POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO *EX OFFICIO* DA TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA

Daniel de Lima Vasconcelos, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, pós-graduado em Processo Civil pela FANESE e Juiz de Direito.

RESUMO: Após alguns anos de vigência do Código de Processo Civil de 1973, a ação cautelar passou a ser utilizada com muita frequência de forma distorcida, a fim de suprir a carência existente na legislação de uma medida capaz de antecipar os efeitos do pedido ainda no curso da lide. Assim, com o propósito de dotar a jurisdição de importante ferramenta processual, o legislador, por intermédio da Lei nº 8.952/1994, introduziu no CPC o *poder geral de antecipação*. A tutela antecipada, por conta da sua finalidade de potencializar a efetividade do processo, possui raízes constitucionais, uma vez que explicita direito fundamental contido na Lei Maior. De acordo com o art. 273 do CPC, existem dois tipos de tutelas antecipadas: a de urgência, prevista no inciso I, e a punitiva, inserta no inciso II. Presentes os pressupostos genéricos e o específico, deve o magistrado conceder a antecipação da tutela, pois não detém discricionariedade em tal caso. Em situações excepcionais, no entanto, estando presentes os pressupostos da tutela antecipada de urgência, deve o juiz conceder mesmo de ofício a medida, com o escopo de garantir a efetividade do processo, não obstante a existência da expressão "a requerimento da parte" no *caput* do art. 273, uma vez que se deve conferir ao instituto uma interpretação condizente com a sua dimensão axiológica, pois se consubstancia em instrumento potencializador do direito fundamental à efetividade do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela antecipada; concessão de ofício pelo juiz; deferimento *ex officio*; efetividade do processo.

ABSTRACT: After the Brazilian Civil Process Code of 1973 (CPC) being in force for some years, the "ação cautelar" (preventive action) became to be used very frequently and in a distorted way, in order to

meet the existent lack in legislation of an instrument capable of anticipating the effects of the request still under dispute. Thus, in order to provide the jurisdiction with an important process instrument, the legislator, through the Law 8.952/1994, has introduced the general power of anticipation into the CPC. The anticipated tutelage, due to its goal to potencialize process effectiveness, has constitutional roots, since it makes explicit the undamental right included in the Charter. According to article 273 of the CPC, there are two types of anticipated tutelages: "urgent": stated in clause I; and "punitive", inserted in clause II. In view of the generic and specific presuppositions, the magistrate must grant anticipation of tutelage, since she or he has no discretionary power in such case. In exceptional circumstances, however, and when the urgent anticipated tutelage's presuppositions are observed, the judge must grant even *ex officio* the action, in view of guaranteeing process effectiveness, notwithstanding the existence of the expression "requerimento da parte" (party's request), in the *caput* of art. 273, since the principle should be given an interpretation which is suitable for its axiological dimension, because it materializes itself as an instrument of the fundamental right to
process effectiveness.

KEYWORDS: Anticipated tutelage; by judje office concession; *ex officio* grand; process effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui o escopo de analisar o instituto da tutela antecipada em cotejo com os princípios e regras que regem os direitos processual e constitucional pátrios, tendo, outrossim, como propósito primordial o de investigar a possibilidade de o juiz conceder *ex officio* tal medida, com fundamento no art. 273, inciso I, do CPC.

Inicialmente, serão feitas algumas considerações acerca dos fatos que ensejaram a inserção no Livro I do Código de Processo Civil da tutela antecipada, bem como do propósito que norteou o legislador quando da edição da Lei nº 8.952/1994, via legal que, ao alterar as

redações dos artigos 273 e 461 do CPC, introduziu no país a referenciada medida para todos os tipos de processos, implementando, assim, o chamado *poder geral de antecipação*.[1]

No decorrer do estudo, discorrer-se-á também sobre o seu caráter de medida potencializadora do direito fundamental à efetividade do processo, bem como examinar-se-ão os pressupostos exigidos pelo art. 273 do CPC para o seu deferimento.

Por fim, após a análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema no país, verificar-se-á a possibilidade ou a inviabilidade de o juiz conceder de ofício a tutela antecipada, à luz do art. 273, inciso I, do CPC.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

O presente trabalho se baseia em estudo de caso e, quanto ao objetivo, é exploratório, uma vez que, já existindo sobre o problema apontado vários estudos, busca-se explicitá-lo, trazendo novas ideias para sua solução. Seu modelo conceitual é bibliográfico, pois se desenvolve exclusivamente através de fontes já elaboradas, conforme referências descritas ao final. A abordagem é qualitativa, porquanto possui como objetivo uma análise interpretativa do fenômeno.

3. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO *EX OFFICIO* DA TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA

3.1 ESCORÇO HISTÓRICO

Após alguns anos de vigência do Código de Processo Civil de 1973, a necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere e capaz de dar maior efetividade ao processo fez com que a ação cautelar, fulcrada no *poder geral de cautela*, fosse utilizada de forma distorcida, eis

[1] DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2, p. 520.

que passou a ser empregada amiúde em situações incompatíveis com a sua natureza de ação instrumental, acessória e assecuratória do bem da vida objeto da ação principal.[2]

Como se sabe, a ação cautelar fora concebida com o propósito de servir à demanda principal, a fim de assegurar a eficácia da pretensão nela vindicada, funcionando, pois, como uma via processual essencialmente instrumental e acauteladora.

Todavia, diante da carência de uma medida capaz de antecipar, em face de uma necessidade premente, os efeitos do pedido vertido na ação principal, passou a via cautelar a ser utilizada com tal escopo, para, desse modo, evitar prejuízo irreparável ou de difícil reparação decorrente do aguardo do trânsito em julgado da respectiva sentença.

Não se pode olvidar, por seu turno, que o emprego da cautelar de cunho satisfativo suscitou frequentes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, mas a inexistência de uma medida legal autorizadora da antecipação da tutela impôs a sua admissão no âmbito forense, em homenagem ao direito à efetividade do processo.

Assim, por força da utilização tecnicamente distorcida da ação cautelar com finalidade nitidamente satisfativa e da necessidade de se instituir uma medida capaz de dotar o processo de maior efetividade, o legislador, por intermédio da reforma processual levada a efeito pela Lei nº 8.952/1994, que introduziu *o poder geral de antecipação, "*teve o objetivo primordial de recolocar as coisas em seus devidos lugares".[3]

Impende salientar, por oportuno, que a introdução *do poder geral de antecipação* no CPC representou, de fato, um grande avanço para a nossa legislação processual, porquanto aparelhou o Estado-juiz de importante ferramenta para o oferecimento de uma prestação jurisdicional mais efetiva e eficaz.

Convém ressaltar, ademais, que antes do advento da Lei nº 8.952/1994 já havia na legislação do país a previsão de tutela antecipada para outras ações, como na de alimentos, no mandado de segurança e nas

---

[2] MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2005, p. 207.

[3] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 296.

possessórias, dentre outras mais, sendo essas últimas, inclusive, insertas no próprio CPC.

No presente trabalho, porém, o estudo será focado na verificação da possibilidade de o juiz conceder *ex officio* a tutela antecipada prevista no inciso I do art. 273 do CPC.

3.2 TUTELA ANTECIPADA COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DO PROCESSO

A tutela antecipada prevista no art. 273 do CPC, conforme restou declinado alhures, fora instituída com a finalidade de tornar a prestação jurisdicional mais efetiva, viabilizando, desse modo, a possibilidade de o julgador ainda no curso da lide antecipar os efeitos de eventual sentença favorável à parte, a fim de evitar que a espera pelo desfecho da demanda cause a essa um dano irreparável ou de difícil reparação.

Vislumbra-se, pois, que a tutela antecipada, ao minimizar os danos decorrentes do tempo de tramitação do processo, melhorou a prestação jurisdicional para a parte, proporcionando a essa, portanto, maior acesso ao direito fundamental à efetividade do processo, albergado nos incisos XXXV, LV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Logo, depreende-se que a tutela antecipada explicita um direito fundamental consagrado na Constituição Federal, possuindo, de fato, raízes constitucionais.

A propósito, merecem transcrição as lições de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini:

> "O princípio da inafastabilidade do controle da jurisdição, de que decorre o direito à prestação da tutela jurisdicional, está hoje formulado expressamente no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.
>
> Por isso é que se afirma, com acerto, que a tutela antecipatória consiste em fenômeno processual de raízes nitidamente constitucionais, já que, para que seja plenamente aplicado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é necessário que a tutela prestada seja efetiva e eficaz.

> A função da tutela antecipatória é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva. A necessidade dessa efetividade é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela."[4]

Por conseguinte, divisa-se que a tutela antecipada encontra-se assentada em direito fundamental de matriz constitucional, uma vez que se consubstancia em importante ferramenta para a efetividade da jurisdição, direito esse insculpido na Lei Maior.

3.3 DA TUTELA ANTECIPADA PREVISTA NO ART. 273, INCISO I, DO CPC

3.3.1 DAS ESPÉCIES DE TUTELAS ANTECIPADAS PRESCRITAS NO ART. 273 DO CPC

Procedendo-se a uma análise do art. 273 do CPC, infere-se que se encontram previstos dois tipos de tutelas antecipadas, quais sejam: a "tutela antecipada de urgência", disposta no inciso I, e a "tutela antecipada punitiva", inserta no inciso II.[5]

Existe, ainda, no §6º do referido art. 273 a "tutela antecipada para julgamento antecipado parcial da lide"; porém, conforme bem salienta Cassio Scarpinella Bueno, não se trata propriamente de tutela antecipada, mas, de fato, de "julgamento antecipado *parcial* da lide com reconhecimento de efeitos imediatos ao que já foi julgado".[6]

O presente trabalho, contudo, consoante já restou asseverado, terá como objeto de estudo a "tutela antecipada de urgência", delineada no inciso I do art. 273 do CPC.

---

[4] WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 3ª edição. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 351.
[5] BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 52.
[6] BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 53.

3.3.2 DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA PREVISTA NO ART. 273, I, DO CPC

Seja qual for a espécie de tutela antecipada, a de urgência (art. 273, I) ou a punitiva (art. 273, II), são exigidos para a respectiva concessão dois **pressupostos genéricos positivos**, *a prova inequívoca* e *a verosimilhança da alegação*, e um **pressuposto genérico negativo**: *a ausência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*. Os pressupostos genéricos positivos encontram-se previstos no *caput* do art. 273 do CPC, ao passo em que o pressuposto genérico negativo está disciplinado no §2º do citado artigo.

No entanto, para o deferimento da tutela antecipada de urgência, estabelece o inciso I do art. 273 um **pressuposto específico**, qual seja, *o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*.

Cumpre, pois, examinar cada um dos pressupostos exigidos pelo CPC para a concessão da tutela antecipada de urgência.

Segundo o *caput* do art. 273 do CPC, os efeitos da tutela pretendida podem ser antecipados, desde que, existindo prova inequívoca, se convença o juiz da verossimilhança da alegação.

No tocante ao primeiro pressuposto genérico positivo, *a prova inequívoca*, depreende-se que o CPC não reclama para a sua presença nos autos a demonstração de evidência irrefutável do fato articulado, o que somente revela-se viável após uma cognição exauriente, mas, sim, a existência de uma prova que autorize o magistrado a concluir que, à luz do estágio processual, mostra-se bastante provável a ocorrência do fato apontado pela parte. "Trata-se de prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária."[7]

Convém salientar, outrossim, que a exigência de prova cabal para a presença de tal pressuposto afigura-se incompatível com a natureza do instituto, eis que a tutela antecipada é examinada pelo juiz, em regra,

---

[7] DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2, p. 538.

mediante cognição sumária, durante o curso da instrução, e não após uma cognição exauriente. Logo, para a sua demonstração basta apenas a presença da probabilidade da existência dos fatos articulados pela parte.

A prova inequívoca, ademais, pode ser demonstrada por todos os meios probatórios admitidos pela legislação e, até mesmo, por intermédio de depoimentos testemunhais colhidos em audiência de justificação, que pode ser designada pelo magistrado antes de apreciar o cabimento da tutela antecipada.[8]

Havendo prova inequívoca, compete, também, ao juiz verificar o segundo pressuposto genérico positivo, ou seja, *a verossimilhança da alegação*, que nada mais é do que a plausibilidade da matéria aduzida pela parte. Tal pressuposto, impende repisar, encontra-se presente quando se puder divisar que "o fato jurídico conduz à solução e aos efeitos que o autor pretende alcançar na sua investida jurisdicional. 'Que o Direito lhe socorre', como é comum ouvir por aí."[9]

Assim, revelando-se plausível a alegação veiculada pela parte, afigura-se, portanto, demonstrado o pressuposto genérico positivo em questão.

Os pressupostos genéricos positivos da tutela antecipada, todavia, não se confundem com o *fumus boni iuris* (a fumaça do bom direito), que se consubstancia em pressuposto da tutela cautelar. Para a presença daqueles nos autos não basta tão-somente a plausibilidade da alegação da parte, conforme exige esse, mas, também, a verossimilhança fundada em prova, consoante leciona José Roberto dos Santos Bedaque:

> "A concessão de cautelar geral dependeria apenas da verossimilhança dos fatos alegados pelo autor, ainda que inexistente prova a respeito. Já para obter antecipação da tutela, necessário que o requerente instrua o pedido com elemento probatório suficiente para a formação do convencimento do julgador."[10]

---

[8] MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2005, p. 209.

[9] BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 38.

[10] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 342.

No concernente ao pressuposto genérico negativo, *a ausência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*, depreende-se que consiste na possibilidade de, em sendo deferida a tutela antecipada e, posteriormente, advindo decisão revogadora, seja possível retornar-se à situação anterior a sua concessão. Isto é, exige o §2º do art. 273 do CPC, para a concessão de tutela antecipada, a possibilidade de se retornar ao *status quo ante* na hipótese de ser a medida posteriormente cassada.

Teve o legislador em mira, ao instituir o referenciado pressuposto genérico negativo, o escopo de evitar que uma decisão prolatada à luz de um juízo de cognição sumária pudesse causar um dano irreversível à parte que a ela fora submetida, diante da possibilidade de sua revogação durante o curso da lide.

Sucede, porém, que a exigência do pressuposto em análise para a concessão da tutela antecipada de urgência não possui caráter absoluto, tendo em vista que deve ser relativizada em determinadas situações, a fim de se preservar a utilidade do instituto, conforme salientam Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga:

> "em muitos casos, mesmo sendo irreversível a tutela antecipatória – ex.: cirurgia em paciente terminal, despoluição em 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 consequências irreversíveis para o requerente. Nesse contexto, existe, pois, *o perigo de irreversibilidade decorrente da não concessão da medida*. Não conceder a tutela antecipada para a efetivação do direito à saúde pode, por exemplo, muita vez, implicar a consequência irreversível da morte do demandante."[11]

[11] DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2, p. 543.

Em tais hipóteses, vislumbra-se nitidamente um choque entre dois direitos fundamentais, o da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica, devendo, pois, o julgador empregar o princípio da proporcionalidade para sopesar os direitos em conflito e, desse modo, favorecer o que, no caso concreto, revelar-se prevalente.[12]

De outro lado, dessume-se que a mitigação do pressuposto genérico negativo em tela somente se mostra cabível quando se tratar da tutela antecipada de urgência, a qual tem como pressuposto específico *o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*.[13]

Feita a análise dos pressupostos genéricos da tutela antecipada, deve-se, doravante, examinar o pressuposto específico da tutela antecipada de urgência, inserto no inciso I do art. 273 do CPC.

Ao contrário do que acontece entre a prova inequívoca que leva à verossimilhança da alegação, pressupostos genéricos positivos da tutela antecipada, e o *fumus boni iuris*, pressuposto da tutela cautelar, o pressuposto específico da tutela antecipada de urgência pode ser comparado ao *periculum in mora*, também pressuposto da tutela cautelar, em face da semelhança existente entre ambos.[14]

Segundo o inciso I do art. 273 do CPC, a tutela antecipada de urgência pode ser concedida quando, presentes os pressupostos genéricos, houver *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*. A exemplo do que ocorre com *o periculum in mora* da tutela cautelar, que também possui a natureza de requisito de urgência, o pressuposto específico em exame exige para a sua caracterização a **necessidade premente** de concessão da medida vindicada ainda no curso da lide.

Com efeito, demonstrando a parte que a ausência de antecipação dos efeitos da tutela acarretará para ela um prejuízo irreparável ou de difícil reparação acaso se aguarde a produção de efeitos da provável sentença favorável, restará, pois, evidenciada a presença do pressuposto específico da tutela de urgência.

---

[12] DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil.* Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2, p. 544.

[13] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).* 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 356.

[14] BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada.* 2ª edição. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 42.

Um exemplo que pode muito bem ilustrar a presença no requerimento da parte do pressuposto específico da tutela de urgência é o do caso em que o autor, litigando com plano de saúde para que esse custeie operação de natureza urgente, não puder aguardar o trânsito em julgado da provável sentença condenatória, sob pena de já se encontrar morto quando isso ocorrer.[15]

Trocando em miúdos, para a presença do pressuposto específico da tutela de urgência basta encontrar-se caracterizado que, em sendo negada a medida, a sentença a ser futuramente proferida terá a sua eficácia bastante reduzida.[16]

Faz-se mister salientar, por oportuno, que a tutela antecipada de urgência pode ser concedida a qualquer tempo, inclusive antes da citação do requerido e, até mesmo, no âmbito recursal, desde que estejam presentes os seus pressupostos.[17]

Ademais, outra questão que se afigura importante mencionar é a de que, encontrando-se presentes os pressupostos legais da tutela de urgência, não pode o julgador se recusar a concedê-la, porquanto inexiste margem de discricionariedade em tal situação, consoante assevera Alexandre Freitas Câmara:

> "Há que se afirmar, porém, que inexiste aqui qualquer discricionariedade judicial, sendo dever do juiz conceder a tutela antecipatória nos casos em que se façam presentes os requisitos de sua concessão".[18]

Logo, encontrando-se demonstrados os pressupostos genéricos e o pressuposto específico da tutela antecipada de urgência, *deve* o magistrado conceder a medida.

---

[15] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).* 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 348.
[16] BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada.* 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 43.
[17] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).* 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 373.
[18] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 446.

3.4 DA DESNECESSIDADE DE PEDIDO ESPECÍFICO PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA EM DETERMINADOS CASOS

3.4.1. DA RAZÃO PARA A EXISTÊNCIA DA EXPRESSÃO "A REQUERIMENTO DA PARTE" NO CAPUT DO ART. 273 DO CPC

A expressão "a requerimento da parte", constante do *caput* do art. 273 do CPC, foi alvo de severas críticas proferidas por uma parcela da doutrina, ao passo em que outra parte louvou tal iniciativa do legislador.[19]

Com efeito, conforme denota o *caput* do referido artigo, teve o legislador, ao inserir tal expressão, o propósito de deixar ao talante da parte a iniciativa de viabilizar a antecipação dos efeitos da tutela no feito.

No entanto, a razão pela qual o legislador optou por inscrever a referenciada expressão é um dado que se revela importante para se encontrar a resposta para a pergunta que se consubstancia no objeto do presente estudo.

Segundo a legislação pátria, o cumprimento da tutela antecipada ocorre sob responsabilidade objetiva da parte que é sua beneficiária, a qual deverá arcar com o ônus de reparar os prejuízos suportados pela parte *ex adversa* na hipótese de posterior revogação da medida, consoante lecionam Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga:

> "A efetivação da tutela antecipada dá-se sob a responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for reformada a decisão. Assim, concedida *ex officio*, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos, se a decisão fosse revista?

[19] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 446.

> A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a concessão, exatamente porque, assim, conscientemente se coloca em uma situação em que assume o risco de ter de indenizar a outra parte, se restar vencida no processo."[20]

Em sendo assim, vislumbra-se que o escopo do legislador, ao deixar ao crivo da parte a concessão da tutela antecipada, fora o de facultar a essa a assunção do risco pelo cumprimento da medida, que a mesma assumisse expressamente a responsabilidade decorrente da antecipação dos efeitos da tutela pretendida.[21]

No tocante à legitimidade para requerer a tutela antecipada, questão também relevante, infere-se que não apenas ao autor compete a formulação de tal pedido, uma vez que o próprio *caput* do art. 273 do CPC alude à "parte", não excluindo, assim, a possibilidade de o réu postulá-la em seu favor.

Com relação ao réu, todavia, poderá requerer a tutela antecipada quando formular pedido contraposto; quando reconvir; em ações de natureza dúplice e, inclusive, ao apresentar contestação, ainda que não se trate de ação dúplice.[22]

Quanto aos terceiros intervenientes, constata-se que podem requerer a tutela antecipada, desde que, a partir da intervenção, atuem no feito na qualidade de partes. "Até mesmo o assistente simples pode fazê-lo, condicionando-se, entretanto, à vontade do assistido, que pode não querer, por qualquer motivo, a decisão antecipatória".[23]

No que tange ao Ministério Público, infere-se que pode formular o pedido de tutela antecipada na qualidade de parte, bem como, em

---

[20] DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2, p. 556.
[21] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, págs. 446/447.
[22] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 362.
[23] DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2, p. 552.

determinadas situações, quando atuar como fiscal da lei, como leciona, com a propriedade que lhe é peculiar, Cassio Scarpinella Bueno:

> "Pensar diferente não é somente apequenar o Ministério Público e seus misteres constitucionais; é muito mais que isso. É apequenar a função social do processo e o interesse do próprio Estado – imposto pela própria Constituição Federal - em que ele, o processo, seja eficaz, em que ele produza os efeitos que devem surtir em prol daquele que, procedimentalmente, apresenta-se com 'melhor direito' do que o outro."[24]

Por conseguinte, verifica-se que, em situações nas quais a eficácia do processo reste comprometida, afigura-se lícito ao Ministério Público, quando atuar como *custus legis*, requerer a tutela antecipada, desde que tal pleito esteja de acordo com os interesses motivadores da sua intervenção na demanda.

3.4.2. DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO *EX OFFICIO* DA TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA

Feitas as considerações a respeito dos fatos que ensejaram a inserção no CPC *do poder geral de antecipação*, da tutela antecipada como corolário do direito fundamental à efetividade do processo, dos pressupostos exigidos para a sua concessão, bem como da razão que motivou o legislador a incluir a expressão "a requerimento da parte" no *caput* do art. 273 do CPC, deve-se, finalmente, examinar a possibilidade de concessão *ex officio* da tutela antecipada de urgência.

Em relação ao presente tema, vislumbra-se que a corrente majoritária posiciona-se no sentido da impossibilidade da concessão de ofício da tutela antecipada, a exemplo de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini[25]; Fredie Didier Jr., Rafael

---

[24] BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48.
[25] WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 3ª edição. São Paulo: RT, 2000, v. 1, págs. 355/356.

Oliveira e Paula Sarno Braga[26]; Humberto Theodoro Júnior[27]; Ernane Fidélis dos Santos[28], Alexandre Freitas Câmara[29], Daniel Amorim Assumpção Neves[30], dentre outros processualistas de escol.

No entanto, a despeito do entendimento abraçado pelos referidos mestres, verifica-se que não se pode atribuir à expressão "a requerimento da parte", inserta no *caput* do art. 273 do CPC, uma interpretação de caráter absoluto.

Com efeito, levando-se em consideração a finalidade que norteou o legislador ao instituir o *poder geral de antecipação*, que fora a de dotar a jurisdição de maior efetividade, as raízes constitucionais da tutela antecipada, a qual, de fato, explicita o direito fundamental à efetividade do processo, depreende-se que o referido instituto deve ser examinado à luz de uma exegese constitucional, sistemática e teleológica, a fim de conferir-lhe uma interpretação condizente com a sua dimensão axiológica, como pontificou Roberto Eurico Schmidit Junior:

> "Mas, como é sabido, o método gramatical não é, no mais das vezes, por si só suficiente para a adequada aplicação do direito, embora toda e qualquer interpretação, como é evidente, não o dispense. A par da interpretação gramatical, siga-se a interpretação lógica e, sobretudo, sistemática.
> (...)
> Basta socorrermo-nos de uma interpretação teleológica para que possamos chegar à conclusão adequada. Assim temos que é indiscutível que as normas guardam um propósito. Resta verificar

---

[26] DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual Civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2, págs. 555/556.
[27] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, Vol. I, p. 370.
[28] DOS SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, Vol. 1, p. 327.
[29] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 446.
[30] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz, preclusão pro judicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 207.

> que propósitos podemos aceitar e quais propósitos devemos rejeitar."[31]

Acerca do emprego da interpretação teleológica, merecem transcrição os seguintes ensinamentos de Maria Helena Diniz:

> "O intérprete-aplicador poderá: a) concluir que um caso que se enquadra na lei não deverá por ela ser regido porque não está dentro de sua razão, não atendendo à finalidade social; e b) aplicar a norma a hipóteses fáticas não contempladas pela letra da lei, mas nela incluídas, por atender a seus fins. Consequentemente, fácil será perceber que um comando legal não deverá ser interpretado fora do meio social presente; imprescindível será adaptá-lo às necessidades sociais existentes no momento de sua aplicação. Essa diversa apreciação e projeção no meio social, em razão da ação do tempo, não está a adulterar a lei, que continua a mesma".[32]

Deve-se, pois, extrair do caput do art. 273 a interpretação que proporcione ao instituto da tutela antecipada de urgência uma exegese compatível com a sua finalidade constitucional, que é a de explicitar o direito fundamental à efetividade do processo.

Pois bem. Ao se analisar a tutela antecipada de urgência sob um prisma constitucional, teleológico e sistemático, pode-se concluir que, em situações excepcionais, mostra-se lícito ao julgador conceder a medida *ex officio*, com o fito de garantir a efetividade do processo, direito fundamental que, como já restou asseverado, inspirou o legislador ao conceber o instituto em exame.

Não se pode admitir que, em determinados casos, a efetividade do processo pereça por conta da ausência do requerimento da tutela

---

[31] SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. *Tutela antecipada de ofício, à luz do art. 273, I, do código de processo civil.* Curitiba: Juruá, 2007, p. 87.

[32] DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada.* São Paulo: Saraiva, 1994, p. 161.

antecipada de urgência, sob pena de não se observar o referenciado direito fundamental, além de outros como, a depender do caso, o da dignidade da pessoa humana, o direito à vida etc. Ademais, não pode o juiz se comportar como um mero espectador e deixar que a efetividade do feito se esvaia diante de seus olhos pela falta do requerimento em tela.

Suponha-se, a propósito, o caso do autor, gravemente enfermo, que demanda plano de saúde para que custeie cirurgia reputada urgente, mas que surpreendentemente deixa de requerer a tutela antecipada. Na espécie, embora se trate de uma hipótese remota, mas possível, caso não seja concedida a medida de urgência a sentença seguramente será de nenhuma utilidade se houver a procedência do pedido, diante da altíssima probabilidade de o demandante já se encontrar morto quando do trânsito em julgado da respectiva decisão.

Ora, na situação descrita não se pode conceber que o magistrado encontra-se impossibilitado de deferir, de ofício, a tutela antecipada de urgência, sob pena de se sacrificar o princípio fundamental da efetividade do processo, bem como outros, também de matriz constitucional, como o da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Em sendo assim, afigura-se plausível a concessão da tutela antecipada de urgência de ofício em casos excepcionais, quando o juiz vislumbrar nitidamente que o indeferimento da medida comprometerá a própria efetividade do processo, conforme assevera José Roberto dos Santos Bedaque:

> "Não se podem excluir, todavia, situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade da antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança. Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação *ex officio* do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo."[33]

[33] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 385.

Comunga de entendimento similar Cassio Scarpinella Bueno:

> "À luz de uma visão constitucional do processo, parece que a resposta mais afinada ao que procurei desenvolver no item 1, no entanto, é, diferentemente, *positiva*. Se o juiz vê, diante de si, tudo o que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada menos o pedido, quiçá porque o advogado é ruim ou irresponsável, não será isso que o impedirá de realizar o valor 'efetividade', sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar a necessidade de tutela jurisdicional urgente (art. 273, I). Se não houver tanta pressa assim, sempre me pareceu possível e desejável que o juiz determine a emenda da inicial, dando interpretação ampla ao art. 284. Não que um não-pedido de tutela antecipada enseje a rejeição da inicial; evidentemente que não. É que é essa uma porta que o sistema dá para que a postulação jurisdicional inicial seja apta no sentido de produzir seus regulares efeitos."[34]

No âmbito jurisprudencial, não obstante a existência de inúmeros julgados reconhecendo a impossibilidade absoluta de concessão da tutela antecipada de ofício[35], tem ganhado corpo a corrente que entende cabível a sua concessão *ex officio* em determinadas hipóteses, consoante denotam os seguintes arestos:

> "'as leis devem ser interpretadas em conformidade com a CF, e a norma insculpida no art. 273 do CPC não foge à regra'. Com efeito, diante da verossimilhança da alegação do apelado (consubstanciada pelo laudo pericial de fls. 70/71

[34] BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.
[35] **TJDFT** - Apelação Cível nº 20050110406574 (247466) - 2ª Turma Cível - Rel. Waldir Leôncio Júnior - DJU 22.06.2006; **TJMS** - Agravo nº 2007.003296-7/0000-00 - 1ª Turma Cível - Rel. Josué de Oliveira - j. 10.07.2007; **TJPE** - Agravo de Instrumento nº 0063084-6 - 8ª Câmara Cível - Rel. Ricardo de Oliveira Paes Barreto - DOE 20.04.2007.

> e 99/100) e do risco de dano irreparável que lhe possa causar a demora na prestação jurisdicional (a visão do seu olho direito é apenas de percepção luminosa, sendo considerado para fins legais como cego, ao passo que o olho esquerdo apresenta perda progressiva da visão, pelo que necessita de urgente cirurgia), é lícito ao julgador conceder, ainda que de ofício, e excepcionalmente, a antecipação dos efeitos da tutela vindicada, a fim de garantir que a tutela jurisdicional pretendida seja eficaz." (TRF da 2ª Região - Apelação Cível nº 359319/RJ (1996.51.02.030291-9) - 5ª Turma Especial - Rela. Vera Lúcia Lima - DJU 01.08.2006)

> "Em matéria de Direito Previdenciário, presentes os requisitos legais à concessão do benefício do art. 203, 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 art. 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)." (TRF da 3ª Região - Apelação Cível nº 1004474/SP (2005.03.99.005064-2) - 7ª Turma - Rel. Juiz Walter do Amaral - DJU 06.10.2005)

Para a corrente que entende ser inviável a concessão de ofício da tutela antecipada, o seu deferimento em tal situação viola o princípio dispositivo e impõe à parte beneficiária a responsabilidade objetiva pelo cumprimento da medida, sem ter havido, contudo, pedido expresso nesse sentido.

Com efeito, no tocante à suposta ofensa ao princípio dispositivo, não se afigura presente em tal hipótese a sua violação, uma vez que o juiz estará antecipando os efeitos da pretensão que já fora formulada pela parte ao Judiciário, estando, pois, o magistrado "proferindo decisão nos limites do pedido".36

Em relação às responsabilidades do beneficiário pelo cumprimento da tutela antecipada concedida de ofício, infere-se que há situações em que os valores em jogo autorizam o magistrado a decidir *ex officio*, como no exemplo anteriormente citado, no qual o indeferimento da medida provavelmente acarretaria o óbito precoce do autor, ao passo em que o deferimento e a sua posterior revogação ensejaria apenas o ressarcimento de danos materiais.

Outro exemplo interessante consubstancia-se no do autor que ingressa com uma ação, sem, todavia, requerer a tutela antecipada, pleiteando o direito de participar da segunda fase de um concurso público, alegando, pois, em seu favor que fora reprovado na primeira fase por apenas uma questão da prova objetiva, a qual aduz ser nula, por não se encontrar no programa do edital. Nessa hipótese, também remota, mas possível, o indeferimento da tutela tornará ineficaz a eventual sentença procedente, eis que, quando do seu trânsito em julgado, a segunda fase do certame já terá ocorrido. No entanto, o deferimento da medida e a sua posterior revogação não ensejará ao beneficiário qualquer dano decorrente da responsabilidade objetiva pelo cumprimento da tutela antecipada.

Deve-se lançar mão, na espécie, do mesmo raciocínio empregado para se mitigar a aplicação do §2º do art. 273, ou seja, utilizar o princípio da proporcionalidade para sopesar os interesses em conflito, permitindo ao juiz, por seu turno, que deixe prevalecer, no caso concreto, o que se revelar de maior envergadura.

Outrossim, poderá o magistrado, a depender do caso, condicionar a produção dos efeitos da tutela antecipada concedida de ofício a um

---

[36] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).* 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 385.
[37] SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. *Tutela antecipada de ofício, à luz do art. 273, I, do código de processo civil.* Curitiba: Juruá, 2007, p. 95.

ato da parte, a exemplo de quando exige a prestação de caução, que pode ser simplesmente o oferecimento de expressa chancela à decisão. Em tal hipótese, impende frisar, restarão superados todos os óbices para a concessão da medida.

De outro lado, como a expressão "a requerimento da parte" fora instituída em função do beneficiário da tutela antecipada, depreende-se que carece a parte adversária de legitimidade para impugnar a medida pelo simples fato de haver sido concedida de ofício. Concedida a tutela antecipada *ex officio*, somente a parte que dela se beneficia pode impugnar a decisão sob a alegação de ausência do seu requerimento.

Por fim, faz-se mister salientar que existe o entendimento de que a tutela antecipada somente pode ser concedida de ofício quando a parte beneficiária estiver postulando direito indisponível37. Divisa-se, contudo, que não somente nesse caso poderá a medida em exame ser deferida *ex officio*, mas, também, quando se invocar direito disponível, como no exemplo do candidato que ingressa com ação pretendendo participar da segunda fase do certame, o qual fora mencionado anteriormente.

4. CONCLUSÃO

Conforme restou salientado no presente estudo, verificou-se que, após alguns anos de vigência do CPC de 1973, a ação cautelar inominada, *fundada no poder geral de cautela*, passou a ser frequentemente manejada de forma incompatível com a sua natureza de demanda instrumental e assecuratória, diante da carência na legislação de uma medida capaz de antecipar os efeitos da tutela vindicada ainda no curso da lide.

Outrossim, por conta do uso tecnicamente inadequado da ação cautelar, que passou a ser admitido pela jurisprudência em face da ausência de via processual hábil, constatou-se que o legislador, por intermédio da Lei nº 8.952/1994, ao alterar as redações dos artigos 273 e 461, introduziu no CPC o *poder geral de antecipação*, com o nítido propósito de dotar a jurisdição de importante instrumento para assegurar a efetividade do processo, bem como de reposicionar as coisas em seus devidos lugares.

Divisou-se, ademais, que o instituto em exame, ao viabilizar a antecipação dos efeitos da tutela postulada ainda no curso da demanda, melhorou sobremaneira a prestação jurisdicional para a parte, proporcionando a essa, não se pode negar, maior acesso ao direito fundamental à efetividade do processo, resultando, pois, evidenciada a sua raiz constitucional.

De outro lado, inferiu-se que, presentes os pressupostos genéricos e o específico da tutela de urgência, insculpido no inciso I do art. 273 do CPC, o seu deferimento afigura-se um dever para o juiz, diante da ausência de discricionariedade em tal situação.

No tocante à razão para a existência da expressão "a requerimento da parte" no *caput* do art. 273 do CPC, vislumbrou-se que o legislador, ao assim agir, teve o escopo de atribuir à parte a iniciativa de assumir os riscos decorrentes do cumprimento da tutela antecipada pelos danos advindos de sua execução, em decorrência da responsabilidade objetiva que, na espécie, fica a cargo do respectivo beneficiário.

Ao se adentrar no tema central do presente estudo, a possibilidade de o juiz conceder de ofício a tutela antecipada de urgência, viu-se que a corrente majoritária, da qual fazem parte diversos processualistas de escol, entende ser inadmissível a sua concessão em tal hipótese.

Todavia, por ser a tutela antecipada de urgência uma importante ferramenta para a efetividade do processo, consubstanciando-se, de fato, em uma medida potencializadora do aludido direito fundamental, constatou-se que o instituto em questão deve ser examinado à luz de uma exegese constitucional, sistemática e teleológica, a fim de lhe conferir uma interpretação condizente com a sua dimensão axiológica.

Assim, divisou-se que não se pode atribuir à expressão "a requerimento da parte", contida no *caput* do art. 273 do CPC, uma interpretação de caráter absoluto, que não admita em hipótese alguma a concessão da medida de ofício pelo juiz, sob pena de se conceder ao instituto uma exegese incompatível com a sua finalidade no sistema processual.

Com efeito, como restou demonstrado, inclusive nos exemplos citados, ao se analisar a tutela antecipada de urgência sob um prisma constitucional, teleológico e sistemático, pôde-se concluir que, em situações excepcionais, mostra-se lícita a sua concessão *ex officio*, com o

propósito de se garantir a efetividade do processo, direito fundamental que, como já restou asseverado, inspirou o legislador ao inseri-la no Código de Ritos.

Por fim, fora demonstrado que, não obstante a opinião majoritária acerca do presente tema, a qual não admite a concessão da tutela antecipada de ofício, vem ganhando corpo, sobretudo na jurisprudência, a tese que entende possível o seu deferimento *ex officio* em determinados casos, com o fito de se garantir a efetividade do processo, à luz de uma interpretação constitucional do instituto.

5. REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).* 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DOS SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, Vol. 1.

MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª edição. São Paulo: RT, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões Para o Juiz, Preclusão Pro Judicato e Preclusão Judicial no Processo Civil*. São Paulo: Editora Método, 2004.

SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. *Tutela Antecipada De Ofício, À Luz do Art. 273, I, do Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, Vol. I.