tutela cautelar, deferir esta em caráter incidental ao processo que já foi ajuizado. Ou seja, admitiu o legislador que a tutela cautelar fosse concedida no processo não cautelar. Ademais, a provisoriedade, reversibilidade, modificação ou revogação, são características que marcam as duas tutelas, ratificando, assim, a irmandade existente entre elas.

Por outro lado, e tendo em vista o CPC em vigor trilhar no sentido da instrumentalização dos procedimentos, vê-se que em relação à tutela antecipada não vigora o princípio do dispositivo, o qual afirma que o magistrado quando da prolação da decisão está vinculado ao que foi pedido na peça exordial, sob pena da sentença ser *citra, ultra ou extra petita*, o que acarreta a sua nulidade. Apesar do art. 273, *caput*, do CPC, em sua literalidade, afirmar a necessidade do requerimento da parte interessada para que o juiz possa deferir ou não o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pretendida, é totalmente viável, à luz dos princípios constitucionais, que o magistrado conceda, de ofício, a tutela antecipatória.

Todavia, no que tange à tutela cautelar, os artigos 798 e 799 do CPC, permitem que o magistrado, para evitar dano, defira a medida cautelar adequada de ofício, ou seja, sem haver requerimento da parte interessada, autorizando ou vedando a prática de determinados atos, ordenando a guarda judicial de pessoas ou o depósito de bens. Percebe-se que atuando nesse sentido o juiz, não ficará o jurisdicionado a margem de uma justiça eficaz e ágil, pelo simples fato do seu causídico esquecer-se de requerer em sua petição inicial uma medida antecipatória ou cautelar.

Tal conduta por parte do magistrado demonstra a materialização de todos os institutos dispostos no ordenamento jurídico, principalmente no que se refere à efetivação dos princípios constitucionais do acesso a justiça, da isonomia e da razoável duração do processo, dispensando, desse modo, o rigoroso formalismo que, às vezes, a legislação infraconstitucional estabelece. Deverá a norma infraconstitucional obedecer e se adequar aos comandos constitucionais, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade.

Dessa forma, é indiscutível que a tutela cautelar e a tutela antecipatória servem como um instrumento de efetividade da prestação jurisdicional, contribuindo para a celeridade processual, distribuindo de maneira isonômica o tempo do processo, de modo que o interessado na prestação de uma tutela eficaz não fique a depender da morosidade dos trâmites processuais legais.

2.4 TRATAMENTO JURÍDICO E PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Para que haja o deferimento da tutela antecipatória faz-se necessário estudar alguns pressupostos, elencados no art. 273 do CPC, que se dividem em: pressupostos gerais e pressupostos alternativos. É imprescindível, para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, que existam todos os pressupostos gerais e ao menos um alternativo, pois caso seja verificado em uma dada situação a ausência de qualquer desses pressupostos, não será permitido ao magistrado, legalmente, julgar procedente o pedido de tutela antecipada.

2.4.1 Pressupostos Gerais

Os pressupostos gerais para a concessão da tutela antecipada são elementos básicos que devem existir, cumulativamente, para qualquer espécie de tutela antecipatória. São três os pressupostos, a saber: requerimento da parte interessada, prova inequívoca que conduza a verossimilhança das alegações e reversibilidade dos efeitos do provimento. Reza o art. 273 do CPC, *in verbis*:

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: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994)
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994).
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994).

Nos termos do artigo supra citado, para que haja a concessão da tutela antecipada, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: requerimento da parte, prova inequívoca, verossimilhança das alegações (*fumus boni iuris*), reversibilidade do provimento final, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), e abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

O requerimento da parte consiste em elemento indispensável para o deferimento da tutela antecipada. Todavia, é evidente que em determinadas situações, a simples ausência de requerimento expresso da parte interessada pode

ensejar danos de difícil reparação, principalmente nas ações que envolvam prestações de natureza alimentar, quais sejam, ações previdenciárias e trabalhistas, e nas lides em que uma das partes é pessoa vulnerável, como por exemplo, nas matérias que envolvam idosos e crianças.

Insta esclarecer que as partes legitimadas para requerer a concessão da tutela antecipada são autor, réu e terceiros intervenientes no processo, pois os mesmos têm direito a uma tutela jurisdicional adequada. Destacar-se que o requerimento da parte para a concessão da tutela antecipada afronta, de maneira direta, a Constituição Federal de 1988, na medida em que se torna um obstáculo ao acesso à justiça e a tempestiva tutela jurisdicional.

Sobre o assunto da ausência de requerimento da parte para a concessão da tutela antecipada, leciona Didier (2007, p. 555), que:

Na ausência de pedido da parte, a concessão de ofício seria a única forma de preservar a utilidade do processo. Esse expediente não violaria o expediente do dispositivo, pois o juiz não estaria indo além ou fora dos limites do pedido formulado pela parte, mas, tão somente, antecipando seus efeitos fáticos.

Ademais, a inserção do § 3º no art. 273 do CPC, *in verbis*, reforça o entendimento da possibilidade da concessão da tutela antecipada de ofício, já que esse parágrafo faz remissão ao art. 461 e 461 – A do mesmo diploma processualista, que trata exatamente da concessão da antecipação da tutela de ofício nas obrigações de fazer, não fazer e dar coisa certa.

Ainda, para que a haja a concessão da tutela antecipada deverá existir a prova inequívoca que conduza a uma verossimilhança das alegações da parte interessada, necessária para que o magistrado, diante de juízo de probabilidade, defira ou não a tutela requerida. Para Cabral (2010, p. 46) prova inequívoca é aquela que envolve o trinômio alegação-fato-prova, senão vejamos:

A prova inequívoca, nos termos do art. 273, caput, está intimamente ligada com o fato e com a alegação que se pretende comprovar para fins de obtenção da tutela antecipada, envolvendo o trinômio alegação-fato-prova, de tal forma que “quando se fala em verossimilhança da alegação, tem-se por verossímil também o fato a que se refere, e, igualmente, a prova em que se apoia, ainda quando não haja necessidade de ser provado, em face de alguma circunstância externa ao próprio fato (fato incontroverso, notório, coberto por presunção legal absoluta etc.)”.

Ademais, vale frisar que a prova inequívoca não é aquela que forneça ao magistrado um juízo de certeza absoluto ou pleno sobre determinado fato ou situação, mas que possa transparecer credibilidade na sua feitura, robustez e consistência em sua plenitude, elementos esses que conduzem o juiz a um juízo de probabilidade sobre a situação jurídica exposta.

Sobre a expressão verossimilhança, Cabral (2010, p. 50) entende que “a expressão verossimilhança, no sentido vulgar, é o mesmo que verossímil, palavra derivada do latim *verisimilis*, que significa semelhante à verdade: que tem aparência de verdade; que não repugna à verdade; ou provável”. Diante disso, tem-se que à verossimilhança das alegações é aquela que, após uma cognição sumária da prova inequívoca apresentada, permita ao magistrado chegar a um resultado provável dos fatos apresentados. É evidente que existe certo subjetivismo por parte do juiz quando da análise dos fatos e provas apresentadas, de modo que somente com um juízo de probabilidade acerca dos motivos favoráveis e desfavoráveis, é possível emitir uma decisão sobre o deferimento ou indeferimento da tutela antecipatória.

Como já visto, a tutela antecipada é por sua própria natureza provisória, tendo como uma de suas características a revogabilidade. Diante disso, e tendo em vista que uma situação jurídica pode ser modificada ao longo do tempo, é impossível a concessão da antecipação dos efeitos da tutela de mérito quando haja a possibilidade de irreversibilidade do provimento. Assim reza o art. 273, §2º, do CPC que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Nestes termos, percebendo o magistrado que as conseqüências do deferimento de uma tutela antecipada são irreversíveis para alguma das partes, ou seja, não existe a possibilidade de voltar ao status *quo antes*, não concederá a tutela pretendida, por expressa vedação legal, visto que refere-se a um meio eficaz de coibir abusos e privilégios, tanto da parte do jurisdicionado, como de alguns magistrados que, a fim de privilegiar determinados jurisdicionados, acabam deferimento tutelas antecipadas sem nenhum respaldo legal para tanto.

Contudo, é preciso ter em mente que o requisito da reversibilidade do provimento não é de forma alguma absoluto, pois existem determinadas situações de perigo que não sendo concedida a tutela antecipada, o bem jurídico essencial da vida pode ser prejudicado de maneira substancial.

Nesse sentido, Didier (2009, p. 493) ensina que:

A exigência legal deve ser lida com temperamentos, pois, se levada às últimas conseqüências, pode conduzir à inutilização da antecipação de tutela. Deve ser abrandada, de forma a que se preserve o instituto. Isso porque, em muitos casos, mesmo sendo irreversível a medida antecipatória – ex.: cirurgia em paciente terminal, despoluição de águas fluviais, dentre outros -, o seu deferimento é essencial, para que se evite um “mal maior” para parte/requerente. Se o seu deferimento é fadado à produção de efeitos irreversíveis para o requerido, o seu indeferimento também implica conseqüências irreversíveis para o requerente. Nesse contexto, existe, pois, o perigo da irreversibilidade decorrente da não-concessão da medida. Não conceder a tutela antecipada para a efetivação do direito à saúde pode, por exemplo, muitas vezes, implicar a conseqüência irreversível da morte do demandante.

Verifica-se que diante de situações em que o bem da vida encontra-se em um estado de perigo, não resta outra alternativa ao Poder Judiciário senão conceder a antecipação dos efeitos da tutela, sob pena de negar o próprio direito constitucional da adequada tutela jurisdicional.

Ainda sobre o tema da reversibilidade da tutela antecipada, Marinoni (2008, p. 229) assevera que:

Em virtude dessa regra, seria possível pensar que o juiz não pode conceder tutela antecipatória quando ela puder causar prejuízo irreversível ao réu. Contudo, se a tutela antecipatória, no caso do art. 273, I, tem por objetivo evitar um dano irreparável ao direito provável (é importante lembrar que o requerente da tutela antecipatória deve demonstrar um direito provável), não há como não admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável.

Portanto, fica evidente que entre um direito provável da parte requerente e um direito improvável da parte requerida, deve o magistrado optar por aquele, mesmo que possa haver uma possibilidade de um prejuízo irreversível para a parte destinatária da decisão da tutela antecipada, prestando, desse modo, a efetiva tutela jurisdicional.

2.4.2 Pressupostos Alternativos

Após o preenchimento dos pressupostos cumulativos (requerimento da parte, prova inequívoca que conduza a verossimilhança das alegações e reversibilidade do

provimento), para que haja o efetivo deferimento da tutela antecipada deve existir ao menos um dos seguintes pressupostos: perigo da demora (receio de dano irreparável ou de difícil reparação), ou a existência de atos protelatórios e abusivos da parte (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu).

O primeiro requisito alternativo para a concessão da tutela antecipada está relacionado à morosidade que, hodiernamente, reina no Poder Judiciário brasileiro, bem como a exposição de determinados sujeitos de direito a situações de perigo. A demora em resolver determinado litígio, pode ocasionar a irreparabilidade de um dano sofrido, com a conseqüente violação de direitos não patrimoniais (direito a imagem), de direitos com função não patrimonial (soma em dinheiro) e de direitos que não podem ser efetivamente reparado através de pecúnia, o que impõe a necessidade de uma tutela de urgência (tutela antecipada) para atuar como instrumento de prevenção nessas situações.

Segundo entendimento de Marinoni (2008) o dano é irreparável quando não existe mais a possibilidade dos seus efeitos voltarem ao status *quo ante*. Dessa forma, o art. 273, inciso I, do CPC, possibilita ao juiz que, diante de um receio de dano irreparável, seja concedida a tutela antecipada para prevenir a ocorrência do ato contrário ao direito. Para isso, devem existir circunstâncias (documentos, perícia, testemunha) que permitam ao magistrado analisar e concluir que a situação fática é de perigo iminente.

No que tange ao dano de difícil reparação, Marinoni (2008, p. 157) afirma que:

O dano é de “difícil reparação” se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado. O dano também é de “difícil reparação” se dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado com precisão. Assim, por exemplo, no caso em que o ilícito praticado gera desvio de clientela, hipótese em que, além da difícil quantificação do dano emergente, o empresário sofre uma acentuação do prejuízo na medida em que, com o passar do tempo do procedimento ordinário, assiste ao progressivo afastamento dos seus clientes. Nessa hipótese, para se evitar a continuação da concorrência desleal (por exemplo), deve ser proposta ação inibitória, requerendo-se tutela inibitória na forma antecipada com base na probabilidade da sua continuação (ato contrário ao direito). Porém, ainda que a alusão ao dano não seja necessária, nada impede – sendo até mesmo aconselhável – que o autor alegue que provavelmente perderá os seus clientes durante o curso do processo e, assim, que provavelmente sofrerá dano.

Diante do que foi exposto, percebe-se que o dano de difícil reparação é aquele que possivelmente não será reparado, por motivos de ordem econômica do

réu, como também em decorrência da complexidade na sua individualização ou quantificação. Ou seja, não há como visualizar precisamente qual o dano, os efeitos pecuniários que adveio com a sua ocorrência, levando o magistrado, em um juízo de probabilidade, e de cognição sumária, a deferir a tutela antecipatória (ou tutela inibitória antecipada) para prevenir a ocorrência do dano.

Em arremate, nota-se que a concessão da tutela antecipada, no caso de dano irreparável ou de difícil reparação, somente se justifica quando a ocorrência do dano trazer prejuízo para a parte, e que esta (parte) não possa aguardar o andamento regular do procedimento legal.

O segundo pressuposto alternativo para a concessão da tutela antecipada está previsto no art. 273, inciso II, do CPC, qual seja, a existência de atos protelatórios, visando à procrastinação de algum ato judicial, bem como o abuso do direito de defesa da parte, a exemplo, respectivamente, da interposição de recursos protelatórios e da solicitação abusiva e desnecessária de provas.

A prática de alguns atos de má-fé por parte dos litigantes já foi prevista pelo legislador quando da elaboração do ordenamento jurídico pátrio, impondo na maioria dos casos uma multa sobre o valor da causa ou sobre o valor da condenação, como forma de evitar a obstacularização, por malícia de alguma das partes, do regular andamento do processo. Como bem leciona Didier (2009, p. 500) “enfim, o art. 273, II, consagra modalidade de tutela da lealdade e seriedade processual”. Ainda recorrendo sobre o tema, preleciona Cabral (2010, p. 58) que:

Desvinculados de quaisquer pressupostos de urgência e de dano, os pressupostos consagrados no inc. II do art. 273 traduzem tão somente uma forma de conduta reprovável do réu, seja por abusar do seu direito de defesa, seja pela utilização de expedientes escusos, com o fim de protelar o desfecho da demanda, beneficiando-se da manutenção do *status quo*. O legislador brasileiro consagrou aqui uma modalidade de tutela antecipada de caráter sancionatório, com o intuito de reprimir ou simplesmente desestimular o uso abusivo do processo por parte do réu.

Vê-se que a concessão da tutela antecipatória, na presente situação, tem como causa motivadora a malícia ou a má-fé da parte, decorrente da abusividade no exercício do direito de defesa ou o propósito na protelação do final do processo. Assim sendo, como as hipóteses do art. 273, II, do CPC, constituem pressupostos alternativos para o magistrado conceder a tutela antecipada, mesmo que não haja, em determinada situação fática apresentada ao Poder Judiciário, o receio de dano

irreparável ou de difícil reparação, pode o juiz, presentes os pressupostos gerais, deferir a tutela antecipatória, com base no dispositivo mencionado, desde que verifique o manifesto propósito protelatório ou o abuso do direito de defesa do réu.

2.5 A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

No que diz respeito ao resultado da efetivação da aplicação da tutela antecipada em uma determinada relação jurídica, mais precisamente na vida cotidiana do jurisdicionado, é imperioso destacar que aquela serve como um instrumento hábil no meio da legislação procedimental, capaz de abrandar a morosidade processual, decorrente dos vários empecilhos entravados no ordenamento processual, fornecendo ao magistrado o poder antecipar os efeitos de uma tutela de mérito, com a conseqüente satisfação do direito pretendido. Nesse aspecto, Marinoni (2008, p. 208) dispõe que:

Atualmente, diante das novas regras dos arts. 273, § 3º e 475-O, III e § 2º, do Código de Processo Civil, não pode haver mais dúvida de que a decisão que concede a tutela antecipada pode levar à integral realização do direito e, assim, a uma “execução completa”, embora fundada em cognição sumária ou exauriente e não definitiva.

Ademais, vale frisar que, para efetivar a decisão da antecipação dos efeitos da tutela, o magistrado pode usar de várias alternativas, a exemplo de determinar a imposição de multa diária (art. 273, § 3º, c/c art. 461, § 4º, ambos do CPC), como também, em caso de inadimplemento, determinar a busca e apreensão e remoção de pessoas e coisas.

Assim, o legislador já antevendo que a parte que sofresse os efeitos da tutela antecipada pudesse inserir empecilhos no cumprimento da mesma, introduziu no CPC a multa diária (*astreintes*), que serve como um dos instrumentos de coação para o cumprimento da medida antecipatória, efetivando, dessa forma, o mandamento judicial.

Outrossim, e de maneira inovadora, a prisão civil poderia ser uma das formas efetivas para o cumprimento de determinada decisão antecipatória, isto porque não pode o magistrado ver a restrição da liberdade apenas no seu sentido negativo, mas visualizar que a prisão, em situações em que a efetivação da tutela antecipada não

dependa do desembolso de certa quantia em dinheiro, é a única alternativa para a realização de um direito indisponível.

Verifica-se, portanto, uma série de consequências positivas que a antecipação dos efeitos da tutela trouxe para o jurisdicionado, fazendo com que o Poder Judiciário fornecesse uma rápida resposta acerca de uma situação urgente, que não pode esperar o fim de uma demanda processual, sem prejuízo do próprio direito em discussão.

2.6 A TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO COMPARADO

Como o surgimento da tutela antecipada ocorreu no continente europeu, é na legislação da maioria dos países que compõe este continente, em especial o ordenamento jurídico italiano, que o legislador brasileiro se espelhou para incorporar a técnica processual da antecipação dos efeitos da tutela.

No direito italiano, a tutela antecipada está descrita no art. 700 do Código de Processo Civil, que trata dos provimentos de urgências, integrantes do sistema de medidas cautelares. Sobre a medida antecipatória no ordenamento jurídico italiano, Soares (1999), em artigo publicado, afirma com muita clareza que:

Em consonância com o art. 700 do Código de Processo Civil italiano, são condições para a concessão dos provimentos de urgência destinados a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito, que a medida pretendida não se enquadre nos demais procedimentos cautelares e que haja fundado motivo de temor de prejuízo iminente e irreparável ao direito durante o tempo transcorrido para fazê-lo valer o pela via ordinária.

Na verdade, a fundamentação jurídica para a concessão da tutela antecipatória, no Código de Processo Civil Italiano, é o dispositivo (art. 700) que trata da tutela cautelar inominada. Não há neste Código nenhum dispositivo que mencione, precisamente, a expressão tutela antecipada. É na tutela cautelar inominada que reside a base jurídica para o deferimento da tutela antecipada.

Sobre o uso da medida cautelar inominada no direito italiano, Marinoni (2008, p. 201) dispõe que:

Como o Código de Processo Civil italiano ainda não foi alterado, e a sua realidade normativa não prevê uma tutela antecipatória similar à do direito

brasileiro, a doutrina italiana insiste em buscar na base da ação cautelar inominada (no art. 700) o fundamento para a tutela antecipatória.

Desse modo, verifica-se que não existe no ordenamento jurídico italiano norma que estabeleça, de modo preciso, a tutela antecipada, utilizando o magistrado de dispositivo que regulamenta a tutela cautelar inominada (art. 700) para fundamentar e conceder a antecipação dos efeitos da tutela, não ficando no prejuízo o jurisdicionado por ausência de lei que regule determinado instituto processual (tutela antecipada).

Na França, o ordenamento jurídico prevê três tipos de medidas provisórias, a saber: "*mesures d'attente*", "*mesures provisoires qui anticipent sur le jugement*" e "*mesures provisoires qui anticipent sur l'exécution*". Para explicar melhor esses termos, Soares (1999) assevera que:

A França admite três tipos de medidas provisórias, segundo Humberto THEODORO JÚNIOR - escorado na doutrina e na jurisprudência francesas: "*mesures d'attente*", "*mesures provisoires qui anticipent sur le jugement*" e "*mesures provisoires qui anticipent sur l'exécution*". As primeiras constituem a clássica tutela cautelar destinada a resguardar do dano a situação em litígio, como arresto, seqüestro, etc., sem pronunciamento sobre o mérito da lide, propriamente dito. As segundas são uma espécie de tutela antecipada, com resultados satisfativos imediatos e provisórios do direito da parte. As últimas são uma tutela antecipada de execução provisória da sentença ainda não passada em julgado, quando necessário.

Assim, percebe-se que no sistema jurídico francês existem fundamentos legais para a concessão da tutela antecipada típica da legislação pátria, com conteúdo satisfativos e provisórios, bem como permissão para o deferimento da medida antecipatória em execução provisória de sentença que não tenha ocorrido, ainda, o trânsito em julgado.

Na legislação argentina, precisamente no Código de Processo Civil, nos arts. 326 a 328, é visível a existência da tutela antecipada, como instrumento de credibilidade à efetivação da prestação jurisdicional. Sobre o instituto processual em análise no direito argentino, continua Soares (1999) dizendo que:

O Código de Processo Civil e Comercial da nação argentina contempla medidas cautelares, propriamente ditas, específicas (embargo preventivo, seqüestro, intervenção ou administração judicial, inibição geral de vender ou gravar bens e anotação de lide, proibição de inovar e de contratar, e proteção de pessoas ou guarda), e genéricas - fundadas no poder geral de cautela do juiz - as quais têm pertinência nos casos não enquadrados nas

cautelares específicas e se destinam a quem tiver fundado motivo para temer que, durante o tempo anterior ao reconhecimento judicial de seu direito, possa sofrer prejuízo iminente ou irreparável, facultando-se-lhe o direito de pedir medidas urgentes que, conforme as circunstâncias, sejam mais aptas para assegurar, provisoriamente, o cumprimento da sentença (art. 232).

Verifica-se, assim, que o ordenamento jurídico argentino prevê medidas de urgência semelhantes com as da legislação brasileira, principalmente, no que tange as medidas cautelares específicas e o poder geral de cautela, sendo que este último confere ao juiz um aval para conceder medidas cautelares não prevista na norma jurídica, mas que reclamam urgência na sua concessão.

3 DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A efetividade de uma tutela jurisdicional está intimamente ligada aos efeitos dos princípios fundamentais que regem a Constituição de determinado Estado, pois são eles que fornecessem ao aplicador do direito diretrizes para a interpretação e aplicação das normas legais ao caso concreto apresentado em juízo, de forma que a resposta do Poder Judiciário seja emitida da forma mais justa e racional possível.

3.1 DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Segundo José Afonso (1999, p.96) “os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”. Assim, os princípios são fontes de onde emanam valores consagrados por determinada sociedade, em certa época.

Na constituição de determinado Estado, os princípios fundamentais são normas que orientam a atuação do intérprete na uniformização da ordem jurídica nacional. Os princípios constitucionais, na lição de José Afonso (1999, p. 97), podem ser divididos em duas categorias, quais sejam:

Princípios político-constitucionais – constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli, normas-princípios, isto é, “normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social.

Princípios jurídico-constitucionais – são princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos, o da proteção social dos trabalhadores, fluente de declaração dos direitos sociais, o da proteção da família, do ensino e da cultura, o da independência da magistratura, o da autonomia municipal, os da organização e representação partidária, e os chamados princípios garantias (o do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*, o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório entre outros, que figuram nos incs. XXXVIII a LX do art. 5º), os quais serão destacados e examinados nos momentos apropriados,

Em arremate, e nos termos da lição mencionada, é necessário para a distribuição de uma efetiva prestação jurisdicional examinar os princípios jurídicos

constitucionais, a exemplo dos princípios do Acesso à Justiça, da Máxima Efetividade Constitucional e da Interpretação Conforme a Constituição, da Razoável Duração do Processo, da Celeridade Processual, da Igualdade Processual e o da Segurança Jurídica.

3.1.1 Do Acesso à Justiça

O Estado Brasileiro ao proibir a autotutela, possibilitou aos sujeitos de direitos o uso de um instrumento capaz de provocar a máquina judiciária com o fim de resolver a sua situação jurídica. Esse instrumento chama-se processo, meio hábil posto à disposição do jurisdicionado para, diante de uma lesão ou ameaça a direito, alertar o Poder Judiciário na busca de uma solução acerca dos conflitos de interesses envolvidos.

A Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, XXXV, reza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim sendo, percebe-se que o constituinte originário assegurou a todos os cidadãos que tivessem seus direitos ou garantias lesados, ou passíveis de ameaça de lesão, formas de acesso ao Poder Judiciário, para a devida reparação dos direitos violados, desde que, óbvio, preencham os requisitos legais, como as condições da ação e os pressupostos processuais inerentes ao litígio.

Neste sentido, George Marmelstein (2001) assevera que:

Certo que o direito fundamental consagrado no dispositivo garante ao jurisdicionado não apenas o direito formal de propor a ação, indo muito além, pois assegura o direito a uma tutela adequada e efetiva. Desse modo, considerando que uma das principais características que o moderno constitucionalista reconhece aos direitos fundamentais consiste na sua aplicabilidade imediata, o juiz, no atendimento concreto da providência que se revelem indispensáveis para concretizar um dado direito fundamental (no caso, o direito a tutela efetiva ou ação), pode (e deve) atuar independentemente e mesmo contra a vontade da lei infraconstitucional, pois, para efetivar os preceitos constitucionais, não é preciso pedir licença a ninguém, muito menos ao legislador.

Verifica-se pela lição do autor que para a efetivação de determinado direito fundamental, o magistrado não pode ficar adstrito à legislação infraconstitucional, podendo, inclusive, ir contra os termos desta quando o seu conteúdo for manifestamente contrário às normas constitucionais. Dessa forma, analisando esse

entendimento em paralelo com o requisito do requerimento da parte para o deferimento da tutela antecipada, vê-se que a simples ausência deste requerimento, estabelecido pela lei infraconstitucional (Código de Processo Civil), não pode servir como obstáculo para a concessão da tutela antecipatória, sob pena de negação ao princípio constitucional do acesso à justiça.

Outrossim, para oferecer uma tutela jurisdicional efetiva, a Constituição Federal de 1988 deverá não só oferecer um acesso amplo ao Poder Judiciário, mas também meios que garantam a inserção do jurisdicionado aos órgãos do Judiciário. Ou seja, o acesso à justiça somente é materializado quando o Estado oferecer duas garantias ao interessado da tutela jurisdicional, quais sejam: o acesso ao judiciário quando houver lesão ou ameaça a direitos dos indivíduos, e instrumentos hábeis capazes de garantir ao jurisdicionado uma tutela efetiva. Esta última garantia se concretiza quando, por exemplo, o Estado coloca a disposição de pessoas sem recursos financeiros, para arcar com os custos da demanda, advogados públicos para a defesa de seus direitos sem nenhum ônus para o demandante/demandado no processo judicial ou administrativo.

Prelecionando sobre o tema, Brandão (2007) assevera que:

A democracia só se concretiza através da participação, efetiva do cidadão, sendo alcançada apenas através do acesso à justiça de forma mais indiscriminada. Porém já há muito tempo que os necessitados de Justiça demonstram seu descontentamento com a atividade jurisdicional que a crise de que os instrumentos processuais vivem no Brasil, ficando caracterizada pela morosidade na distribuição da justiça, devido à inadequação na organização judiciária, entre outros problemas pode-se descrever: deficiência dos serviços de assistência judiciária, insuficiência de oralidade, e por ser comum entre muitos outros ordenamentos jurídicos é necessário que sejam realizadas as reformas nos meios processuais. Por estes motivos fica constatada a necessidade da verificação do direito pelo vértice da acessibilidade dos cidadãos à Justiça entre estes os necessitados por serem hipossuficientes financeiramente e também por não terem como superar os obstáculos existentes para o acesso à Justiça, esta desigualdade sócio-financeira tem como resultado uma desigualdade processual. De Mauro Cappelletti é a expressão “acesso à justiça” que significa dizer que o cidadão para reivindicar seus direitos tem que usar este meio, que é realizada pelo uso da esfera estatal.

Pela lição da citação mencionada, percebe-se que o Poder Judiciário, para assegurar de modo efetivo os direitos e garantias do jurisdicionado, deve *a priori* se estruturar através de uma lei de organização judiciária que ofereça aos cidadãos, principalmente aos necessitados, meios hábeis e simples de acesso à justiça,

ratificando as normas-princípios expressos na Constituição Federal de 1988, possibilitando, dessa forma, a fruição de uma efetiva tutela jurisdicional.

Dessa forma, no que se refere ao instituto processual da tutela antecipada, precisamente no que diz respeito a sua concessão de ofício, nota-se que é uma forma de atendimento ao preceito constitucional do acesso à justiça, pois verificando o magistrado a lesão ou ameaça a direito do postulante, que corresponde ao dano irreparável ou de difícil reparação do art. 273, I, do CPC, deve deferir a tutela antecipatória almejada, mesmo sem haver requerimento da parte, visto a natureza de urgência da medida requerida.

Portanto, verifica-se que o acesso à justiça é uma garantia criada pelo poder constituinte originário aos jurisdicionados, materializado na Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, XXXV, que envolve de um lado o acesso ao Poder Judiciário, como forma de proibição da utilização da autotutela pelo cidadão, e de outro o fornecimento pelo próprio Estado de meios que possibilitem ao interessado na tutela jurisdicional uma rápida e efetiva prestação desta última.

3.1.2 Da Máxima Efetividade Constitucional

Como sucedâneo do princípio do acesso à justiça, o princípio da máxima efetividade constitucional orienta o intérprete a fornecer à norma constitucional a interpretação mais favorável a sua efetividade. Ou seja, diante de um caso concreto posto em juízo, deve o juiz interpretar a norma constitucional, que rege o litígio, de forma a fornecer a sua máxima efetividade.

Prelecionado acerca do tema, Canotilho (2000, p. 1187) dispõe que:

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Assim sendo, existe uma incidência do referido princípio nas normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais, apesar de ter sua origem ligada às normas programáticas. Dessa forma, na busca da melhor interpretação que atenda aos preceitos daquele princípio, deve o aplicador do direito preferir a aplicação da

norma constitucional que produza mais eficácia no caso concreto. Nesse aspecto discorre Dirley (2011, p. 224) que:

O princípio da máxima efetividade, também denominado de princípio da interpretação efetiva, orienta o intérprete a atribuir às normas constitucionais o sentido que maior efetividade lhe dê, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades. Embora seja um princípio aplicável à interpretação de todas as normas constitucionais, atualmente tem incidência maior no âmbito dos direitos fundamentais, onde é freqüentemente invocado.

Conforme se observa, embora o princípio da efetividade constitucional não tenha aplicação máxima em todas as normas constitucionais, mas tão somente naquelas que dizem respeito aos direitos fundamentais do ser humano, aquele consiste num princípio de caráter interpretativo das normas constitucionais, e, em particular as que envolvem conflitos dos bens jurídicos albergados pela Carta Magna de 1988.

Seguindo os parâmetros da pirâmide jurídica de Hans Kelsen, na teoria Pura do Direito, a Constituição de determinado Estado representa o nível mais alto da ordem jurídica, de modo que todas as demais normas infraconstitucionais devem se adequar aos valores daquela. Assim, qualquer norma que contrariar os valores e princípios expressos na Carta Magna está passível de sofrer controle de constitucionalidade. Conforme relata Dirley (2011, p. 230):

O princípio da interpretação conforme a Constituição também consiste num princípio de controle de constitucionalidade, mas que ganha relevância para a interpretação constitucional quando a norma legal objeto do controle se apresenta com mais de um *sentido* ou *significado* (normas plurissignificativas ou polissêmicas), devendo, nesse caso, dar-se preferência à interpretação que lhe empresta aquele sentido – entre os vários possíveis – que possibilite a sua conformidade com a Constituição.

[...]

O princípio da interpretação conforme a Constituição tem previsão expressa, entre nós, no art. 28, § único, da lei nº 9.868/99, como técnica de decisão no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade.

Nestes termos, diante de uma norma que apresente diversos significados ou interpretações, o magistrado, na sua função de interpretar a norma e aplicá-la a determinado caso concreto, deve procurar a interpretação mais adequada a este último. Dessa forma, o art. 273, *caput*, do CPC exige, para a concessão da tutela antecipada, o prévio requerimento da parte interessada, de forma que não havendo

o requerimento, *prima face*, não há possibilidade do deferimento da antecipação dos efeitos da tutela.

Ocorre que, ao examinar esse dispositivo infraconstitucional à luz do princípio da interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, que estabelece que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), vê-se a manifesta possibilidade de controle de constitucionalidade do art. 273, *caput*, daquele diploma legal, tendo em vista que a ausência de pedido expresso do requerente da tutela antecipatória é, a *priori*, causa necessária para a não concessão da medida requerida.

Entretanto, o magistrado, mesmo na falta de requerimento da parte interessada na medida antecipatória, deve interpretar o art. 273, *caput*, do CPC, conjuntamente com o art. 5º, XXXV, da Carta Magna de 1988, de forma que fazendo uma ponderação de valores entre os dois dispositivos, merece prosperar a norma estampada na Constituição Federal de 1988, com a conseqüente concessão de ofício da tutela antecipada, principalmente nas ações que envolvem prestações de natureza alimentar e urgente, materializando, dessa forma, o princípio da interpretação conforme a Lei Maior.

Portanto, verifica-se que este princípio tem como objetivo servir de instrumento na análise da constitucionalidade das leis frente à Constituição Federal de 1988, de modo a uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, fazendo com que a aplicação desta se harmoniza com os valores e princípios da Lei Maior.

3.1.3 Da Razoável Duração do Processo

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 consagrou no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da razoável duração do processo judicial e administrativo, precisamente no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988. Este princípio tem como objetivo fornecer proteção judicial efetiva a todos os direitos violados ou passíveis de ameaça, bem como servir de escudo para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, visto que, hodiernamente, ainda, o jurisdicionado é tratado como um objeto da relação processual. Comentando sobre o tema, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 545) afirmam que:

É certo, por outro lado, que a pretensão que resulta da nova prescrição não apreça estar além do âmbito da proteção judicial efetiva, se a entendermos como proteção assegurada em tempo adequado. A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a idéia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais.

Conforme se depreende da lição mencionada, a irrazoabilidade na tramitação de um processo judicial pode trazer conseqüências maléficas para as partes da relação jurídica, sendo necessária a intervenção do Estado na elaboração de medidas hábeis destinadas a uma melhor instrumentalização e modernização do processo. O resultado disso foi à elaboração de um sistema eletrônico, com a criação do processo judicial virtual, que de maneira intensificadora colaborou com a materialização do princípio da razoável duração do processo.

No que tange aos efeitos deste princípio na legislação pátria, ainda, os constitucionalistas Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 546) prelecionam que:

O direito à razoável duração do processo, a despeito de sua complexidade implementação, pode ter efeitos imediatos sobre situações individuais, impondo o relaxamento da prisão cautelar que tenha ultrapassado determinado prazo, **legitimando a adoção de medidas antecipatórias**, ou até o reconhecimento da consolidação de uma dada situação com fundamento na segurança jurídica. (grifo do autor)

Vê-se, portanto, que o instrumento processual da tutela antecipada é um objeto imprescindível na colaboração da irradiação dos efeitos do princípio da razoável duração do processo, pois o fim deste princípio, que é uma rápida resposta do Poder Judiciário sobre determinado litígio, é conseqüência do deferimento da tutela antecipada, principalmente quando concedida de ofício.

O condicionamento da concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida a um prévio requerimento da parte interessada não se coaduna com o princípio ora estudado, tendo em vista que a não apreciação pelo magistrado dos demais requisitos da tutela antecipatória, em decorrência da ausência do pedido expresso da parte, através do seu causídico, não contribui para uma rápida prestação da tutela jurisdicional, que é conseqüência de uma razoável duração do processo.

Destarte, percebe-se que há uma íntima ligação entre o instituto da tutela antecipada e o princípio da razoável duração do processo, de modo que a

concessão da antecipação dos efeitos da tutela é uma das formas que se manifesta o princípio supracitado, agilizando a prestação jurisdicional.

3.1.4 Da Igualdade Processual e da Segurança Jurídica

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em vários de seus dispositivos o princípio da igualdade, como forma de fornecer aos jurisdicionados tratamentos iguais na medida de suas igualdades, e tratamentos desiguais na medida das desigualdades encontradas. Sobre o tema da igualdade formal e material preleciona Dirley (2011, p. 676) que:

O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualam e desigualmente na medida em que se desigalam, quer perante a ordem jurídica (igualdade forma), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material), pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. A exigência de igualdade decorre do princípio constitucional da igualdade, que é um postulado básico da democracia, pois significa que todos merecem as mesmas oportunidades, sendo defeso qualquer tipo de privilégio e perseguição. O princípio em tela interdita tratamento desigual às pessoas iguais e tratamento igual às pessoas desiguais.

Assim, o processo moderno requer que o magistrado interprete o princípio da igualdade, não somente no aspecto formal, mas necessariamente do panorama material, possibilitando uma atuação ativa do juiz, na promoção da igualdade jurídica e processual, especialmente diante de situações que se mostrem desarrazoadas para uma das partes envolvidas no litígio.

Dessa forma, verificando o aplicador do direito que uma das partes envolvidas no processo se encontra em situação de desigualdade jurídica em relação à outra parte, deve atuar de forma efetiva e concreta na busca da materialização da igualdade dos envolvidos no litígio, o que a doutrina denomina de “paridade das armas”. Sobre esse tema, Correia (1999, p. 24) afirma que:

No que concerne à necessidade, para que exista realmente *due process of law*, de um juiz imparcial e independente, verifique-se o seguinte: atualmente, vem-se requerendo do juiz que este deixe de ser, um mero convidado de pedra do processo. Aliás, em contraposição à figura do juiz dos tempos do liberalismo, que conduzia o processo sem intervir de forma alguma – em consonância com a própria noção liberal da ausência de intervenção do Estado -, vem emergindo hodiernamente a figura dos poderes assistenciais do magistrado. Os poderes assistenciais do juiz

defluem, em prestígio à noção de justiça material (em contraposição à mera idéia de justiça formal), de um princípio por alguns admitidos – que não vem expresso na Constituição -, conhecido como princípio da paridade das armas. Segundo desdobramento deste último princípio, é indispensável, para a própria garantia da igualdade das partes no processo, que em situações de desigualdade, o juiz atue conduzindo o processo e assistindo o mais frágil na relação jurídica deduzida em juízo.

O poder de instrução do juiz permite uma atuação na busca da igualdade substancial das partes do processo, ajudando de forma proporcional aquele menos favorecido juridicamente. Essa conduta ativa do magistrado nem de longe viola o princípio da imparcialidade, desde que observada a proporcionalidade e razoabilidade da medida na atuação do caso concreto.

Exemplo típico da atuação concreta do juiz na redução das desigualdades apresentadas no processo é a aplicação da tutela antecipada de ofício, possibilitando que, diante de uma situação que envolva a probabilidade de um dano irreparável ou de difícil reparação, a parte mais frágil da relação jurídica possa juridicamente se igualar a parte oposta, com a consequente gozação antecipada dos efeitos da tutela de mérito.

Portanto, percebendo o magistrado determinadas situações que possam levar a desigualdade jurídica de algumas das partes, a exemplo da vulnerabilidade e hipossuficiência, bem como da possibilidade da ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação a um bem jurídico essencial dos sujeitos da relação processual, deve procurar ao máximo minimizar, com a sua atuação ativa, a ausência da igualdade encontrada, materializando, dessa forma, a igualdade jurídica substancial.

Por outro lado, o constituinte originário inseriu no preâmbulo, bem como no art. 5º, *caput*, da Carta Magna de 1988, o termo “segurança”, no seu sentido amplo, como forma de fornecer ao jurisdicionado uma certeza de que determinadas relações jurídicas já consolidadas não serão modificados por interesses políticos. Ou seja, é um princípio que assegura o titular de um direito de não ser surpreendido com a modificação de sua situação jurídica, sem que haja motivação para tanto.

Nessa perspectiva, Canotilho (2000, p.263) assevera com muita sabedoria que:

O princípio da segurança jurídica não é apenas um elemento essencial do princípio do estado de direito relativamente a atos normativos. As idéias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado

que as decisões dos poderes públicos uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.

Partindo da lição mencionada, percebe-se que, em um primeiro momento, a segurança jurídica diz respeito à estabilidade das decisões dos poderes públicos, que somente pode ser modificadas por razões materiais devidamente comprovadas, como a invasão às garantias fundamentais do destinatário de determinado direito, sem observância do procedimento legal para a criação do ato praticado. Nesse caso, é possível que a conduta praticada pelo Poder Público seja anulada ou alterada para se adequar aos princípios que regem o ordenamento jurídico, precisamente o princípio da segurança jurídica, que tem como fim assegurar aos jurisdicionados a certeza de uma situação jurídica já consolidada.

No que se refere ao segundo pressuposto do conceito do princípio em tela, dado por Canotilho, nota-se que uma das características da segurança jurídica, em um Estado Democrático de Direito, é a certeza quanto aos efeitos de um ato jurídico já produzido. Não pode o Poder Público, sob o argumento vago de interesse público, intervir no conteúdo de um ato jurídico que produziu efeitos favoráveis ao seu destinatário. É necessário, antes, fazer um juízo de razoabilidade e proporcionalidade acerca da interferência no ato já formado, sob pena de negação a outros princípios, que foram essenciais à criação daquele ato, como o princípio da boa-fé do jurisdicionado e o princípio da confiança. Nessa esteira, indispensável à lição de Di Pietro (2009, p. 86), que assim relata:

Na realidade, o princípio da proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros. No direito brasileiro não há previsão expressa do princípio da proteção à confiança; pelo menos não com essa designação, o que não significa que ele não decorra implicitamente do ordenamento jurídico. O que está previsto expressamente é o princípio da segurança jurídica.

Vê-se que o princípio da segurança jurídica é um instrumento hábil expresso no ordenamento jurídico pátrio, constituindo ferramenta útil na proteção do

jurisdicionado contra a interferência indevida do Poder Público, confiando aquele que os atos jurídicos produzidos ou aceitos por este último são lícitos, ou seja, com observância da legislação de regência da criação do ato.

3.2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É imperioso destacar que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm eficácia jurídica imediata e plena, variando, somente, a amplitude e o conteúdo da carga eficaz, conforme entendimento doutrinário acerca dessa temática. Tal circunstância resulta da interpretação do art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, que assim reza “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse diapasão, Dirley (2011, p. 643) preleciona que:

Ademais disso, também considerando o método histórico de interpretação do art. 5º, §1º, da CF, e consciente de que deve o jurista perquirir no sistema normativo, até a exaustão, todas as potencialidades dos comandos normativo-constitucionais, notadamente o ora sob investigação, firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer *interpositio legislatoris*, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a *plena justicialidade* destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada a sua efetivação. De mais a mais, e em reforço a esses argumentos, ainda nos cumpre anotar que, também com base em Haberle – como a realidade social conforma substancialmente a interpretação da Constituição -, a realidade consistente no desejo de todos pelo gozo imediato dos direitos fundamentais impõe que a interpretação do art. 5º, §1º seja no sentido da aplicabilidade direta desses direitos.

Consoante lição, percebe-se que a concretização das normas rezadoras de direitos fundamentais não dependem, para sua imediata aplicação e materialização no caso concreto, da vontade do legislador infraconstitucional na edição de lei que complemente a eficácia daquela norma, haja vista que a sua eficácia é plena e imediata, e não limitada.

Interpretando a Carta Magna de 1988 no seu contexto finalístico, verifica-se que os direitos fundamentais fazem parte de um regime jurídico- constitucional, caracterizado pela indivisibilidade, a qual afirma que onde existirem normas

irradiadoras de direitos fundamentais haverá aplicação direta e imediata destes. Dirley (2011, p. 639), corroborando com o entendimento de Canotilho sobre o assunto, afirma que:

O referido autor conclui afirmando que a aplicação direta não significa apenas que os direitos fundamentais (em Portugal, os direitos, liberdades e garantias) se aplicam independentemente da intermediação legislativa, significando também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.

Verifica-se que existindo uma norma infraconstitucional incompatível com a Carta Magna de 1988, deve-se prevalecer esta, sendo aplicada no caso concreto, pois uma lei ao ser editada tem que ter como paradigma maior a Constituição Federal de 1988, pois caso contrário, estará suscetível de incorrer em controle de constitucionalidade. Portanto, é majoritário tanto na doutrina processualista, como na jurisprudência pátria, que as normas definidoras dos direitos fundamentais têm eficácia jurídica plena e imediata, não podendo a lei infraconstitucional estabelecer restrições, como o fez no instituto da tutela antecipada, sob pena de violar os valores expressos constitucionalmente e, conseqüentemente, sofrer controle de constitucionalidade.

Diante disso, o instituto processual da tutela antecipada, expressa no art. 273 do CPC, deve ser interpretado de acordo com os direitos fundamentais estampados na Constituição Federal de 1988, especialmente o princípio-norma do acesso à justiça, visto que um dos requisitos necessários para a concessão da tutela antecipatória – requerimento da parte – não se coaduna com esse direito fundamental. Ou seja, a simples ausência de pedido expresso da parte interessada na antecipação dos efeitos da tutela, não constitui óbice ao seu deferimento, se levado em consideração à letra do texto da Lei Maior, pois a lei não poderá criar obstáculos à rápida e efetiva prestação jurisdicional.

Nesse ínterim, tendo em vista a rápida solução do processo e a eficácia na prestação da tutela jurisdicional, como corolário do acesso à justiça, é possível o magistrado, diante do receio de dano irreparável ou difícil reparação, bem como nas causas que envolvem prestações de natureza alimentar, conceder de ofício a antecipação da tutela, mesmo sem haver o pedido expresso da parte requerente?

Desta feita, tal temática será examinada na sua peculiaridade em momento posterior.

4 A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Com a evolução social e cultural da sociedade, o legislador constituinte percebeu que determinadas normas não se adequava mais a realidade atual, necessitando, para tanto, da criação ou da interpretação de regulamentos jurídicos que atendessem aos propósitos ou necessidades do destinatário da lei.

Diante disso, observam-se vários diplomas normativos que possibilitam ao magistrado a concessão de ofício da tutela antecipada, deixando de lado o rigorismo formal que reinava na legislação outrora. Isso aconteceu, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que materializou em seu corpo princípios fundamentais para a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Contudo, para que o juiz possa ter fundamento jurídico para a aplicação da antecipação dos efeitos da tutela de ofício, é necessário que antes analise o espírito da lei, bem como os seus fins sociais, que fundamenta a sua decisão, nos termos do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto Lei nº 4.657/42), que passou, com a edição da Lei nº 12.376/10, a ser chamada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A letra do artigo 5º do diploma mencionado reza que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Assim sendo, a aplicação de uma norma deverá ser interpretada dentro do meio social que ela está inserida, inserindo-a a situações de fatos que não estejam dentro das hipóteses contempladas pela lei, para que seja cumprida os seus fins sociais. Resumindo, o direito existe para a sociedade, e não a sociedade para o direito. Dessa forma, quando da aplicação da tutela antecipada de ofício o juiz deve, antes de analisar os seus pressupostos legais, fazer uma interpretação sistemática e teleológica do instituto a ser aplicado para, somente após, verificar o sistema jurídico na qual a norma está inserida, bem como os fins sociais que emergem da mesma.

Desta feita, o princípio do dispositivo, expresso no art. 128 do CPC, não pode ser considerado empecilho para a concessão da tutela antecipada de ofício, pois esta deve ser examinada à luz dos princípios constitucionais, a exemplo, do acesso à justiça. Compartilhando desse entendimento, assevera Luiz Fux (1995, p. 80 e 81):

O princípio dispositivo não pode servir de apanágio daqueles que visam a excluir por completo a atuação oficiosa do Judiciário em prol dos interesses objeto do processo. É que o princípio referido há que se submeter aos interesses mais altos que suscitam a pronta atuação jurisdicional. Na medida em que esses interesses conclamam a atuação imediata do juiz e se transmudam de disponíveis em indisponíveis, cresce o “poder-dever do juiz agir de ofício.”

Pelo trecho citado, extrai-se que o princípio do dispositivo deve atender a um interesse maior, chamado de efetivação da prestação jurisdicional, devendo o magistrado, principalmente quando estiver diante de direitos indisponíveis, proceder com cautela na análise destes, pois ao requerente não é dado o poder de dispor dos mesmos. Não deve o juiz oferecer o mesmo tratamento aos direitos indisponíveis que oferece aos direitos disponíveis, tendo em vista as peculiaridades de cada um.

Apesar de não ser unânime na doutrina acerca da aplicação da tutela antecipada sem haver o requerimento da parte, alguns doutrinadores, a exemplo de Roberto Eurico (2009, p. 51), afirma que “observando o instituto da antecipação de tutela de uma forma genérica, não nos parece adequada à assertiva de que não é possível a concessão de ofício”. Esse pensamento se coaduna perfeitamente com os ditames principiológicos expressos na Carta Magna de 1988.

Prossegue o citado autor (2009, p.111), ainda, afirmando que:

Desta sorte, sendo caso de antecipação da medida, deverá a mesma ser concedida. Ademais, é decisão interlocutória atacável por meio do agravo de instrumento. Ora, ficasse a critério subjetivo do juiz concedê-la, ou não, quando, então, não se vislumbrasse aí, uma obrigatoriedade, sequer seria recorrível tal decisão. Mais ainda: ficasse ao exclusivo critério do juiz conceder, ou não, a antecipação, seriam desnecessários os §§ 1º e 2º, pois, se a avaliação coubesse somente ao foro íntimo do magistrado, porque seria necessário estabelecer justificativa para a concessão ou a denegação?

Isto posto, verificando o juiz que estão presentes os pressupostos para a concessão da tutela antecipada (*fumus boni jûris* e o *periculum in mora*), mesmo não existindo requerimento da parte, seja por mero esquecimento (quando detém o *jus postulandi* – juizados especiais) ou por deficiência de sua defesa técnica (advogado), deve o aplicador da lei conceder a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, sob pena de assim não fazendo, negar os direitos e garantias do cidadão participante do Estado Democrático de Direito.

Por fim, sob a perspectiva da instrumentalidade do processo na antecipação da tutela de ofício, assim como a permissão legal da concessão desta na legislação infraconstitucional, Roberto Eurico (2009, p. 149) expõe que:

Assim sendo, isto é, não se perdendo de vista a instrumentalidade do processo, ou, mais precisamente, não se olvidando que o processo é um instrumento de justiça, é que pode o julgador antecipar de ofício a tutela pretendida no pedido inicial, após um juízo de cognição sumária, onde verificará o *fumus boni jûris* e o *periculum in mora*, bem como, a irreversibilidade do provimento antecipado, alertando que a irreversibilidade nem sempre é obstáculo a que se conceda a antecipação da tutela. É interessante observar que o ordenamento jurídico aceita, em determinadas situações, que se conceda de ofício a antecipação da tutela. Nesse sentido, observa-se o art. 4º da lei nº 5.478 (Lei de Alimentos) que determina que o juiz, ao despachar o pedido, fixar, desde logo, alimentos provisórios, “salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita”.

Portanto, considerando a instrumentalidade processual que reina ou que ao menos deveria reinar no ordenamento jurídico processual brasileiro, são várias as normas infraconstitucionais, assim como o entendimento da jurisprudência, que oferecem ao juiz o poder-dever da aplicação da tutela antecipada de ofício, quando presentes os requisitos legais. As leis que tratam da matéria são aquelas que disciplinam, principalmente, interesses de pessoas vulneráveis, quais sejam: Estatuto do Idoso e Código de Defesa do Consumidor; ações de natureza alimentar: Legislação Previdenciária; as causas de menor complexidade de competência dos Juizados Especiais; e as que envolvem o interesse público: Ação Civil Pública.

4.1 NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil expressa no art. 273, *caput*, o requerimento da parte como requisito necessário para a concessão da tutela antecipada, porém o seu § 3º afirma que a efetividade desta seguirá as normas estabelecidas no art. 461, §§ 4 e 5º, daquele diploma processual. Deve-se, portanto, fazer uma aglutinação desses dispositivos para extrair o verdadeiro significado que o legislador quis oferecer a norma quando de sua edição. Reza o art. 273, § 3º, do CPC, *in verbis*:

Art. 273...
(...)

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 2002).

Verifica-se que o magistrado, quando da análise dos pressupostos essenciais para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, deve analisar não só os requisitos estabelecidos no art. 273 do CPC, mas também o teor da norma estabelecida nos §§ 4º e 5º do art. 461 deste código processual, principalmente o comando deste último parágrafo. Outrossim, apesar do legislador não ter mencionado o § 3º do art. 461 do CPC quando da remição feita pelo art. 273, § 3º, deste diploma, é indispensável mencioná-lo, pois o mesmo ratifica, juntamente com os demais artigos citados, a possibilidade da concessão da tutela antecipatória de ofício.

Neste diapasão, estabelece o art. 461, §§§ 3º, 4º e 5º, do CPC que:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994)

(...)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 5º 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. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 2002).

Analisando o dispositivo citado, percebe-se que o seu *caput* dispõe que o juiz concederá a tutela específica da obrigação, não mencionado que para a concessão de tal medida se faz necessário o requerimento da parte. Ademais, o § 3º, fornece ao magistrado a possibilidade de conceder a tutela antecipatória liminarmente, ou seja, desde o início do processo, quando presentes o relevante fundamento da demanda e havendo receio justificado da ineficácia da decisão final. Também, o

legislador, neste caso, não mencionou o requerimento da parte como requisito essencial para o deferimento liminarmente da tutela.

Importante também é o conteúdo do § 5º do art. 461 do CPC, quando descreve que, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de resultado equivalente a esta, o magistrado concederá de ofício as medidas necessárias. Diante disso, vê-se que o juiz pode deferir ordens judiciais de ofício, desde que sejam para dar efetividade a prestação jurisdicional. E uma dessas medidas é a tutela antecipada.

Insta mencionar que, apesar do art. 461 do CPC está localizado na parte que estabelecem normas concernentes a sentença, o art. 273, § 3º, desse mesmo diploma processual, determinou que o magistrado quando da análise da tutela antecipada observasse o mesmo. Sendo assim, faz-se necessário que o aplicador da lei faça uma ponderação de valores que regem as referidas normas, quais sejam, os arts. 273 e 461, ambos do CPC, pois aquela exige o requerimento da parte, sendo que esta no seu *caput*, ao contrário daquela, não expressou o pedido da parte como necessário para concessão da tutela antecipada. Esta última norma, precisamente no seu § 5º, estabelece que o juiz pode de ofício determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica, demonstrando, assim, que ao magistrado é dado o poder de conceder a tutela antecipada de ofício quando presentes os demais requisitos para a sua concessão.

Outro não é o entendimento do enunciado nº 140 do FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais, quando expõe que:

Enunciado 140 – Art. 12: A primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se às técnicas de tutela específica, **aplicáveis de ofício**, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada com resultado extensivo. (Grifos do autor).

O art. 12, primeira parte, do Código Civil reza que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade...”. Assim sendo, em casos em que exista a ameaça ou perigo de lesão a direito de alguém, que é igual ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, estampado no art. 273, I, do CPC, deve o magistrado antecipar de ofício os efeitos da tutela de mérito, obedecendo aos termos do art. 461 do CPC, por ser norma mais favorável ao jurisdicionado, já que não impõe o requerimento da parte para a concessão daquela.

Diante de tudo o que foi exposto, chega-se ao entendimento que, fazendo a junção do art. 273, § 3º, com o art. 461, ambos do CPC, bem como diante dos princípios constitucionais fundamentais do acesso à justiça, da razoável duração do processo e da interpretação da norma infraconstitucional à luz da Carta Magna de 1988, é possível que o magistrado antecipe, de ofício, os efeitos da tutela de mérito, mitigando o pressuposto genérico do requerimento da parte como forma de efetivar a prestação da tutela jurisdicional.

4.2 NOS JUIZADOS ESPECIAIS

A Constituição Federal de 1988 expressou no seu art. 24, X, que compete, concorrentemente, a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre a criação, funcionamento e o processo dos juizados especiais, sendo que a criação destes no Distrito Federal, assim como nos territórios federais, cabe a União. Os Estados, também, poderão criar juizados especiais, conforme art. 98, I, da CF/88.

Sendo assim, foi editada a Lei nº 9.099/95, que dispõe acerca dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais. Tal norma foi criada com o fim de materializar determinados princípios consagrados na Carta Magna de 1988, como o princípio do acesso à justiça e o da razoável duração do processo. O art. 2º, da mencionada lei afirma que “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. Já o art. 6º do mesmo diploma expressa que “o Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.

Ademais, tais normas expressas no diploma normativo da Lei nº 9.099/95 servem de subsídio para eventuais lacunas das leis editadas posteriormente, a exemplo das leis nº 10.259/01 e 12.153/09, principalmente no que se referem às regras que trazem uma instrumentalidade para o processo, como as normas que tratam da informalidade processual, da simplicidade e da economia processual.

Discorrendo sobre o princípio da informalidade e da simplicidade, Câmara (2009, p. 16 e17) assevera que:

Não obstante fale a lei em simplicidade e em informalidade como conceitos distintos, a rigor está-se aqui diante de um só princípio, que tanto pode ser chamado de princípio da informalidade como de princípio da simplicidade.

(...)

Além disso, no entanto, uma breve leitura do texto da Lei nº 9.099/95 mostra que há, no microssistema dos Juizados Especiais Cíveis, uma quase total deformalização, um verdadeiro desapego à forma. Basta ver os seguintes exemplos: o ajuizamento da demanda pode ser verbal; a citação por oficial de justiça independe de mandado ou de carta precatória; a resposta do demandado pode ser verbal; os embargos de declaração podem ser interposto oralmente; o requerimento de execução de sentença pode ser formulado oralmente. Por esses exemplos claramente se vê a simplicidade do processo que tramita perante os Juizados Especiais Cíveis.

Se há uma deformalização nos Juizados Especiais, em decorrência dos princípios da informalidade e da simplicidade, nada impede que o magistrado, diante de situações que reclamem urgência na sua apreciação, defira a antecipação dos efeitos da tutela de ofício. Advirta-se que existem casos em que a situação jurídica do requerente se modula ao longo do processo, motivo pela qual poderá inexistir a situação de urgência no começo da lide, mas no seu decorrer é possível que o *status* jurídico do demandante da medida judicial se modifique.

Assim sendo, percebendo o magistrado que em um determinado momento processual estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, tem o mesmo o poder-dever de conceder a medida antecipatória mesmo que não haja requerimento formalizado nos autos.

É importante frisar, ainda, que o art. 9º da Lei nº 9.099/95 dispensa a presença do advogado nas causas inferiores a vinte salários mínimos. Conforme dispõe o art. 9º: “nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”. Escrevendo sobre o assunto, afirma Câmara (2009, p. 61 e 62) que:

No direito processual civil brasileiro, por conta de comando constitucional (art. 133 da Constituição da República), a presença do advogado é essencial. Em razão disso, o art. 36 do Código de Processo Civil exige que a parte se faça representar em juízo por advogado legalmente habilitado.

(...)

Nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, porém, estabelece a lei que não sendo o valor da causa superior a vinte salários-mínimos, a presença do advogado é facultativa (art. 9º da Lei nº 9.099/95). Ultrapassado esse valor, diz o mesmo artigo da lei, a presença do advogado é obrigatória.

(...)

Apesar disso, porém, não pode deixar de ser registrado que o Supremo Tribunal Federal já afirmou, em processo de controle direto da

constitucionalidade, que não há qualquer incompatibilidade entre o art. 9º da Lei nº 9.099/95 e o art. 133 da Constituição da República.

É exatamente diante do princípio da informalidade-simplicidade e do singular *jus postulandi* conferido a parte, que o magistrado tem o poder-dever de conceder a tutela antecipada de ofício, quando presentes os requisitos legais (*fumus boni iuris* e o *periculum in mora*) na ação judicial. Apesar da parte interessada na tutela jurisdicional possuir em determinadas situações (nas causas de até vinte salários mínimos) o *jus postulandi*, aquela não necessitará, ao requerer a tutela do Estado, de saber de termos técnicos para a efetivação do seu direito. Ou seja, o requerente ao ajuizar uma ação não precisará demonstrar com termos técnicos a existência dos requisitos da tutela antecipada, pois não é *expert* no assunto, como a figura do advogado.

Ratificando esse entendimento, George Marmelstein (2001) relata que:

Em quarto lugar, há o próprio despreparo de alguns advogados que esquecem, por ignorância, de fazer o requerimento. Nos casos de ações de competência dos Juizados Especiais Cíveis ou da Justiça do Trabalho, em que é possível peticionar sem a representação técnica do advogado, também fica manifesta a desnecessidade do requerimento expresso de antecipação de tutela, já que seria cômico exigir que um sujeito de parca instrução saiba o que é antecipação de tutela e, por consequência, venha a requerê-la. Lembre-se que o Direito Processual moderno pauta-se no princípio da instrumentalidade das formas, e como decorrência da instrumentalidade – corolário do princípio da efetividade e do acesso à justiça -, o magistrado é obrigado a sanar, sempre que possível, as atecnicas cometidas pelas partes hipossuficiente.

Assim, mesmo não havendo requerimento da parte para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, deve o magistrado ao verificar a existência dos requisitos legais para a sua concessão, deferir a tutela antecipada de ofício como forma de efetivar os direitos mínimos do jurisdicionado, pois o Juizado Especial Cível é norteado pelo princípio da informalidade-simplicidade.

Numa situação hipotética, pode-se exemplificar um caso de uma pessoa que teve a sua assinatura falsificada em um empréstimo consignado, não lhe restando outra alternativa senão procurar o Poder Judiciário. Considerando que esta pessoa procurou a sede do fórum sozinha, sem assistência de advogado, fazendo requerimento verbal no sentido de ver cancelado tal empréstimo e devolvido os valores descontados do mesmo, deve o magistrado conceder a tutela antecipada

desde o início do processo (*initio litis*), mesmo sem haver requerimento da parte, para suspender os descontos advindos na folha de pagamento da parte, pois esta não tem o conhecimento jurídico necessário para saber como funciona o instituto processual da tutela antecipada. O juiz, na busca de uma prestação jurisdicional efetiva, deve tão somente analisar se estão presentes os pressupostos para o deferimento ou não da antecipação dos efeitos da tutela de mérito.

No que diz respeito à Lei nº 10.259, publicada em 13 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Federal, materializando o que estava expresso no § 1º, do art. 98, da CF/88, a mesma afirma que a “lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”. O art. 4º da lei dos juizados especiais federais expressa categoricamente que “o Juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação”. Vê-se que o presente artigo não expressa a figura da tutela antecipada, mas somente a tutela cautelar, o que diante dos princípios da informalidade, da simplicidade, do acesso à justiça, bem como da razoável duração do processo, não impede que o magistrado aplique subsidiariamente o Código de Processo Civil, pois este condiz com o espírito daquela lei.

Para corroborar esse entendimento, a Turma Recursal dos Juizados Federais da Bahia proferiu o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO CONTRA DECISÃO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAÇÕES A PACIENTE PORTADOR DE HTLV-I. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM O ESTADO E MUNICÍPIO. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NOS JUIZADOS ESPECIAIS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS AUTORIZADORES DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA PRESENTES. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

4. Cabível a antecipação dos efeitos da tutela nos Juizados Especiais Federais como medida de urgência prevista no art. 273, inciso I, do CPC, efetuando-se uma interpretação não literal do art. 4º da Lei nº 10.259/2001, conforme exige o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, como também considerando a aplicação supletiva do Código de Processo Civil.

5. Comprovada a existência nos autos de prova inequívoca da doença da Recorrida (Paraparesia Espástica Tropical, causada pelo vírus HTLV-I), bem como o fundado receio de dano irreparável à saúde, sem o fornecimento do medicamento necessário, deve ser mantida a decisão que antecipou os efeitos da tutela. 6. Recurso desprovido.

(Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado da Bahia. Recurso Inominado. 2004.33.00.762691-0. Rel. Rosana Noya Weibel Kaufmann. 16/ 12/2005).

No mesmo sentido da decisão ora exarada, o FONAJE editou o enunciado nº 26, que diz “são cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis”. Ora, se é possível à antecipação dos efeitos da tutela de mérito em sede de Juizados Especiais Federais, conforme o julgado e o enunciado acima, apesar do conteúdo da lei mencionar somente as medidas cautelares, é racional, também, que essa tutela antecipada seja aplicada de ofício pelo juiz, seguindo a sistemática apresentada pela Lei nº 9.099/95. Um dos argumentos mais importante para a concessão de ofício da tutela antecipatória pela Lei 10.259/01, é o fato de que esta regulamenta, em suas competências, causas de natureza alimentares e previdenciárias, que não necessitam de um formalismo exacerbado para o merecido amparo do Estado.

Nestes termos, Hylea Ferreira (2007) afirma que:

Com relação à sua concessão ex officio, adota-se o entendimento de que é possível e necessário. Negar que a antecipação da tutela possa ocorrer de ofício por ato do juiz é negar, do mesmo modo, as garantias que à lei outorga ao requerente, leigo, de propor ação sem a representação judicial. Ora, não se pode exigir que a parte autora possua conhecimento técnico para apontar ao remédio legal do seu litígio, tampouco prosperará a idéia de que o magistrado não possa vir a reconhecer este remédio pelo seu próprio impulso.

Assim sendo, indiscutível a possibilidade de concessão de ofício da tutela antecipada no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais, principalmente quando a parte procura o Poder Judiciário sem a assistência de advogado, usando do seu *jus postulandi* na busca da reparação do seu direito violado. É a informalidade que reina sobre a formalidade e o acesso à justiça que prevalece sobre a burocracia processual.

É imperioso destacar, ainda, a Lei nº 12.153, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Diferente das demais leis que tratam da criação dos Juizados Especiais (Leis nº 9.099/95 e 10.259/01), o art. 3º daquela menciona que “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir quaisquer providências

cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar dano de difícil ou de incerta reparação”.

Dessa forma, o legislador expõe de forma expressa no texto da lei a possibilidade da concessão de ofício da tutela antecipatória, deixando, portanto, a medida cautelar de ser o único instrumento legal a ser usada em caso de urgência e necessidade. Nesse sentido Melo e Neto (2011) asseveram que:

Indiscutivelmente, uma das principais inovações da Lei 12.153/2009 está prevista no art. 3º, que se pede vênha para citar textualmente: “O juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir quaisquer providências cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar dano de difícil ou de incerta reparação” (destaque nosso). Trata-se de importante inovação legislativa na medida em que prevê, expressamente, a possibilidade de o juiz, *ex officio*, conceder a antecipação dos efeitos da tutela pretendida. O art. 273 do Código de Processo Civil, que previu originalmente os principais fundamentos para concessão da tutela antecipada, não foi tão abrangente quanto o art. 3º, da Lei 12.153/2009, haja vista que naquele se exige o requerimento da parte para que o juízo analise o pedido, enquanto que nos Juizados Especiais da Fazenda Pública tal medida poderá ser deferida de ofício pelo juiz. Outrossim, na visão como microssistema, revoga tacitamente a previsão do art. 4º, *caput*, da Lei dos Juizados Especiais Federais, que autorizava somente o deferimento de medidas cautelares no curso do processo. A introdução legislativa dessa autorização é um forte indício de que o novo Código de Processo Civil superará de vez a dicotomia entre medidas cautelares e antecipatórias, englobadas na disciplina uniforme da tutela geral de urgência.

Portanto, vê-se que a dicotomia até então existente acerca da possibilidade ou impossibilidade da concessão da tutela antecipada de ofício em sede de Juizados Especiais não tem mais importância com a edição da Lei 12.153/09, que previu expressamente, em seu art. 3º, o poder dado ao magistrado de deferir, de ofício, antecipadamente os efeitos da tutela de mérito. Por ser norma mais favorável ao jurisdicionado, aplica-se a todas as leis editadas anteriores, tendo em vista o diálogo existente entre as normas que disciplinam os Juizados Especiais.

4.3 NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Sabe-se que o Direito Previdenciário consiste num ramo do Direito que busca definir quais são os benefícios que os segurados fazem *jus*, bem como o período de carência para a sua concessão, como também a forma de financiamento da Previdência Social com a descrição de cada parcela devida pelo contribuinte.

As Leis nº 8.212/91 e 8.213/91 são consideradas os estatutos do Direito Previdenciário, pois tratam de todos os tipos de benefícios existentes a disposição do segurado, assim como descrevem quais são as formas de contribuição para a Previdência Social. Em decorrência das referidas leis regulamentarem apenas normas concernentes ao direito material, não trazendo em seu bojo normas de direito processual, o instituto da tutela antecipada nas lides previdenciárias obedece às normas gerais do art. 273 do Código de Processo Civil.

Para ratificar essa informação, Fábio Zambitte (2010, p. 773 e 744) ensina que:

Embora tenhamos diversos tipos das chamadas tutelas de emergências, a tutela antecipada com fulcro no art. 273, I, do CPC é a melhor que atende às demandas dos segurados da previdência social, pois reúne os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iure*. Não obstante, nada impede a obtenção desta na hipótese do inciso II, em razão “do abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu”, quando, por exemplo, a autarquia previdenciária posterga judicialmente o reconhecimento do direito do segurado sem razão aparente.

(...)

Enfim, a tutela antecipada é perfeitamente possível nas demandas previdenciárias, sendo instrumento preferível à liminar em mandado de segurança, pois este instituto nem sempre é adequado, máxime pela regular ausência da prova de direito líquido e certo do segurado, demandante do benefício previdenciário.

Verifica-se, dessa forma, que é totalmente viável a concessão da tutela antecipada nas ações que envolvam prestações de natureza previdenciária. Ademais, por terem os benefícios previdenciários natureza alimentar, portanto indispensável para o desenvolvimento digno da parte que postula em juízo, é dever do juiz, quando estiver diante de fatos e provas que comprovam desde já o direito ao benefício pleiteado, deferir a tutela antecipada de ofício em favor do requerente, para que o mesmo possa usufruir desde logo dos efeitos da concessão do benefício.

Tal medida se faz necessária principalmente quando as ações previdenciárias são ajuizadas nos Juizados Especiais Federais, que, conforme já suscitado, são regidos pelos princípios da informalidade e da simplicidade, bem como do deferimento, em certas situações, do *jus postulandi* ao interessado. Dessa forma, não pode o magistrado ficar adstrito ao formalismo exagerado exigido pela lei, devendo antes disso analisar se a situação jurídica do jurisdicionado permite a satisfação imediata dos efeitos da tutela pretendida.

Escrevendo sobre o tema, George Marmelstein (2001) assevera que:

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

Percebe-se pela lição do autor que a antecipação da tutela de ofício nas ações que envolvem benefícios previdenciários é medida que se coaduna com os ditames constitucionais da efetividade jurisdicional, principalmente quando uma das partes da relação jurídica é pessoa idosa pleiteando direitos de natureza alimentar.

Ademais, não se pode afirmar, por exemplo, que a tutela antecipada de ofício, determinando a implantação de benefício previdenciário antes do trânsito em julgado acarreta a irreversibilidade do provimento, pois é perfeitamente possível que a Fazenda Pública, responsável pelos pagamentos dos valores decorrentes da implantação do benefício possa reaver esses, em caso de improcedência da ação, utilizando para tanto da execução fiscal ou do processo ordinário de conhecimento, como entendeu recentemente o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Para ratificar a aplicação da tutela antecipada de ofício nas ações previdenciárias, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5, em julgado recente expressou que:

EMENTA: **PREVIDENCIÁRIO** E PROCESSUAL CIVIL. **APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL**. REVISÃO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. CATEGORIA PROFISSIONAL. PRESUNÇÃO LEGAL. DIREITO. **ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EX OFFICIO**. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. 1. O erro material pode ser corrigido pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a qualquer tempo ou grau de jurisdição. (...)
3. A tutela antecipada pode ser concedida a qualquer tempo, até a prolação da sentença. In casu, considerando-se a natureza alimentar do benefício previdenciário e, sendo as provas suficientes para demonstrar a plausibilidade do direito, correta a antecipação ex officio.
 (...) 7. Apelação improvida.

(Tribunal Regional Federal – 5ª Região - Apelação Cível - AC513606/AL - Número do Processo: 00020815020104058000 - Relator: Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria - Órgão Julgador: Terceira Turma - Data do Julgamento: 14/07/2011). (Grifos do autor).

Pela ementa do acórdão mencionado acima, verifica-se que diante do caráter alimentar do benefício pretendido judicialmente, da análise das provas documentais apresentadas e da morosidade processual que reina no Poder Judiciário, deve o magistrado, mesmo havendo ausência de requerimento expresso da parte interessada na medida antecipatória, conceder a antecipação dos efeitos da tutela. Corroborando o entendimento do TRF5, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu que:

EMENTA: 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).

(...)

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). (Grifos do autor).

Portanto, não restam dúvidas quanto à possibilidade da concessão de ofício da antecipação dos efeitos da tutela de mérito nas ações previdenciárias, pelos motivos já expostos, e principalmente pelos repetidos recursos que as representações judiciais das autarquias previdenciárias de cada pessoa jurídica, seja municipal, estadual ou federal, interpõem das sentenças concessivas de benefícios previdenciários. Na maioria das vezes, se quer existem fundamentos para a interposição dos recursos, mas por estarem os procuradores municipais, estaduais

e federais sujeitos a responsabilidade por suas ações ou omissões, principalmente quando gerem danos para o erário público, acabam recorrendo das decisões judiciais.

4.4 NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor - CDC, instituído pela Lei nº 8.078/90, surgiu diante dos anseios da comunidade em ter um estatuto que regulamentasse as suas relações contratuais consumeristas, tutelando os direitos dos consumidores e garantindo deveres para os empresários.

O art. 84, *caput*, do CDC, que tem redação idêntica a do art. 461 do CPC, traz a possibilidade da concessão da tutela antecipada de ofício nas obrigações de fazer ou não fazer, protegendo os direitos dos consumidores prestes a perecerem, pois a partir de uma interpretação gramatical e sistemática do mencionado artigo, percebe-se que não há como requisito fundamental para o deferimento da tutela antecipatória o pressuposto genérico do requerimento da parte.

Reza o artigo 84 do diploma consumerista que:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. (Grifos do autor).

Dessa forma, apesar do artigo mencionado expressar o termo “tutela específica” e “determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente”, a doutrina entende que essas expressões podem perfeitamente se adequar as diretrizes da tutela antecipada, pois as finalidades de ambas são as mesmas, quais sejam, a satisfação imediata dos efeitos do mérito da demanda

judicial. Outrossim, vê-se que o legislador não estabeleceu para a concessão da tutela específica ou das providências que assegurem o resultado equivalente, ou seja, para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, o prévio requerimento da parte interessada.

Nestes termos, como o legislador não inseriu obstáculos para a efetividade da prestação jurisdicional, não pode e nem deve o juiz se negar a conceder um provimento jurisdicional por ausência de requisito que a lei não estabeleceu, no caso o requerimento da parte. Diante disso, verifica-se que o magistrado deve, quando se deparar com ações de obrigação de fazer ou não fazer, e existentes *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*, conceder a tutela antecipada de ofício em favor do consumidor, visto que, na maioria das vezes, este é a parte mais vulnerável e hipossuficiente da relação jurídica, sendo dispensável o pedido expresso a fim de obter a antecipação dos efeitos da tutela, até mesmo porque o disposto em análise não mencionou acerca do requerimento.

Sobre o assunto, Júnior Sgarioni (2003, p. 42-43) afirma categoricamente que:

O magistrado diante do relevante fundamento da demanda e do receio da ineficácia do provimento final pode adiantar a tutela de mérito nos termos do artigo 84, para que desta maneira exista tempo para atender ao direito da parte ameaçada ou lesada em seu direito. As soluções processuais devem ser efetivas e tempestivas, é esse o pensamento dos legisladores do Código de Defesa do Consumidor, que criaram um controle para as abusividades, gerando uma antecipação de tutela, com requisitos próprios, permitindo o adiantamento do provimento final, afastando em parte os requisitos da tutela antecipatória do artigo 273 do Código de Processo Civil. O Código de Defesa do Consumidor foi um grande passo da modernização e efetividade das ações com características peculiares, principalmente no *caput* do artigo 84: “Na ação que tenha pôr objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Salienta-se, ainda, que como nas ações previdenciárias, as lides sobre direitos dos consumidores, na sua maioria, são ajuizadas nos Juizados Especiais Cíveis, o que diante dos princípios da informalidade e da simplicidade, bem como da concessão do *jus postulandi* nas ações de até 20 salários mínimos, é possível que o requerente da medida judicial esqueça-se de solicitar ao juiz a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, tendo em vista que lhe falta conhecimento jurídico

para saber se é cabível ou não o deferimento da tutela antecipada, pois não é pessoa habilitada juridicamente, a semelhança do que ocorre com o advogado.

Portanto, diante dessas considerações pode-se afirmar que é indiscutível o cabimento do instrumento processual da tutela antecipada de ofício nas ações que envolvam litígios sobre direitos dos consumidores, haja vista o teor do art. 84 do código consumerista não mencionar o requerimento da parte como requisito essencial ao deferimento daquela, bem como o juízo competente, na maioria das lides, ser o Juizado Especial Cível, regido na sua essência pela informalidade e simplicidade dos atos processuais.

4.5 NO ESTATUTO DO IDOSO

O legislador procurando tutelar os direitos das minorias, editou a Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), que veio resguardar os direitos das pessoas idosas. A semelhança do conteúdo do art. 84 do CDC, o art. 83 do Estatuto do Idoso expressa a possibilidade da concessão da tutela antecipada de ofício nas ações que versem obrigações de fazer ou não fazer. Conforme já mencionado anteriormente, a tutela específica ou a determinação de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação, se assemelha aos pressupostos para a concessão da tutela antecipada, o que nada impede que o magistrado conceda esta última nas ações que envolvam relações jurídicas sobre o idoso.

O art. 83 da Lei nº 10.741/2003 dispõe que:

Art. 83. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

§ 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, na forma do art. 273 do Código de Processo Civil. (Grifos do autor).

Diferente do dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, o artigo em comento expressa que existindo relevância no fundamento da demanda e justificado receio da ineficácia da decisão final, poderá o magistrado conceder liminarmente a

tutela antecipada, principalmente quando presentes situações que reclamem uma certa urgência na sua apreciação.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte – TJRN, em sede de Agravo de Instrumento, decidiu que:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **DECISÃO QUE CONCEDEU TUTELA ANTECIPADA.** MEDIDA PROTETIVA. **ESTATUTO DO IDOSO.** REQUISITOS PREENCHIDOS. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Presentes os requisitos autorizadores para a concessão da tutela antecipada, quais sejam, a verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável, deve o Magistrado determinar as medidas protetivas necessárias a assegurar a integridade física e moral do idoso.

(TJRN - Agravo de Instrumento com Suspensividade n.º 2010.008967-4-Origem: 15ª Vara Cível da Comarca de Natal/RN - Relatora: Juíza Convocada Sulamita Bezerra Pacheco). (Grifos do autor)

Assim sendo, especialmente quando presentes os requisitos autorizadores para a concessão das medidas protetivas, com fundamento na proteção da dignidade das pessoas idosas, deve o juiz antecipar os efeitos da tutela de ofício na defesa dos direitos mínimos destas.

Percebe-se que o artigo 83 do estatuto em estudo, a semelhança do art. 84 do Código do Consumidor, não expressa o requerimento da parte como requisito essencial para o deferimento da tutela antecipada. Por mais que o § 1º, parte final, daquele dispositivo faça referência ao art. 273 do CPC, deve o magistrado antes de analisar a letra da lei, fazer uma interpretação sistemática e teleológica do dispositivo legal em face do conjunto de normas e princípios que regem todo o Estatuto do Idoso.

O Poder Judiciário não pode se esquivar de oferecer uma tutela jurisdicional efetiva pelo simples fato de não haver solicitação da parte interessada, no caso a pessoa idosa, no sentido de antecipar os efeitos de uma obrigação de fazer ou não fazer. Nesse caso, tendo em vista a vulnerabilidade que acomete a pessoa idosa, e verificando o juiz que esta se encontra em situação de perigo iminente ou de ameaça a seus direitos fundamentais, torna-se necessário a aplicação de um instrumento processual efetivo, no caso a tutela antecipada, com fundamento no art. 84 do Estatuto do Idoso, para evitar ou interromper a violação desses direitos, mesmo que não exista requerimento da parte. O que está em foco é a proteção dos

direitos fundamentais da pessoa idosa em detrimento do formalismo arcaico da legislação processual.

Assim, evidencia-se que o Estatuto do Idoso, precisamente em seu art. 83, não inseriu obstáculos para a concessão da tutela antecipada de ofício, especialmente quando este dispositivo é interpretado de forma sistemática e teleológica à luz das normas e princípios daquele Estatuto e da Constituição Federal de 1988.

4.6 NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O legislador editou a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, com o fim de materializar a norma prevista no art. 129, II e III, da Constituição Federal de 1988, fornecendo aos legitimados previstos no art. 5º desta lei um instrumento capaz para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, denominado de ação civil pública.

Nesse sentido, para a tutela desses direitos e interesses metaindividuais, ou seja, aos que referem ao meio-ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico, a infração da ordem econômica e da economia popular, ou à ordem urbanística, podendo ter por objeto, inclusive, a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o art. 11 daquela lei confere ao magistrado, mesmo sem haver requerimento de algum legitimado, o poder de determinar medidas satisfativas a fim de se cumprir a atividade devida por alguém ou fazer cessar esta em decorrência de sua nocividade. Para ratificar estes argumentos, preceitua o art. 11 *in verbis*:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, **independentemente de requerimento do autor**. (Grifos do autor).

Pela leitura do conteúdo da norma expressa, verifica-se que o magistrado, independentemente da solicitação da parte legitimada para o ajuizamento da ação civil pública, pode determinar que o obrigado de uma atividade cumpra a prestação

devida ou cesse imediatamente essa, a fim de tutelar os interesses maiores resguardados pela lei.

Ademais, insta esclarecer que esse mandamento se adequa perfeitamente aos efeitos do instituto processual da tutela antecipada, já que reproduz o caráter de satisfatividade imediata que existe naquela, possibilitando que o objeto jurídico da ação (meio ambiente, patrimônio público, a ordem econômica e a economia popular etc.) seja preservado desde logo, sem a necessidade de esperar a morosidade dos trâmites processuais.

Nestes termos, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, quando expõe que:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E **AMBIENTAL**. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. **TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS.** CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ.

(...)

3. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 535 do Código de Processo Civil (CPC) - porque o acórdão foi omissivo -, 461 do CPC, 11 da Lei n. 7.347/85 e 1º do Decreto n. 750/93 - em razão de a área devastada ser pertencente à zona de mata atlântica, merecendo proteção imediata com deferimento da liminar.

(...)

6. Recurso especial não conhecido.

(STJ – Segunda Turma – Relator Mauro Campbell Marques – Recurso Especial nº 2011/0023573-6 – Julgamento em 22/11/2011). (Grifos do autor).

No mesmo sentido da ementa mencionada, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, no julgamento do agravo de instrumento nº 2011.007583-6, decidiu pela possibilidade da tutela antecipada na Ação Civil Pública, nos seguintes termos:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. **MEIO AMBIENTE. CARCINICULTURA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA NO SENTIDO DE DETERMINAR A SUSPENSÃO DOS PROJETOS EM OPERAÇÃO NA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.** SUPERVENIENTE CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUCTA. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS À EMPRESA COMPROMISSÁRIA NOS TERMOS DO CRONOGRAMA ASSINALADO NO TAC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJRN – 1ª Câmara Cível - Relator: Desembargador Amílcar Maia - Agravo de Instrumento N.º 2011.007583-6 – Julgamento em 03/04/2012). (Grifos do autor).

Diante dos julgados mencionados, juntamente com os dispositivos da Lei nº 7.347/85, é perfeitamente possível a tutela antecipada nas matérias que regulamentam a Ação Civil Pública, sendo medida eficaz para a efetiva preservação dos bens jurídicos expressos naquela lei.

Apenas para confirmar a existência da tutela antecipada de ofício na lei que regulamenta a ação civil pública, além do art. 11 desta lei, o art. 12 afirma que “poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”. Inicialmente, analisando o recurso cabível desta decisão liminar, o agravo, vê-se, desde logo, que trata-se de uma decisão interlocutória, a qual tem a mesma natureza jurídica da tutela antecipada.

Ademais, este último dispositivo mencionado expressa que o juiz poderá conceder a liminar ou, mais precisamente, a tutela antecipada sem a justificação prévia, o que significa asseverar que é possível que, diante do caso concreto, o magistrado defira de ofício a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, já que a mensagem dada pelo art. 11 da lei nº 7.347/85 não expressa o requerimento da parte como requisito necessário para a concessão da tutela antecipada. Assim sendo, como a lei não inseriu obstáculo à efetividade da prestação jurisdicional, não deve o magistrado colocá-lo.

Verifica-se, portanto, que é indiscutível o cabimento da tutela antecipada de ofício na lei nº 7.347/85, que regulamenta a Ação Civil Pública, sendo tal argumento corroborado pelo entendimento da jurisprudência dos tribunais pátrios, o que contribui de maneira singular para a efetividade de uma justa e célere prestação jurisdicional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela antecipada veio para o ordenamento pátrio como forma de subtrair os efeitos da morosidade que reina no Poder Judiciário, constituindo instrumento hábil na celeridade processual. Dessa forma, o legislador ao prevê o requerimento da parte no art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil, como pressuposto genérico necessário para o deferimento da tutela antecipada, obstacularizou, em parte, a efetivação de uma rápida prestação jurisdicional, pois essa exigência não encontra sintonia com os princípios constitucionais.

Viu-se que apesar do art. 273 do diploma processualista dispor acerca do requerimento da parte como um dos pressupostos genéricos para a concessão da tutela antecipada, parcela da doutrina e da jurisprudência entendem que é perfeitamente possível à concessão da tutela antecipatória de ofício, levando em consideração os princípios constitucionais estudados, aglutinados com as ações que envolvem interesses de pessoas vulneráveis, de natureza alimentar, de menor complexidade e nas que envolvem o interesse público.

Como forma de situar o instituto em análise, no primeiro capítulo foi apresentado à gênese da tutela antecipada, a sua diferença com relação à tutela cautelar, os pressupostos gerais e alternativos para a sua concessão e o estudo do instituto no direito comparado. No segundo capítulo, demonstrou-se que os princípios constitucionais são elementos fundamentais para a aplicação da tutela antecipada de ofício, haja vista que os magistrados retiram dos mesmos a fundamentação jurídica para a concessão daquela.

Observou-se ainda, que os princípios constitucionais do acesso à justiça, da máxima efetividade constitucional, da interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, da razoável duração do processo, da igualdade processual e da segurança jurídica constituem vetores indispensáveis para que a burocracia processual não reine sobre a instrumentalidade do processo. Especificou-se, que apesar de não ser unânime na doutrina, a tutela antecipada de ofício é medida que se coaduna com os princípios constitucionais, e, que a aplicação dessa tutela sem requerimento da parte, quando presentes o *periculum in mora* e o *fumus bonis iuris*, é decisão que ratifica o entendimento de que a efetividade da prestação jurisdicional não pode ficar a mercê do formalismo burocrático da legislação processual.

No último capítulo, foram examinadas as leis infraconstitucionais que corroboram a possibilidade da aplicação de ofício da tutela antecipada, verificando que o deferimento desta não é um mito no ordenamento jurídico pátrio. De tal modo, nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais notou-se que apesar de não ter nada exposto a respeito da concessão da tutela antecipada de ofício, é perfeitamente possível a sua concessão em atendimento aos princípios da informalidade e da simplicidade que regem todos os trâmites processuais nos juizados, bem como o deferimento do *jus postulandi* ao requerente em certas situações. Na mesma unidade constatou-se, ainda, que com a edição da Lei nº 12.153/09, que criou o Juizado da Fazenda Pública, mais precisamente em seu art. 3º, há disposição expressa acerca da possibilidade da concessão de ofício da antecipação dos efeitos da tutela.

Ainda, no último capítulo, conferiu que o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso trazem disposição normativa quase idêntica nos artigos 84 e 83, respectivamente, expressando a possibilidade da concessão da tutela antecipada de ofício, já que em nenhum desses dispositivos o legislador frisou o requerimento da parte para o seu deferimento. Na análise da Lei nº 7.347/85, que regulamenta a Ação Civil Pública, percebeu-se que os artigos 11 e 12 desta, bem como o entendimento da jurisprudência sobre o assunto, trazem elementos que possibilitam a concessão, pelo magistrado, da tutela antecipada de ofício, viabilizando que os bens jurídicos difusos e coletivos, expressos na lei, sejam preservados de maneira imediata contra as atitudes maléficas do ser humano.

Ante o estudo, observou-se que o Código de Processo Civil, como dito, apesar de prevê no art. 273, *caput*, o pedido da parte como requisito indispensável para a análise da tutela antecipada, ao mesmo tempo expressou em seu § 3º, que na efetivação desta será obedecida os termos do art. 461 daquele diploma processual. Percebeu-se que esse artigo não faz referência ao requerimento da parte para a concessão da tutela específica, de forma que deve o magistrado fazer uma análise de valores dos dois dispositivos mencionados, bem como dos princípios constitucionais estudados, para conceder a tutela antecipada de ofício.

No decorrer da pesquisa restou demonstrado que a legislação infraconstitucional vem sendo editada para que a instrumentalização do processo e a efetividade processual seja uma realidade. Para ratificar isso, foram editadas leis

que dispõem acerca da aplicação da tutela antecipada de ofício, aplicando-a nas ações que envolvam pessoas vulneráveis (Estatuto do Idoso e Código de Defesa do Consumidor), de natureza alimentar (Direito Previdenciário), de menor complexidade (Juizados Especiais), e o envolvimento do interesse público (Ação Civil Pública). Ao mesmo tempo os Tribunais Superiores se posicionam acerca da possibilidade do deferimento daquela, dando ênfase às decisões que abordam a ineficácia do provimento final.

Além disso, evidenciou-se que na legislação previdenciária apesar de não ter normas procedimentais estabelecendo o trâmite da tutela antecipada, os Tribunais, em especialmente os Tribunais Regionais Federais, vem decidindo pelo deferimento de ofício desta, tendo em vista a natureza alimentar da ação e a hipossuficiência, na maioria das vezes, da parte que postula em juízo.

Desta forma, foram alcançados todos os objetivos ora propostos, haja vista os ensinamentos doutrinários e os posicionamentos jurisprudências expendidos acerca da possibilidade da concessão da tutela antecipada de ofício pelo magistrado, como forma de oferecer uma efetiva prestação jurisdicional. Desse modo, para a concretização da pesquisa foi devidamente empregado os métodos histórico-evolutivo e o dedutivo, como métodos de abordagem, partindo de uma análise do desenvolvimento da gênese da tutela antecipada, verificando os seus pressupostos à luz dos princípios constitucionais, no intuito de construir a possibilidade da concessão de ofício deste instituto processual como instrumento de efetividade na tutela jurisdicional. Como técnica de pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, onde se fez um levantamento do material doutrinário e jurisprudencial acerca do tema.

Diante de todos os argumentos expendidos, pode-se concluir que a aplicação da tutela antecipada de ofício como instrumento de efetividade da prestação jurisdicional é perfeitamente possível, quando analisada essa técnica processual à luz dos princípios constitucionais fundamentais, assim como diante do entendimento da jurisprudência e de algumas normas expressas na legislação infraconstitucionais, que permitem aplicação, de ofício, deste instituto processual. Até porque a tutela antecipada está a serviço do jurisdicionado, de forma que não deve o magistrado se omitir no deferimento daquela tutela pelo simples fato de não ter existido

requerimento da parte, pois assim atuando, estaria indo de encontro aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Raimundo dos Reis. **O Acesso à Justiça: Como um Direito Fundamental**. 2007. Disponível em
<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18542/O_Acesso_%C3%A0_Justi%C3%A7a.pdf?sequence=>1>. Acesso em: 19 abr. 2012.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1973.

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

_____. Senado Federal. **Projeto do Novo Código de Processo Civil**. 2012. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 29 fev. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Jurisprudência**. 2012. Disponível em:
<<http://esaj.tjrj.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=2&tpClasse=J>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

_____. Tribunal Regional da 3ª Região. **Jurisprudência**. Disponível em:
<<http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>>. Acesso em: 15 maio 2012.

_____. Tribunal Regional da 5ª Região. **Jurisprudência**. Disponível em:
<<http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 15 maio 2012.

_____. Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Bahia. **Jurisprudência**. 2005. Disponível em:
<http://www.jfba.jus.br/TurmaRecursal/Sessoes/Sessao_54/S54_rn/2004.33.00.762691-0.pdf>. Acesso em: 14 maio 2012.

CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. **Tutela Antecipada na Sentença**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAVALCANTI, Francisca Abrantes Vieira. **Tutela antecipada**. 2006. 52 f. Dissertação (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal de Campina Grande, Sousa, 2006.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Jus Podvim, 2011.

DIDIEIR JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; RAFAEL, Oliveira. **Curso de Direito Processo Civil**. 4.ed. Salvador: Jus Podvim, 2009. v.2.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA, Hylea Maria. **A Tutela Antecipada em Sede de Juizados Especiais Cíveis**. Revista Jurídica da UniFil, Ano IV – nº 4. 2007. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-4.pdf>. Acesso em: 17 de abril de 2012.

FONAJE. **Fórum Nacional de Juizados Especiais**. Enunciados. Disponível em: <http://www.fonaje.org.br/2012/?secao=exibe_secao&id_secao=6>. Acesso em: 17 abr. 2012.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1995.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2010.

SGARIONI JÚNIOR, Luiz Roberto Sgarioni. **Tutela Antecipada no Código de Defesa do Consumidor**. 2003. Disponível em: <<http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/lrsj.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

SCHMIDT JÚNIOR, Roberto Eurico **Tutela Antecipada de Ofício. À Luz do art. 273, I, do Código de Processo Civil**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

LIMA, George Marmelstein. Antecipação de Tutela de Ofício?. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <www.cjf.jus.br/revista/numero19/artigo10.pdf>. Acesso em: 09 out. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.2.

_____. **Antecipação da Tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELO, Álison José Maia; Dias NETO, Pedro Miron de Vasconcelos. **Acesso à Justiça e os Juizados Especiais da Fazenda Pública**: consolidação de uma nova visão teórico- valorativa do processo. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10077>. Acesso em: 17 abr. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Evanna. **A Tutela Antecipada no Processo do Trabalho**. 1999. Disponível em: <<http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan22.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.