
DO FUNDAMENTO PRINCIPOLÓGICO PARA A CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA “EX OFFICIO” EM PROCESSOS PREVIDENCIÁRIOS

Anderson de Azevedo¹

João Alves Dias Filho²

RESUMO

O artigo pretende, sob a perspectiva principiológica, discorrer sobre o problema da possibilidade de concessão de tutela provisória de urgência *ex officio* nos processos de natureza previdenciária. Inicialmente, coteja-se sobre o caráter proativo e intervencionista do magistrado no processo civil brasileiro, destacando-se que os poderes do juiz, ao longo da jornada evolutiva do sistema processual foram sendo ampliados na medida da necessidade de promoção de direitos sociais fundamentais, tal como se percebe da evolução própria do direito previdenciário no Brasil. Em seguida, descortina-se o aspecto principiológico, apontando-se para uma interface entre o sistema normativo processual e previdenciário, ressaltando-se princípios orientadores da atividade do magistrado nessas esferas normativas sobrepostas nos litígios de natureza previdenciária. O artigo evolui para a apresentação de uma solução para a antinomia axiológica que se formará, inevitavelmente, quando o magistrado se deparar com o dilema de conceder ou não o provimento, sob luzes de postulados que o impulsionam nesse sentido e de outros que o refreiam. É nesse momento, sob a égide da proporcionalidade, que os pressupostos fático-jurídicos da desigualdade processual, da natureza tutelar do provimento e da urgência qualificada se apresentam, no plano concreto, como definidores da tomada de posição do magistrado. A conclusão é de que a possibilidade de concessão da tutela provisória de urgência *ex officio* nos processos previdenciários é uma realidade normativa orientada pela instrumentalidade e pelo publicismo processual, próprios do sistema processual atual.

280

Palavras-chave: tutela provisória de urgência; *ex officio*; processos previdenciários.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A tutela provisória de urgência, como técnica de efetivação de direitos, experimentou, ao longo de décadas de desenvolvimento do direito processual civil brasileiro, uma significativa reestruturação sistemática que, ao final, com a edição do Código de Processo Civil de 2015, acabou unificada em um único regime jurídico, abrangendo tanto as tutelas de natureza

¹ Doutor em direito processual civil (USP), mestre em direito negocial (UEL), especialista em filosofia política e jurídica (UEL), advogado civilista em Londrina-PR, e professor de História do Direito, Direito Processual e Direito do Consumidor, no Centro Universitário Filadélfia de Londrina, no Paraná.

² Professor e advogado, Especialista em Direito Aplicado (EMAP). Pós-graduado em Direito Empresarial (UEL). Pós-graduado em Direito Previdenciário (UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.



conservativa como as de natureza satisfativa, abolindo-se, em definitivo, a autonomia das ações cautelares, antes prevista no Código de Processo Civil de 1973.

O estudo dessa técnica, não raras vezes, é associado ao tema dos limites dos poderes o juiz no processo e, nesse passo, descortina-se, entre tantas outras polêmicas, a discussão sobre a possibilidade de concessão da tutela provisória de urgência *ex officio*, ou seja, do magistrado conceder uma medida (de caráter conservativo ou satisfativo), ainda que precária, sem que a parte lhe tenha dirigido formalmente o pedido nesse sentido. Ora, se a tutela provisória de urgência *ex officio* é expressão de um atuar jurisdicional em favor do jurisdicionado, é preciso avaliar a existência de limites para o exercício dos poderes do juiz.

Como já se tem defendido, essa possibilidade, ainda que em situações excepcionais, depende da verificação de determinados pressupostos (subjetivo, objetivo e temporal), como forma de garantir a integridade dos postulados do processo civil brasileiro. E nesse quadro específico, faz-se um corte nos conflitos previdenciários, que evidenciam de modo muito contundente as condições habilitadoras para a promoção de tal medida.

Com efeito, acolher a possibilidade de efetivação de direitos previdenciários em favor dos segurados e dependentes da previdência social por intermédio de um intervencionismo proativo do magistrado no processo previdenciário não significa necessariamente conceder ao Poder Judiciário um cheque em branco. O arbítrio judicial comprometeria a legitimidade do provimento enquanto expressão do poder do Estado Democrático de Direito. O juiz, ao conceder a tutela provisória de urgência *ex officio*, não exercerá poder arbitrário, mas vinculado aos ditames do ordenamento constitucional e processual, desde que reservado à observância de determinados pressupostos, além dos requisitos legais previstos na lei processual (particularmente do art. 300 do CPC), sob a égide metodológica da instrumentalidade do processo e dogmática do acesso à justiça, atendendo, outrossim, às condições particulares e excepcionais que envolvem as partes conflitantes (segurado e INSS).

Com efeito, o art. 300 do CPC, quando estabelece os requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência, evidencia apenas um ponto de partida para a atuação interventiva do magistrado. Com efeito, essa modalidade de medida será concedida somente quando se verificar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco do resultado útil do processo (art. 300, caput). As expressões consagram os verbetes latinos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, sacramentada na doutrina processual desde o século passado. Contudo, tais requisitos legais quando identificados à luz de pressupostos metodológicos e fático-jurídicos específicos, suscitam ao magistrado, ainda que de modo atípico, o poder de conceder provimento de



urgência sem que tenha sido especificamente provocado nesse sentido. Obviamente, por tratar-se de medida excepcional, a concessão de tutelas provisórias de urgência *ex officio* deverá levar em consideração determinadas condições fáticas anormais que envolvam o litígio e, ainda, aspectos jurídicos particulares.

O debate, portanto, extrapola a mera interpretação de um dispositivo ou de um conjunto de regras processuais e avança para uma análise do próprio sistema brasileiro de solução de conflitos a partir dos sistemas jurídicos constitucional, processual (e aqui, no caso, também previdenciário), em um diálogo permanente de fontes, coordenados por valores sedimentados ao longo de um processo histórico-evolutivo de constantes rupturas e reedificações.

Vale ressaltar, à título conclusivo desse prolegômeno, que defender a possibilidade de o juiz conceder uma tutela provisória de urgência *ex officio* significa, em certa medida, privilegiar determinados valores ou princípios processuais (acesso à justiça, duração razoável do processo, igualdade material e efetividade processual) em detrimento de outros (notadamente, o princípio do contraditório do juiz com as partes e a vedação das decisões-surpresa), o que envolve uma relação entre hermenêutica processual, filosofia do direito e pragmática judicial, por intermédio de juízos de proporcionalidade, naturalmente casuísticos.

282

Portanto, não obstante a complexidade e a riqueza do debate dogmático que o dilema representa, importa considerar também que os fatores determinantes e justificadores para a concessão do provimento, ao fim e ao cabo, tomarão como referência o jurisdicionado em uma situação pessoal concretamente considerada. De modo mais explícito e específico o magistrado, mobilizado por antecedentes necessários e imbuído de poder (cuja amplitude deve ser compreendida a partir dos referenciais histórico-sistêmicos de seu tempo), se apoia em circunstâncias excepcionais, específicas e circunstancialmente identificadas no caso concreto para concessão de provimento de caráter provisório de urgência que não lhe foi requerido.

A medida, portanto, é possível de ser concedida (sempre em caráter excepcional) porque: a um turno, é uma derivação da evolução histórica da atividade jurisdicional, do processo civil brasileiro e das tutelas provisórias (enquanto instrumentos de efetivação de direitos); em segundo lugar, porque se projeta como um consequente necessário do processo de subsunção de aspectos fáticos e casuísticos aos requisitos legais previstos no Código de Processo Civil de 2015 para a concessão do provimento de urgência, sob o viés da instrumentalidade e do publicismo processual, aplicáveis no âmbito dos conflitos previdenciários.



2 O DIREITO PREVIDENCIÁRIO E AS INTERFACES COM O DIREITO PROCESSUAL EM UMA PERSPECTIVA EVOLUTIVA

O direito previdenciário se manifesta, no ordenamento de um modo geral, como um microsistema que expressa os valores do Estado Social e do intervencionismo estatal.

Esse ramo do conhecimento jurídico, enquanto disciplina normativa, teve o seu marco inicial com a instituição do seguro-doença na Alemanha de Otto von Bismarck, em 1883, seguido do seguro por acidente de trabalho (1884), o seguro de invalidez (1889) e o de velhice (1889). Trata-se do início da previdência social no mundo³ e, conseqüentemente, do estágio exordial do processo de formação desse ramo do direito na ordem global e interna.

Após o Direito Previdenciário se incorporar aos sistemas normativos internacionais europeus e americanos, por obra e força dos movimentos sociais do final do século XIX e início do século XX⁴, desenvolveu-se uma tendência universalizadora⁵, principalmente no Pós-Guerra, com base nas premissas teóricas que foram construídas pelo sistema político-jurídico britânico, ainda durante o período da 2ª guerra mundial.

283

³ As datas referenciais são expostas por André Stuart Leitão e Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho que, contextualizando o processo evolutivo de formação do Direito Previdenciário nos remetem ao mesmo período das primeiras manifestações que iriam se constituir na base do pensamento instrumentalista. Segundo os referidos autores: "O Estado liberal, partindo do princípio da igualdade jurídico-política de todos os cidadãos, consagrou a liberdade contratual e, conseqüentemente, a não intervenção estatal. O modelo econômico adotado acentuou as desigualdades sociais em decorrência da concentração e acumulação das riquezas nas mãos da classe dominante, revelando questões sociais significativas. Evidentemente, a Revolução Industrial, além de intensificar o crescimento econômico da época, elevou, profundamente, a tensão entre o capital e trabalho, ameaçando a subsistência do próprio modo de produção capitalista. Foi nesse cenário de enorme pressão social que surgiram as primeiras manifestações normativas de caráter previdenciário. Em 1883, instituiu-se, na Alemanha de Otto von Bismarck, o seguro-doença e, em seguida, o seguro de acidente do trabalho (1884), o de invalidez (1889) e o de velhice (1889). Segundo a doutrina majoritária, trata-se do marco inicial da previdência social no mundo." (LEITÃO, André Stuart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. *Manual de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 33).

⁴ Segundo Marisa Ferreira dos Santos: "Em 1919, no Tratado de Versalhes, surgiu o primeiro compromisso de implantação de um regime universal de justiça social. Foi, então, fundado o Bureau Internacional Du Travail (BIT) – Repartição Internacional do Trabalho – que realizou a 1ª Conferência Internacional do Trabalho, à qual se atribui o desenvolvimento da previdência social e sua implantação em todas as nações do mundo civilizado. Dessa conferência resultou a primeira Recomendação para o seguro-desemprego. A 3ª Conferência (1921) recomendou a extensão do seguro social aos trabalhadores da agricultura. A 10ª Conferência (1927) estendeu as demais Convenções e Recomendações sobre o seguro-doença aos trabalhadores da indústria, do comércio e da agricultura. Outras conferências foram feitas, sendo que a 17ª (1933) estendeu as Recomendações anteriores aos seguros por velhice, invalidez e morte. A 18ª Conferência (1934) regulou o seguro contra o desemprego." (SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 33).

⁵ André Stuart Leitão e Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho que: "em que pese reconhecer o constitucionalismo social como surgido no início do século XX, com a Constituição Mexicana de 1917, há que se fazer referência à Constituição Francesa de 1948, que procura conciliar o liberalismo e o socialismo democrático em uma constituição de compromisso." (LEITÃO, André Stuart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. *Manual de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 35).



Foi na Inglaterra que, nesse período primeiramente, o Estado passou a se responsabilizar não apenas pela previdência social, mas também por ações de assistência e saúde⁶, mesmo em uma nação conhecida como o sendo o berço do liberalismo econômico.

Sucedeu que em 1944, a Declaração da Filadélfia⁷ e, em seguida a própria Declaração Universal de Direitos Humanos acabou reconhecendo, em 1948, a seguridade social como um direito fundamental (art. 22) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou a Convenção nº 102, em 1952, “[...] conhecida como normas mínimas de seguridade social”⁸. Posteriormente, a 35ª Conferência Internacional do Trabalho, da OIT, em 1952, aprovou a Convenção nº 102, à qual denominou *Norma Mínima em Matéria de Seguridade Social*⁹, como expressão final do processo de universalização e globalização dessa disciplina, no quadrante da estrutura dos direitos fundamentais.

No Brasil, a internalização da tutela previdenciária na Constituição Federal em vigor se deu, principalmente, pelo art. 6º que enumera os direitos sociais que, uma vez disciplinados pela ordem social, tem como principal finalidade a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, CF). De acordo com o Texto Constitucional “[...] são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”¹⁰ (CF, art. 6º), ou seja, conforme disposto no Título VIII (Da Ordem Social), que tem como base o primado do Trabalho e, como objetivos, o bem-estar e a justiça social.

Nesse sentido, o art. 194, da Constituição Federal de 1988, dispõe que “[...] a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da

⁶ Cf. André Stuart Leitão e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho: “O ponto mais importante deste período de evolução da proteção social é o Relatório de Beveridge, produzido por uma comissão interministerial presidida por Sir William Beveridge, apresentado na Inglaterra em 1942, que deu origem ao Plano Beveridge, considerado como a origem da Seguridade Social, na medida em que o Estado se responsabilizaria não apenas pela previdência social, mas também por ações de assistência e saúde.” (LEITÃO, André Stuart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. *Manual de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 35).

⁷ “Em 1944, foi realizada a Conferência da OIT, em Filadélfia, resultado na Declaração de Filadélfia, que adotou a orientação para unificação dos sistemas de seguro social, estendendo-se a proteção a todos os trabalhadores e suas famílias, abrangendo rurais e autônomos.” (SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 35).

⁸ LEITÃO, André Stuart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. *Manual de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 36.

⁹ SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 35.

¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jun. 2021.



sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”¹¹ e, partir dele, um vastíssimo conjunto normativo regulatório em diversos níveis de hierarquia legal (normas constitucionais, complementares, ordinárias, decretos, dentre outras).

Esses poucos exemplos ilustram a existência de categorias de direitos fundamentais que exigem do Estado-juiz uma atenção especial para a sua efetivação e de uma estrutura regulatória que não só autoriza, mas impõe uma atuação promocional jurisdicional em razão do presumido estado de vulnerabilidade dos sujeitos contemplados pela providência estatal em termos de direito substantivo.

O reflexo dessa movimentação do Estado também ensejou a revisitação de diversos institutos e desenvolvimento de teorias de direito processual. A nota comum entre essa nova família de *direitos* foi o reposicionamento do Estado em favor daquele que se encontra em condição de vulnerabilidade no plano fenomênico, em busca de uma igualdade efetiva (igualdade material).

Assim, uma das consequências dessa cinesia no processo civil foi a concepção da teoria do acesso à justiça e suas ondas renovatórias e reformatórias de uma legislação que, até então, era interpretada e aplicada sob um viés neutro e formal.

O direito processual, portanto, acompanhou tais mudanças sociais, políticas, econômicas e culturais. Na medida em que as reformas acima mencionadas passaram a proporcionar aos indivíduos novos direitos, a busca pela efetivação desses mesmos direitos mostrou-se indispensável, com a necessidade de adaptação de técnicas e mecanismos processuais. Essa parece ter sido uma das principais preocupações dos Estados na constituição dos ordenamentos jurídicos do século XX. Verificou-se a mesma preocupação, por exemplo, no pensamento de Luigi Paolo Comoglio, quando alude à dúplice perspectiva da instrumentalidade da tutela qualificada na Europa, notadamente nos países de tradição *civil law*. Para o pensador italiano, a condensação e o equilíbrio desses valores é a “garantia de justiça”, que se expressa por um direito processual constitucional¹².

¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jun. 2021.

¹² Conforme registra Luigi Paolo Comoglio: “Si parla dunque – a tal proposito – di ‘garanzia de justiça’, di ‘diritti di sicurezza’ o di ‘diritti-instrumenti’, la cui praria funzione (sulla scia dei principi di *fair trial*, racchisi nella formula anglo-americana del *due processo of law*) è quella di rendere *effettivo* l’esercizio di qualsiasi altro diritto o libertà fondamentalmente, nell’ambito di un *diritto processuale* o di un *diritto di giustizia materiale*, la cui genesi trova fondamento nelle estesse norme costituzionali. [...] Per tale via, in paralelo com l’evolversi del ‘constituzionalismo’ moderno e del c.d. *legal garantism*, si è progressivamente ampliata – nelle esperienze di *civil*



A concepção de neutralidade e passividade própria do modelo jurisdicional do Estado Liberal, desapegada, fria e indiferente, como se fosse um *pedaço de mineral* (nas palavras de Taruffo¹³) cedeu ante a necessidade de uma atuação mais incisiva dos juízes para garantir igualdade concreta. Aliás, o debate acerca da função do sistema processual e da atuação do juiz no projeto de organização social ocorreu primeiramente na Europa no século XX¹⁴ e trouxe à lume outras incursões de natureza filosófica que extrapolam o objeto do presente estudo, como, por exemplo, as influências do direito natural, do positivismo e do pós-positivismo no exercício das funções jurisdicionais.

Em síntese, a jurisdição e o processo, acompanhando a transformação dos modelos de organização política durante o século XX, passaram, no plano teórico, por reformulações dogmáticas assumindo um viés publicista e, em uma dimensão pragmática, exercendo papéis preponderantes como instrumentos de efetivação de direitos materiais¹⁵. As incertezas

*law, europee e extraeuropee – l’area di influenza di quello che, correttamente, può oggi definirsi come diritto processuale costituzionali, in cui confluiscono taluni temi cruciali della giustizia moderna. Essi sono: - il rapporto di instrumentalità necessaria intercorrente fra il diritto sostanziale ed il processo, quale indispensabile presidio per la sua piena attuazione (o quale garanzia insostituibile della sua enforceability); - l’accesso alle corti di giustizia ed i fattori di diseguaglianza sócio-economica, che lo limitano irrazionalmente; - l’indipendenza, l’autonomia e l’imparzialità del giudice; - l’esercizio, in condizioni adeguate e paritarie, dei diritti di azione e difesa nel giudizio; - il diritto delle parti ad un processo ‘equo’ e ‘giusto’; - l’adeguatezza e l’effettività degli strumenti di tutela giurisdizionale (in forme qualificate, avanti ad organi di giustizia costituzionale, ed in forme ordinarie, avanti ad organi di giustizia comune) delle garanzie processual fondamentali.” (COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 23, n. 90, 1998. p. 103).*

¹³“Anzitutto, si può osservare che il processo non è affatto un oggetto “dato” nella realtà empirica una volta per tutte, e quindi osservabile in modo distaccato e indifferente, e sempre uguale a se stesso, come se fosse un pezzo di minerale. Tutti sanno, infatti, che esistono vari processi, la cui disciplina normativa varia nel tempo e nello spazio per effetto di una pluralità di fattori storici, economici, culturali e soprattutto politici. La disciplina del processo, dunque, non è nulla di “oggettivamente dato” una volta per tutte e per tutti. Essa è il risultato contingente di scelte essenzialmente politiche, e dunque delle opzioni valutative, ossia – appunto – delle ideologie dei legislatori e di coloro che di volta in volta la determinano.” (TARUFFO, Michele. Ideologie e teorie della giustizia civile. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, n. 247, 2015. p. 2)

¹⁴ Discorrendo sobre a socialização do fenômeno processual, o desenvolvimento da corrente austríaca e a sua influência no processo civil Rafael Sirangelo de Abreu afirma: “O grande arauto dessa nova visão do direito em geral e, em especial, do processo é o jurista Anton Menger. Ao decretar a existência de um antagonismo social que estaria separando pobres e ricos o autor não poupou esforços na sua luta por uma socialização do fenômeno processual. Para ele o processo não deve manter-se inerte à desigualdade social: nas suas palavras, não existe desigualdade maior que aquela que consiste em tratar igualmente os desiguais. Para tanto, propõe um incremento nos poderes do juiz, uma função de auxílio à parte menos favorecida.” (ABREU, Rafael Sirangelo. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 102).

¹⁵ Na percepção de José Roberto dos Santos Bedaque “Para quem considera a jurisdição atividade destinada a eliminar as crises de direito material com justiça, mediante atuação das regras do ordenamento jurídico, não pode aceitar o domínio das partes sobre o instrumento pelo qual ela atua. A visão publicista do fenômeno processual é incompatível com a figura do juiz espectador, para quem o resultado do processo está relacionado ao desempenho da parte e de seu representante legal.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. Ed., ver., atual. E ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 10-11).



originárias do ordenamento jurídico, da pluralidade de sentidos da lei, das cláusulas gerais, possibilitaram o desenvolvimento de uma perspectiva hermenêutica em que o Judiciário não se apresenta mais como um “poder nulo”¹⁶, absolutamente inerte, mas como interessado “[...] em tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas.”¹⁷

Nesse sentido, o Judiciário passou atuar corrigindo, por meio de diversos instrumentos, algumas distorções econômicas, sociais e políticas que se apresentam como ensejadoras de desigualdades processuais e constituem-se obstáculos para o acesso ao direito pela parte que legitimamente o titulariza, ao contrário do que se visualizava na primeira e segunda fase metodológica do processo civil, nos séculos XVIII, XIX e XX¹⁸.

A igualdade entre os sujeitos integrantes das mais variadas relações jurídicas, passou a ser exigida em concreto, nas diversas esferas da vida em sociedade e, também, no processo. O magistrado deixou a posição de mero expectador de um combate entre partes supostamente iguais (conforme antes ditado pelo formalismo processual) e passou a exercer o poder jurisdicional de acordo com as desigualdades que se apresentam nas relações de direito material e processual *sub examine*. O princípio da igualdade, que no processo conduz à ideia de paridade entre os litigantes, passou a ser considerado a partir dos diferentes níveis concretos de realidade (social, econômica e cultural) dos demandantes. O sistema processual passou a dispor ao magistrado, por meio de instrumentos normativos, possibilidade de conduzir o feito de modo mais interventivo, como forma de garantir a equidade real e material entre as partes, oportunizando efetivo acesso à justiça antes mesmo que possa estabelecer um contraditório

287

¹⁶ Giuseppe Zaccaria assim refere esse momento de mudanças: “È precisamente su questo piano che l’oggettivo moltiplicarsi dele inceteeze della legge, e degli spazi discrezionali da esa aperti, trasferisce ai giudici il potere di creare nuovo diritto o di modificare quello esistente. Posto di fronte ad um contesto in cui nuove situazioni economiche, politiche, social hanno determinato in Occidente um innegabile aumento dei poteri del giudice e um conseguente ampliarsi dei margini creativo-integrativi dell’interpretazione giudiziale... si coglie perfettamente la descrittiva de uma realtà, in cui giudiziario più non si configura como ‘potere nullo’. L’oggettivo dele più consapevoli teoria metodologiche di questo período diviene perciò il riadeguamento della teoria del diritto ala pratica giurisprudenziale.” (ZACCARIA, Giuseppe. *L’arte dell’interpretazione*. Saggi sull’ermeneutica giuridica contemporanea. Padova: Cedam, 1990. p. 5-6).

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. Ed., ver., atual. E ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 15.

¹⁸ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, complementando o raciocínio, registra que “(...) o Poder Judiciário volta a ocupar lugar de destaque na busca para a realização dos direitos. Os assim chamados direitos sociais são objeto de conflito e necessitam de uma esfera estatal de conciliação e julgamento. Ao Judiciário compete assegurar o exercício pleno da liberdade (herança do pensamento liberal), e também as condições materiais para esse exercício.” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. P. 25-26).



efetivo¹⁹.

Novos instrumentos processuais passaram a ser pensados, desenvolvidos, experimentados e instituídos para que a jurisdição pudesse ser exercida e o direito material concretizado em favor daqueles que dela mais necessitam. E, pela via dessa nova instrumentalização, o Judiciário passou a ser a salvaguarda do indivíduo em situação de vulnerabilidade em uma sociedade em busca de justiça social e de igualdade material. A jurisdição passa a ter importância e valor nas mais diversas dimensões da vida em sociedade, tomando como referência a dignidade humana e a sua atuação calibrada não mais “[...] em função da parte, de seus interesses e de seu eventual direito subjetivo, mas do Estado e de seus objetivos.”²⁰

A tutela de vulneráveis, considerados aqueles que se vislumbram realmente em condições de desigualdade, foi fortalecida com o desenvolvimento e implantação de importantes instrumentos como, por exemplo, a assistência judiciária, a previsão e regulamentação dos interesses difusos, as formas alternativas de solução de conflitos. O aumento do poder jurisdicional para a efetivação de direitos materiais seguiu esse passo, o que não significou, necessariamente, a *autocratização* do poder do magistrado, na medida em que os sistemas democráticos mantiveram previstas as garantias constitucionais em sede constitucional e infraconstitucional.

Essas foram as inovações processuais decorrentes da sedimentação do Estado Social e

288

¹⁹ Cf. Theodoro Júnior dentre as várias inovações evidentes na programação da tutela jurisdicional pelo Estado Social, podem se destacar: “a) uma postura mais ativa do juiz, caracterizada por menor neutralidade e maior iniciativa no comando do processo e na instrução probatória da causa; b) assunção pelo juiz do encargo de promover a intervenção para assegurar a efetiva igualdade das partes em juízo, como meta do devido processo legal; c) a supremacia das técnicas de efetividade em detrimento do formalismo comprometido apenas com a segurança jurídica; d) desapego à forma dos atos processuais e a valorização máxima de sua instrumentalidade; e) o abrandamento do dogma da coisa julgada admitindo sua relativização em muitas situações críticas, como as das ações coletivas e as de sentenças ofensivas à ordem constitucional; f) a remodelação dos expedientes executivos, como necessidade de assegurar efeitos reais ao processo, inclusive por técnicas de tutela diferenciada e de sumarização para abreviar o alcance de resultado práticos urgentes; g) o abrandamento das barreiras estanques entre os processos de conhecimento, de execução e cautelar, de modo a facilitar sua promoção concentrada, sempre que possível numa única relação processual; h) a simplificação da técnica executiva, para que cada vez mais se facilite o acesso do titular do direito ao bem da vida que lhe cabe; i) a maior facilidade conferida ao juiz para usar as técnicas executivas, permitindo-lhe liberdade de escolha daquela que se mostre mais adequada para cada caso concreto.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. Ed., rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1 v. p. 128).

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. Ed., ver., atual. E ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 14.



Democrático, o que consolidou a fase instrumentalista e publicista do processo²¹ para a salvaguarda e garantia de direitos fundamentais.

Nesse contexto de mudanças é que se pretende avaliar a extensão, o alcance e também os limites dos poderes do juiz na realização de seu mister, por exemplo, com a concessão de medidas urgentes independentemente de provocação das partes, avaliando essa prerrogativa à luz da segurança processual, da imparcialidade, do contraditório e da ampla defesa, enfim de diversos valores que coexistem no Estado Constitucional e Democrático de Direito brasileiro, como forma de garantir a concretização de valores sociais e a igualdade material, com efetividade processual.

3 ASPECTOS PRINCIOPIOLÓGICOS COMUNS E CINERGÉTICOS DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL

3.1 A CARGA AXIOLÓGICA DA DECISÃO DO MAGISTRADO

Existem alguns princípios no âmbito do direito material previdenciário que precisam ser considerados conjuntamente com os princípios constitucionais e processuais como balizas para a concessão ou não de provimentos provisórios de urgência. A associação de ordem axiológica, como resultado desse influxo normativo na análise do caso concreto e o quanto disposto no art. 300 do CPC, é uma janela aberta para a proatividade jurisdicional. E quando, ainda, essa associação de valores do Direito Constitucional, Direito Processual e Previdenciário se entrelaçam com os princípios regentes dos Juizados Especiais Federais, onde tramita maioria das ações previdenciárias no sistema judiciário brasileiro, potencializa-se ainda mais a necessidade de participação do magistrado no controle da efetivação do primado jurídico.

Portanto, a adoção de uma postura mais ativa e promotiva ou mais passiva e neutra por parte do magistrado enquanto presidente da dinâmica processual, significa, em qualquer caso, a adoção de uma perspectiva ideológica a partir de uma compreensão pessoal do seu papel social, político e jurídico do juiz, enquanto sujeito processual. De um modo ou de outro o

²¹ De acordo com o ensino de Cândido Rangel Dinamarco: “De qualquer modo [...] o caráter público do processo hoje prepondera acentuadamente, favorecido pelo vento dos princípios constitucionais do Estado social intervencionista e pelo apuro técnico das instituições processuais. Chega a ser admirável até que no curto período de apenas um século de ciência tenha sido possível passar do intenso privatismo inerente ao estágio de sincretismo tradicional, ao elevado grau de publicismo que agora se vê na disciplina e na ciência do processo.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 67)



magistrado buscará a conformação de comandos valorativos previstos no Texto Constitucional e das aflições normativas infraconstitucionais, além da seção preambular do CPC, para balizar a sua decisão. Trata-se da carga axiológica da decisão.

Rememore-se que os Juizados Especiais Federais, cujo procedimento é regulado pela Lei n. 10.259/2001, apresentou algumas rupturas também no aspecto processual específico da litigância contra os legitimados sujeitos à sua competência, essencialmente nas causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de réus, assistentes ou oponentes, no sentido de garantir efetividade na concretização de direitos materiais previdenciários, também pela deformalização procedimental (expressão cunhada por Ada Pellegrini Grinover²²).

Explica-se: um dos problemas que o Código de Processo Civil de 2015 buscou superar foi, justamente, a concepção formalista e neutra do ordenamento anterior, mais individualista, originariamente concebido sob os moldes de um projeto de direito positivista e que foi sendo alterado em sucessivas e graduais ondas reformistas, como visto. Com efeito, esses influxos publicistas e constitucionais absorvidos aos poucos pelo processo civil brasileiro retirou o magistrado da posição de mero espectador ou presidente de uma jornada procedimental de interesse apenas das partes, para posicioná-lo um sujeito ativo e na condução de um embate de interesses em busca da realização do “justo”, pela superação de entraves procedimentais e formais (daí a expressão *deformalização*). E tal orientação é também dada pelas luzes da Lei 10.259/2001.

290

Alguns desses postulados (instrutores da atuação jurisdicional do magistrado no âmbito dos processos previdenciários e, também balizadores da atuação jurisdicional no âmbito dos juizados especiais) merecem destaque, como fundamento dogmático da proposta ora apresentada de viabilidade da concessão da tutela provisória de urgência *ex officio* nos processos previdenciários.

3.2 ORDEM PRINCIPIOLÓGICA MATERIAL PREVIDENCIÁRIA

Em matéria de previdência social, a primazia dos princípios encontra respaldo no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, sendo uma regra técnica jurídica, mas

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jan./mar. 1988.



também uma regra geral da administração pública, a fim de preservar a seguridade social, na qual a previdência social faz parte.

Nessa vertente, os princípios previdenciários cuja realização implica a participação do Estado no fornecimento de prestações previdenciária²³, o estudo dos princípios assume relevância jurídica na medida em que o ordenamento precisa verificar o risco social mesmo quando não solicitado de imediato.

Os benefícios previdenciários asseguram um mínimo vital, garantindo a dignidade da pessoa humana, seja na idade avançada, na incapacidade, na prisão, na morte. Assim como os demais ramos do direito, o ordenamento jurídico engloba diversos princípios, alguns gerais, outros restritos a algumas de suas áreas específica do direito, também temos alguns expressos e outros implícitos.

Nessa dinâmica de princípios ligados a tutela provisória de urgência “ex officio” em processos previdenciários podemos destacar de forma a atendê-los na melhor medida os seguintes princípios que seguem abaixo.

O direito previdenciário está ligado na essência na ideia de solidariedade²⁴. Assim, sob a ótica da urgência e da solidariedade previdenciária exige um papel ativo do juiz na concessão do benefício. “As normas constitucionais não devem somente possuir eficácia jurídica, mas também social, uma vez que o fundamento dos valores expressos na Constituição é oriundo de uma realidade social”²⁵.

Cuidando de ações previdenciárias a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana assume papel de destaque, seja pela demora em conceder o benefício, seja em casos em que o benefício foi cessado injustamente, seja em casos de obstáculos ao reconhecimento de direitos por parte da autarquia federal (INSS) de assuntos já pacificados pela jurisprudência.

No direito previdenciário precisamos lembrar do princípio da proteção. A ideia de seguro social surgiu de proteção aos trabalhadores²⁶. A proteção do direito deve ser imediata,

²³ Concessão ou restabelecimento de benefícios: aposentadorias, pensões, auxílios, entre outros.

²⁴ O princípio da solidariedade previdenciária impõe direitos e obrigações, seja do indivíduo para com a sociedade, seja desta para com o indivíduo. Esse duplo viés é importante e traduz a essência da proteção previdenciária: todos devem ser protegidos, mas todos devem contribuir para o sistema, de acordo com suas capacidades. (LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 2018. p. 59)

²⁵ PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam. *Conflitos de princípios constitucionais na tutela de benefícios previdenciários*. São Paulo: LTr, 2009. p. 47

²⁶ Em sua origem, o seguro social nasceu sob a concepção de os trabalhadores precisarem de proteção. Historicamente, estavam em situação socioeconômica reclamando serem socorridos (imediatamente). (MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 108)



tanto é, que em caso de concessão do benefício, o pagamento retroage a data do requerimento administrativo, em outras palavras, a proteção é necessária para assegurar o bem maior que é o direito a prestação previdenciária.

Não poderíamos deixar de falar também do princípio da boa-fé nas relações previdenciárias. O pagamento da contribuição deve ser levado em conta pelo julgador para beneficiar o segurado, assim, o recebimento pelo INSS, durante vários anos, de contribuição vertidas pelo segurado, sem dolo comprovado, implica no reconhecimento das mesmas, para efeito de concessão de benefício.

Semelhante ao que ocorre no direito penal, no direito do trabalho, nas relações consumeristas, no direito previdenciário temos o princípio *in dubio pro misero*, ou seja, na dúvida, deve-se conceder o benefício para prover as necessidades imediatas da vida. O INSS assegura aos seus beneficiários (segurados e dependentes), benefícios e serviços, assim, a prestação previdenciária é a razão do seguro social, logo, a proteção ao benefício deve ser sempre que possível imediata.

3.3 ORDEM PRINCIPIOLÓGICA PROCESSUAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

292

Conforme já mencionado, a grande maioria das ações previdenciárias tramitam nos juizados especiais federais. O microsistema dos juizados contempla as normas estruturantes que molduram os juizados especiais, servindo de fundamento e orientação hermenêutica a todo o arcabouço, sendo certo que trata também dos critérios²⁷ orientadores, ou seja, princípios próprios na aplicação da norma.

A criação dos juizados teve como base a mudança de mentalidade dos operadores do direito e reestruturação do Poder Judiciário, em especial no juizado especial federal com o amplo acesso à justiça para o segurados e dependentes da previdência social. Isto é, percebeu o legislador que não basta garantir o direito de ação, faz-se imprescindível a viabilização do acesso amplo, ágil, simples, informal, célere²⁸ e sem obstáculos que no caso do direito

27 Em que pese o legislador ter-se utilizado da expressão “critérios” orientadores do processo nos Juizados Especial, estamos diante de verdadeiros princípios gerais. (TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à lei n. 9.099/1995. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 90)

28 “Clama o povo por uma Justiça eficiente, ágil, rápida. No entanto, os ‘processos se arrastam, envelhecendo junto com as partes”. (TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à lei n. 10.259 de 12.07.2001. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 45)



previdenciário em específico, facilitando, sobremaneira, o exercício da cidadania e a buscas pela prestação previdenciária.

Por meio das Leis n.º 9.099/95; 10.259/01 e 12.153/09, o legislador, primou pela eficácia das decisões, criou um sistema de Justiça, moldado em princípios de celeridade, oralidade, economia processual, informalidade e conciliação. Essa efetivação de direitos fica claro quando a própria lei diz que o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. E ainda, 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. Em outras palavras, no sistema do juizado o juiz dirige o processo com ampla liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar valor as regras de experiência comum e técnica. Logo, no juizado prevalece o princípio da ampla liberdade do juiz na análise e na produção da prova.

O juiz continua tendo o dever de julgar segundo o alegado pelas partes (princípio do dispositivo). Todavia, o sistema do Juizado o abrandou pelos princípios da simplicidade, informalidade e pela busca da justiça real.

Em vista disso, o direito ao benefício com sua implantação imediata assegura a celeridade do procedimento do juizado com a efetividade do direito social e fundamental ao benefício. De mais a mais, não há dúvidas de que o benefício previdenciário possui verba de natureza alimentar, que garantirá a subsistência do beneficiário e a demora na prestação jurisdicional poderá causar danos irreparáveis ou de difícil reparação, (art. 4º da Lei nº 10.259/01 em liame com o art. 300 e 519 do CPC). Diz a boa doutrina:

A lide previdenciária reclama instrumentos processuais por vezes distintos daqueles oferecidos pelo processo civil comum. A falta de disposição legal expressa que tenha por referencial as ações previdenciárias não impedirá a adoção de soluções processuais adequadas à relação jurídica previdenciária, pois tal diretriz é imposta diretamente pelos efetivos normativos do princípio constitucional do devido processo legal e, mais especificamente, do direito a uma proteção judicial justa²⁹

Deve haver um equilíbrio, um respeito ao contraditório, entretanto, a concessão da tutela específica para a concessão do benefício previdenciário *ex officio* quando presentes os requisitos da tutela, deve ser uma obrigação e não uma faculdade³⁰. Isso inclusive é o que vem

²⁹ SAVARIS, José Antonio. Direito processual previdenciário. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 99

³⁰ “A concessão da tutela específica para imediata implantação do benefício previdenciário ou assistencial deve, ademais, ser concedida de ofício pelo julgador, não consistindo em uma faculdade, mas sim um imperativo legal



fazendo o Tribunal Regional Federal da 4ª região³¹ ao conceder de ofício a implantação do benefício nas ações previdenciárias, valendo-se da tutela específica da obrigação de fazer na forma dos artigos 497, 536 e parágrafos e 537, do Código de Processo Civil, independentemente de requerimento exposto por parte do segurado ou dependente.

3.4 CONCLUSÃO PARCIAL

Percebe-se, claramente, que a jornada hermenêutica do magistrado para a concessão de determinado provimento *ex officio* somente poderá ser percorrida à luz da perspectiva de que o processo civil brasileiro serve de instrumento para a promoção e efetivação de valores constitucionais e infraconstitucionais. E mais, ao conceder um provimento em caráter provisório, liminarmente, em sentença ou em grau recursal, sem que a parte o tenha requerido, o juiz faz prevalecer determinados valores em detrimento de outros.

De fato, no âmbito do direito previdenciário a excepcionalidade e urgência fática que põe em risco o direito fundamental (ou *os* direitos fundamentais) de um beneficiário (leia-se: segurado ou dependente) concretizado em detrimento dos interesses econômicos e orçamentários do INSS, seu oponente na relação processual, coloca o magistrado diante de um paradoxo, de uma antinomia axiológica. A vantagem de um sempre será, em certa medida, a desvantagem de outro e a manutenção do equilíbrio e da igualdade é indispensável ser mantida pelo juiz.

Então, os princípios que exercem essa função de balizamento da tomada de decisão propositiva pelo magistrado, quando da concessão de tutelas de urgência *ex officio*, tais como (mas, não exclusivamente) o acesso à justiça, a igualdade processual, a duração razoável do processo, a eficiência (dentre outros), se contrapõe àqueles que o conduziram o magistrado a não conceder o provimento em desfavor do segurado (como, por exemplo, o contraditório, o princípio dialético, ou mesmo o próprio princípio da igualdade processual, tomado sob uma

ao qual o juiz deve obedecer sempre que julgar procedente uma ação que tenha por objeto uma obrigação de fazer/não fazer”. (SAVARIS, José Antonio. Direito processual previdenciário. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 359)

³¹ Nas ações previdenciárias deve-se, em regra, determinar a imediata implementação do benefício concedido, valendo-se da tutela específica da obrigação de fazer prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973 (TRF4, QOAC 2002.71.00.050349-7, Rel. p/Ac. Des. Federal Celso Kipper, 3ª S., j. 09.08.2007), e nos artigos 497, 536 e parágrafos e 537, do Código de Processo Civil de 2015, independentemente de requerimento exposto por parte do segurado ou beneficiário, considerando-se também a ausência de efeito suspensivo a eventuais recursos cabíveis em face do presente acórdão. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5025212-61.2020.4.04.9999/PR.)



perspectiva mais formal).

É nessa linha de raciocínio que Anderson de Azevedo³² defende (do ponto de vista axiológico) a possibilidade de concessão da tutela provisória de urgência *ex officio*, registra:

Ao acolher a possibilidade de concessão de tutela de urgência *ex officio in limine*, por exemplo, o magistrado está exaltando determinados valores que o instruem no propósito de alcançar os escopos social, político e jurídico do processo, tais como o *acesso à justiça, igualdade, duração razoável do processo, eficiência e liberdade*, e os considerando sob critérios específicos e distintos daqueles considerados quando a mesma tutela é conferida em sentença, após amplo contraditório e a formação de um juízo de cognição exauriente.

A diferença é que para a concessão das tutelas de urgência *ex officio, ab ovo*, tais valores são invocados como forma de suprir um desequilíbrio faticamente circunstancial e excepcionalmente urgente, a tal ponto que a inação judicial é capaz de outorgar vantagem exagerada a uma parte em detrimento da outra e tão relevante para o momento, que a omissão é capaz de colocar em risco iminente direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, conceder supremacia desmedida à outra parte, violando assim os escopos do próprio processo.

No entanto, apesar do reconhecimento de tal possibilidade, à luz de determinados princípios, acende-se o debate sobre a violação de preceitos fundamentais da Teoria Geral do Processo como o *princípio dispositivo, a imparcialidade, o contraditório, a cooperação, a vedação à decisão surpresa* e o princípio do *devido processo legal*. Ou seja, se determinados valores são privilegiados, outros serão escanteados. Nesse processo hermenêutico de tomada de decisão o magistrado, necessariamente, passará pelo dilema da escolha dos valores que o orientarão na concessão ou não do provimento, relativizando axiomas que apresentam de forma contraposta. Isso não significa, necessariamente, que o juiz está negando a existência de tais valores, mas que está privilegiando alguns em detrimento de outros.

295

4 A SOLUÇÃO DA ANTINOMIA AXIOLÓGICA PELA APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE OS PRESSUPOSTOS FÁTICO-JURÍDICOS PARA A CONCESSÃO DO PROVIMENTO

4.1 A ANTINOMIA AXIOLÓGICA E O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

Como adrede mencionado, diante de situação em que verifique no plano fenomênico a presença dos requisitos concessivos da tutela de urgência, e ante à ausência de requerimento

³² AZEVEDO, Anderson de. **Pressupostos para a concessão da tutela provisória de urgência *ex officio***. 2021. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.



elaborado pela parte nesse sentido, o magistrado tem a difícil missão de decidir se concede ou não o provimento (que seria concedido caso fosse formulado).

O dilema axiológico é: se de um lado o princípio do acesso à justiça, o princípio da duração razoável do processo, o princípio da igualdade (sob a perspectiva material do fenômeno) e o princípio da efetividade, orientam o juiz à concessão do provimento não requerido (como única forma de garantir a consecução de um direito abstratamente previsto em caráter provisório), de outro lado existem luzes adversas que incidem nesse juízo, referentes ao princípio dispositivo³³, ao princípio da imparcialidade³⁴, ao princípio da cooperação e da dialeticidade³⁵ e ao próprio princípio da igualdade, e que geralmente são invocadas como referenciais impeditivos da concessão do provimento *ex officio*³⁶.

Nesse momento, impõe-se importante tarefa hermenêutica que somente será deslindada mediante a adoção de um juízo de proporcionalidade entre os princípios processuais que se encontram em situação de aparente antinomia normativa.

³³ Eduardo Arruda Alvim entende que “[...] a tutela provisória depende de pedido expresso. Essa conclusão decorre do princípio dispositivo, sendo vedada a atuação *ex officio* do magistrado. Na medida em que *ne procedat iudex ex officio*, conforme dispõe o art. 2º do CPC/2015, estando o juiz adstrito aos limites do pedido formulado, tem-se que a tutela provisória, da mesma forma, depende de pedido”. (ALVIM, Arruda. *Tutela Provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 335). Também sob esse argumento defende Teori Albino Zavascki que “[...] segundo dispõe expressamente o art. 273 do Código de Processo Civil, a antecipação da tutela depende de ‘requerimento da parte’, vale dizer, está sujeita ao princípio dispositivo, não podendo ser concedida de ofício pelo juiz.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 103).

³⁴ Tratando de debate semelhante, isto é, dos poderes instrutórios do juiz e da eventual quebra de parcialidade a partir de uma postura mais ativa do magistrado na condução da fase probatória, José Roberto dos Santos Bedaque anota que “[...] entre os argumentos utilizados pela doutrina dominante contra a iniciativa do juiz na colheita de prova, um dos mais invocados diz respeito à necessidade de se preservar a imparcialidade do julgador, que deve conduzir o processo sem favorecimento a qualquer das partes. [...] Afirma-se, também, que a inércia do magistrado frente à prova garante a sua imparcialidade, já que aumentar seus poderes significaria diminuir a distância entre jurisdição voluntária e contenciosa.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed., ver., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 117-118).

³⁵ Nos termos do art. 6º do CPC, “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Já, segundo o art. 10 do CPC: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” Em análise do tema da concessão *ex officio* da tutela provisória, Eduardo Arruda Alvim considera, em atenção aos princípios da cooperação e dialeticidade, registra: “Embora o juiz não possa estabelecer a tutela provisória de ofício, parece-nos possível e mais adequado que, diante de uma situação e urgência flagrante ou sendo clara a hipótese de tutela da evidência, o magistrado determina a intimação da parte para manifestar seu interesse na tutela provisória. Esse, aliás, parecer ser um bom exemplo prático das diretrizes normativas de cooperação e participação explicitadas no CPC/2015.” (ALVIM, Arruda. *Tutela Provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 336).

³⁶ Também são orientados nesse sentido Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. 2 v. p. 2015); Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga (DIDIER, Fredie Jr.; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. 2 v. p. 392-294); e Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. 2 v. p. 873).



A proporcionalidade não se constitui como um princípio, pois não é uma norma que aponta para um estado ideal de coisas a ser promovido³⁷, mas sim um método para se definir, de modo lógico, um determinado meio para o atingimento de um propósito, em um contexto de conflito entre dois valores aparentemente colidentes. O referido método é, portanto, o adequado para princípios processuais que estejam em estado suposta contraposição, com a preponderância do valor que se revela mais adequado, necessário e proporcional, no caso concreto, para o atingimento de um escopo pré-determinado³⁸.

A proporcionalidade, aqui, significa uma proposta de harmonização entre postulados aparentemente antinômicos. Com efeito, o juiz está obrigado salvaguardar um valor que, circunstancialmente, deve prevalecer sobre outro ou outros. Considerando fins específicos, cabe ao magistrado escolher meios adequados para satisfação (não propriamente de um interesse) para do próprio sistema sob a égide de princípios constitucionais.

A escolha do juiz deve limitar-se, em primeiro lugar, ao estritamente suficiente para que a conservação necessária alcance o desiderato. Ele deve escolher a medida menos restritiva possível para a parte que será atingida pelo provimento em sua órbita de interesses. Também deve limitar-se a salvaguardar apenas o direito que o litigante postula, e não qualquer outra prerrogativa: não pode dar mais proteção para que se alcance o fim constitucionalmente tutelado. Por fim, a medida de conservação não deve ir além do necessário para preservar o que será possível obter de forma definitiva posteriormente.

Humberto Ávila³⁹ entende que os elementos para a adequada utilização do postulado da proporcionalidade são: a) a *adequação*; b) a *necessidade*; e, c) a *proporcionalidade em sentido*

³⁷ Segundo Humberto Ávila: “A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então – nas palavras de Harmut Maurer – cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 183).

³⁸ Humberto Ávila especifica o raciocínio: “Fim significa um estado desejado de coisas. Os princípios estabelecem, justamente, o dever de promover fins. [...] Um fim vago e indeterminado [...] quando houver um fim específico a ser atingido pode-se considerar o meio como causa da realização do fim. Nessa hipótese o exame admite o controle de adequação, necessidade e proporcionalidade.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 185-186).

³⁹ De acordo com Ávila: “O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 184).



estrito. Daí porque, além da perspectiva abstrata própria da principiologia, a concessão do provimento dependerá também de aspectos concretos e práticos que são verificados pelo juiz sob as luzes dos referidos princípios, e devem estarem presentes no caso concreto.

Nesse sentido, e buscando estabelecer, de modo mais concreto, uma ponte entre os valores tutelados pelo sistema constitucional e processual brasileiro e concretização dos direitos materiais previdenciários, e ainda, alinhando tal necessidade com garantias contra arbítrios judiciais, Anderson de Azevedo, em tese de doutorado⁴⁰, identifica 3 (três) pressupostos para concessão do provimento e caracterizam a excepcionalidade da medida, mas, ao mesmo tempo sufragam os postulados próprios do Estado Social brasileiro: um pressuposto de ordem subjetiva (vulnerabilidade ou hipossuficiência do indivíduo a ser beneficiado com a concessão); um pressuposto de ordem objetiva (a natureza fundamental do direito tutelado); um pressuposto de ordem temporal (a necessidade urgente da medida, que impede o magistrado, inclusive, de conceder prazo para as partes se manifestarem acerca da possibilidade do provimento).

4.2 APLICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA *EX OFFICIO* EM PROCESSOS PREVIDENCIÁRIOS

298

A proposta de se conceder provimento de natureza provisória *ex officio* se debruça entre o dogmatismo processual (no qual se assenta, no plano teórico, a possibilidade de concessão da tutela provisória de urgência *ex officio*) e um pragmatismo judicial (que serve de anteparo para a efetivação da técnica, ainda que em circunstâncias excepcionais ela possa ser manejada, como).

O magistrado, em sua atividade cotidiana de gerenciamento de conflitos de inúmeras naturezas, quase sempre se vê envolvido por circunstâncias que podem refreá-lo nessa proatividade, que o limitam pragmaticamente, em relação a adoção de uma postura de tal modo interventiva⁴¹. Daí porque, entende-se que o “não-requerimento” justifica a “não-concessão”,

⁴⁰ AZEVEDO, Anderson de. **Pressupostos para a concessão da tutela provisória de urgência *ex officio***. 2021. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

⁴¹ Aponta-se, por exemplo, que no trajeto de formação da litigiosidade existem diversos coparticipantes e incentivadores da judicialização e todos os operadores do Direito reconhecem o nível de litigiosidade no sistema judicial brasileiro. A título exemplificativo O *Relatório Justiça em Números 2020*, que avaliou o cenário de litigiosidade no Brasil no ano de 2020, registra que: “[...], a Justiça Estadual, com aproximadamente 68% do total de processos ingressados no Poder Judiciário, reúne grande diversidade de assuntos. O tema direito civil aparece entre os cinco assuntos com os maiores quantitativos de processos em todas as instâncias da Justiça Estadual, destacando-se o elevado número de processos de direito penal no 2º e 1º graus, e, na justiça comum, o crime de



mas não impede a outorga do benefício.

Com efeito, não se pode depositar sobre o magistrado a responsabilidade de não ter concedido, em caráter antecipatório ou cautelar, o provimento que não foi requerido em sede de tutela provisória, argumentando, por exemplo, que ele tinha o poder-dever de conceder. Mas, esse também não é argumento que poderia ser levantado para atacar o juiz quando, orientado pelos postulados e pressupostos legais ora apresentados, ele concede o benefício *ex officio*. Mas, além dos princípios já apresentados, quais seriam esses pressupostos?

O primeiro pressuposto (de caráter subjetivo) é identificação, pelo magistrado, da condição de desigualdade processual entre as partes, decorrente de uma circunstância pessoal de suscetibilidade do indivíduo que excepcionalmente autoriza a sua intervenção como forma de garantir substancialmente a igualdade processual.

Em relação a essa perspectiva, os olhares se voltam menos para o formalismo técnico procedimental e mais para as particularidades do indivíduo, enquanto sujeito processual considerado em condições que o debilitam, ora na relação jurídica de direito material, ora na relação jurídica de direito processual, ora em ambas. O pano de fundo, quando dessa análise, é a vulnerabilidade e hipossuficiência do sujeito, tal como ocorre, de modo muito marcante no direito previdenciário, dentre outras semelhantes tutelas regulamentadas por microssistemas jurídicos específicos (consumidor, criança, idoso, deficientes, mulheres em situação de risco, dentre outras).

A vulnerabilidade do segurado se destaca em vários aspectos do direito previdenciário. O mais evidente é por se tratar de verba de caráter alimentar. Mas também não podemos esquecer pela prioridade inerente aos idosos (seja no caso de concessão de aposentadoria por idade), pela postulação de benefícios por incapacidade (benefício por incapacidade temporária, benefício por incapacidade permanente ou auxílio-acidente), na concessão de salário-maternidade e também no caso dos dependentes do segurado no caso da pensão por morte e do auxílio-reclusão.

violência doméstica contra a mulher. Ressalta-se, também, o elevado quantitativo de processos de direito tributário na justiça comum e de direito do consumidor nos juizados especiais e turmas recursais. Destaca-se na Justiça Federal o elevado quantitativo de processos de direito processual cível e do trabalho no 2º grau, de direito tributário no 1º grau e de direito previdenciário nos Juizados Especiais Federais e nas Turmas Recursais.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020, pp. 237-238). Esse padrão continuou em 2021 até 2023, destacando-se a relevância da litigiosidade do Direito Previdenciário na Justiça Federal e, de modo mais particular, nos Juizados Especiais Federais.



Uma das finalidades do benefício previdenciário é de prover – de imediato⁴² os recursos das necessidades básicas da pessoa. A demora na prestação jurisdicional, pode ser irreversível para assegurar o bem-estar do segurado ou do dependente.

O segundo pressuposto fático-jurídico que ampara a concessão excepcional da tutela provisória de urgência *ex officio* diz respeito à natureza de direito fundamental da situação tutelada (de caráter objetivo, portanto). Ou seja, quando o julgador constata que o provimento a ser concedido é indispensável para a promoção de direitos fundamentais (ainda que de natureza patrimonial) a sua intervenção é necessária. Em tal circunstância, verifica-se um vínculo indissociável entre o direito material e o direito processual, especialmente, em sede de tutela de direitos humanos, como mecanismo de proteção de valores basilares do sistema político-constitucional (art. 1º do CPC).

Os objetivos precípuos do direito previdenciário, dentro do gênero seguridade social é fundamentado como uma rede de proteção social. De fato, a implantação do benefício *ex officio* propicia uma melhor condição ao beneficiário. O processo judicial previdenciário deve efetivar os direitos fundamentais do beneficiário do INSS, ou seja, a prestação previdenciária, seja concedendo a aposentadoria, o auxílio, o salário-maternidade, a pensão por morte.

300

O terceiro e último pressuposto fático-jurídico (de caráter temporal) é evidenciado pela probabilidade do direito em um contexto de urgência qualificada, isto é, quando uma situação de lesão (ocorrente ou em iminência de se concretizar) é tão urgente ou emergente, atual e evidente, que o provimento judicial *ex officio* se constitui o único recurso capaz de afastar a violação do direito que esteja sendo experimentado pela parte a ser beneficiada, como forma de se garantir o atendimento dos princípios do acesso à justiça, da duração razoável do processo, da igualdade material das partes na relação jurídico-processual e da efetividade processual.

Aqui, a depender da situação concretamente considerada, a postergação do contraditório do juiz para com as partes é medida que se impõe para garantir imediatamente a proteção da situação cautelanda ou a antecipação do próprio direito em caráter provisório e urgente.

⁴² Com base no artigo 497 do CPC e na jurisprudência consolidada da Terceira Seção desta Corte (QO-AC 2002.71.00.050349-7, Rel. p/ acórdão Des. Federal Celso Kipper), determino o cumprimento imediato deste julgado. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5018036-94.2021.4.04.9999/PR).



5 CONCLUSÕES

De fato, a possibilidade de o magistrado conceder tutela provisória de urgência de ofício nos conflitos de natureza previdenciária está indubitavelmente vinculada à noção de que a ampliação dos poderes do juiz se coaduna com a perspectiva de Estado Constitucional Social, sob a égide metodológica do publicismo e da instrumentalidade processual. Essa expansão dos poderes do juiz para a concessão de medidas provisórias nos códigos de processo, associada às transformações hermenêuticas que se operaram no direito processual brasileiro entre as décadas de setenta e noventa, decorreu também de uma genuína interação do sistema processual com o sistema constitucional com vistas à efetivação de direitos, pós-Constituição de 1988.

Mas, o caráter abstrato de tal conclusão é insuficiente para a aprovação da hipótese, diante de aspectos procedimentais e práticos que são objetados como empecilhos para a concessão da medida. Ou seja, por outro viés, mais concreto, o magistrado, ainda que sistemicamente autorizado à concessão do provimento antecipatório ou cautelar de ofício, deve conciliar pressupostos fático-jurídicos, isto é, os aspectos circunstanciais que permitem ao magistrado, no caso concreto, conceder a medida em atendimento aos postulados metodológicos. A exigência de um processo de caráter mais efetivo e de provimentos mais céleres não pode perder de vista os referenciais normativos e procedimentais previstos na legislação processual e constitucional, no sentido de que a atividade jurisdicional deve respeitar, em qualquer tempo, os direitos e garantias fundamentais tutelados pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a perseguição de determinados valores (tais como, acesso à justiça, duração razoável do processo, igualdade material e efetividade processual) não pode importar no abandono de outros de igual relevância (devido processo legal, contraditório efetivo, segurança jurídica, igualdade processual). Daí a importância (e a preocupação) em se observar pressupostos fático-jurídicos paradigmáticos de tais excepcionalidades e que permitam concluir que a tutela provisória de urgência *ex officio* se conforma com o sistema processual e constitucional hodierno, a saber: a) a desigualdade processual decorrente da vulnerabilidade de um dos sujeitos que o debilita em relação ao outro, exigindo uma intervenção do Poder Judiciário como garantia da igualdade material necessária ao equilíbrio da relação processual; b) o caráter fundamental do direito da parte que outorga ao magistrado o poder de atuar de modo mais ostensivo em prol da defesa ou preservação do próprio ordenamento jurídico; c) a urgência qualificada por um perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo tão urgente

301



ou emergente que impossibilite ao magistrado estabelecer circunstancialmente um diálogo com as partes e o mobilize a concessão da medida *ex officio*.

O estabelecimento de uma relação entre o direito material e o processual e, ainda, a identificação da possibilidade de o magistrado reconhecer e conceder pedidos contidos em um contexto fático-postulatório mesmo quando não formulados tecnicamente de modo mais adequado, convergem com a afirmação de que não é absolutamente indispensável que o pedido de tutela provisória de urgência tenha sido dirigido ao magistrado para que ele conceda a medida, desde que os requisitos legais e os pressupostos fático-normativos, isto é, as circunstâncias específicas antecedentes, estejam presentes.

Como adrede mencionado, o magistrado, diante de situação em que verifique no plano fenomênico a presença dos pressupostos autorizadores da tutela provisória de urgência *ex officio*, estará inevitavelmente em confronto de valores que, invariavelmente, militam em sentidos opostos, tais como acesso à justiça e segurança, urgência e contraditório, igualdade material e imparcialidade. Nesse momento, propõe-se a necessária tarefa hermenêutica e que somente será deslindada mediante análise casuística do conflito, invocando-se o juízo de proporcionalidade como um método possível para a solução dessa aparente antinomia, valendo-se, as partes, da motivação da decisão como critério de controle da legalidade da decisão.

302

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ALVIM, Arruda. **Tutela Provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5018036-94.2021.4.04.9999/PR.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5025212-61.2020.4.04.9999/PR.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZEVEDO, Anderson de. **Pressupostos para a concessão da tutela provisória de urgência ex officio**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2021]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jun. 2021.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 23, n. 90, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

DIDIER, Fredie Jr.; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jan./mar. 1988.

LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. **Previdência em crise**: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018.

LEITÃO, André Stuart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. **Manual de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

TARUFFO, Michele. *Ideologie e teorie della giustizia civile*. *Revista de processo*, São Paulo, v. 40, n. 247, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais**: comentários à lei n. 9.099/1995. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**: comentários à lei n. 10.259 de 12.07.2001. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

ZACCARIA, Giuseppe. *L'arte dell'intepretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Padova: Cedam, 1990.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

