

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

ALVARO JOSÉ EHLKE CZARNIK

**OS PODERES, DEVERES E LIMITAÇÕES DO MAGISTRADO NA
APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA**

**CURITIBA,
2009**

ALVARO JOSÉ EHLKE CZARNIK

**OS PODERES, DEVERES E LIMITAÇÕES DO MAGISTRADO NA
APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA**

Monografia apresentada ao XXVII Curso de Preparação à Magistratura do Núcleo de Curitiba da Escola da Magistratura do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de pós-graduação *lato sensu* em Direito Aplicado.

ORIENTADOR: Professor Doutor Adalberto Jorge Xisto Pereira

CURITIBA

2009

ALVARO JOSÉ EHLKE CZARNIK

**OS PODERES, DEVERES E LIMITAÇÕES DO MAGISTRADO NA
APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA**

Monografia apresentada ao XXVII Curso de Preparação à Magistratura do Núcleo de Curitiba da Escola da Magistratura do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de pós-graduação *lato sensu* em Direito Aplicado.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor Adalberto Jorge Xisto Pereira
Escola da Magistratura do Paraná

Prof. Dr. xx
Escola da Magistratura do Paraná

Prof^a. Dr^a. xx
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

CURITIBA, ____ de DEZEMBRO DE 2009

Dedico este trabalho à minha querida esposa,
aos meus pais e irmãos,
tão essenciais à minha vida
como a Justiça ao Direito.

AGRADECIMENTO

Ao Professor Orientador Desembargador Doutor Adalberto Jorge Xisto Pereira, meus sinceros agradecimentos pela atenção e orientação dispensados durante a elaboração deste trabalho.

“A justiça tardia é a maior das injustiças”

Rui Barbosa (1849-1923)

RESUMO

Lentidão e ineficiência das decisões judiciais sempre foram e são grandes mazelas que destroem a credibilidade da Justiça brasileira. Para fazer frente às reivindicações sociais, o ordenamento jurídico brasileiro foi reformado para o fim de colocar a efetividade como princípio maior a ser alcançado pelo processo civil. Recentemente, a Emenda Constitucional nº 45/2005 elevou o princípio processual da celeridade ao patamar constitucional. Tais inovações impõem uma atuação mais ativa do Magistrado no processo. Para tanto, uma das ferramentas mais poderosas colocadas à disposição dos Juízes é o instituto da “antecipação de tutela”, através do qual os Julgadores podem adiantar, parcial ou integralmente, os bens jurídicos perseguidos pela parte. No entanto, a falta de delimitação clara acerca dos poderes, deveres e limitações do Juiz na concessão da tutela antecipada podem prejudicar a aplicação prática do instituto, esvaziando-o. Diante desta problemática, inicialmente o presente trabalho constrói o arcabouço teórico necessário para o desenvolvimento do tema. Amparando-se em normas e doutrina, estudam-se os conceitos basilares atinentes ao tema da presente monografia. Em seguida, apresentam-se os poderes e deveres gerais do Magistrado enquanto atuando na prestação jurisdicional, para em seguida especializar tais análises em relação ao instituto da antecipação de tutela. A seguir, são apresentadas as limitações e vedações aplicáveis às medidas antecipatórias. Por fim, a presente monografia conclui que a aplicação da antecipação de tutela, quando presentes os seus requisitos, é um dever do Magistrado para o fim de garantir a razoável duração do processo, celeridade e efetividade processuais, igualdade entre as partes, etc... Ademais, que o alcance das medidas antecipatórias visa a pacificação social e a realização da Justiça, dando ao Poder Judiciário um papel ativo de transformação e evolução da sociedade.

Palavras-chave: Tutela. Antecipada. Antecipação. Medidas. Urgência.

Magistratura. Juiz. Juízes. Poderes. Deveres. Limitações. Poder. Judiciário.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
HC	Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 NOÇÕES PRELIMINARES	13
1.1 ESTADO	14
1.2 SEPARAÇÃO OU TRIPARTIÇÃO DOS PODERES	14
1.3 PODER JUDICIÁRIO	17
1.4 JURISDIÇÃO	17
1.5 ATO JURISDICIONAL.....	19
1.5.1 Classificação quantos aos efeitos produzidos.....	22
1.5.2 Atuação reparatória ou preventiva	25
2 TUTELA DE URGÊNCIA	28
2.1 INTRÓITO	28
2.1 TUTELA CAUTELAR	30
2.2 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	31
2.2.1 Intróito	31
2.2.2 Definição	33
2.2.3 Natureza jurídica	34
2.2.4 Requisitos legais	37
2.2.5 Modalidades	38
2.2.5.1 Tutela antecipada de urgência	38
2.2.5.2 Tutela antecipada de evidência.....	39
2.2.5.3 Tutela antecipada de incontrovérsia.....	40
2.2.6 Momento de concessão	40
2.2.7 Termo “liminar”	42
2.3 TUTELA ESPECÍFICA	43
3 OS MAGISTRADOS	47
3.1 GARANTIAS DA MAGISTRATURA	48
4 PODERES DOS MAGISTRADOS	51
4.1 PODERES GERAIS	51
4.2 PODERES ESPECÍFICOS EM RELAÇÃO À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	53
4.2.1 Decorrentes da sua natureza executiva-mandamental	53
4.2.2 Inaplicabilidade da preclusão <i>pro judicato</i>	56
4.2.3 Concessão <i>ex officio</i> de antecipação de tutela	56
4.2.4 Não incidência do princípio da adstrição ou correlação	57
4.2.5 Concessão sem oitiva do réu	58
4.2.6 Fixação <i>ex officio</i> de astreintes	59
4.2.7 Fixação de outros tipos de sanções	59
4.2.8 Modulação dos efeitos da apelação	60
5 DEVERES DOS MAGISTRADOS	62
5.1 DEVERES GERAIS.....	62
5.2 DEVERES EM RELAÇÃO À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	69
5.2.1 Para concretização da constituição federal.....	69

5.2.2 Quanto à natureza vinculada da concessão.....	71
5.2.3 Quanto à celeridade processual.....	72
5.2.4 Quanto à efetividade processual.....	73
5.2.5 Quanto ao dano marginal e o princípio da isonomia.....	74
5.2.6 Quanto à fungibilidade.....	78
5.2.7 Quanto à parte incontroversa da demanda.....	80
5.2.8 Quanto ao sistema Bacen-jud.....	81
6 LIMITAÇÕES E VEDAÇÕES À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	83
CONCLUSÃO.....	88
REFERÊNCIAS.....	92

INTRODUÇÃO

A demora da Justiça somente interessa àqueles que buscam a iniquidade.

Freqüentemente, a técnica processual é utilizada unicamente para procrastinar o exercício de um direito inequívoco da parte. O que dizer, por exemplo, a uma família que litiga há anos pleiteando alimentos em decorrência de ato ilícito? Demandas de responsabilidade civil desta natureza correm por anos e anos, muitas vezes para chegar ao momento da execução e verificar que o devedor não mais possui patrimônio capaz de fazer frente à indenização.

Neste sentido, o ditado popular “tempo é dinheiro” nunca repercutiu tão fidedignamente a realidade financeira dos tempos atuais. Se um correntista busca repetição de indébito em face de uma instituição bancária, verá o seu reembolso acrescido de juros legais de 1% (um por cento) ao mês. Por sua vez, a demora na tutela jurisdicional permitirá ao banco utilizar aquele valor como capital de giro no mercado financeiro, com remuneração próxima a 10% (dez por cento) ao mês. Neste contexto, a delonga do Judiciário se converte em fonte de receita para o devedor.

Depreende-se dos singelos exemplos acima elencados que o tempo milita em prol da iniquidade. Nesta medida, um Magistrado que durante o curso da demanda se contenta em proferir apenas “despachos ordinários” (postergando a análise do mérito unicamente para o momento da sentença) torna a tutela jurisdicional tardia, ineficiente e, não raras vezes, ineficaz e inútil.

Para fazer frente à nova realidade dos fatos, fez-se necessário uma profunda reforma no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, as reformas do Código de Processo Civil a partir de 1994 colocaram a efetividade como princípio maior a ser alcançado pelo processo civil.

Recentemente, a Emenda Constitucional nº 45 elevou o princípio processual da celeridade ao patamar constitucional através da inclusão do inciso LXXVIII no artigo 5º da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 5º ...

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988, grifo nosso)

A exigência pela celeridade e efetividade processuais impõe uma atuação mais ativa do Magistrado no processo. Neste sentido, uma das ferramentas mais poderosas colocadas à disposição dos Juízes é o instituto da “antecipação de tutela”, através do qual os Julgadores podem adiantar, parcial ou integralmente, os bens jurídicos perseguidos pela parte.

No entanto, a falta de delimitação clara acerca dos poderes, deveres e limitações do Juiz na concessão da tutela antecipada podem prejudicar a aplicação prática do instituto, esvaziando-o.

Tal assertiva, mais do que mera construção acadêmica-teórica-abstrata, gera enorme efeito prático ao representar uma solução para a lentidão e a ineficiência das decisões judiciais, duas grandes mazelas que destroem a credibilidade da Justiça brasileira.

A presente monografia possui como título “Os Poderes, Deveres e Limitações do Juiz na Aplicação da Tutela Antecipada”, e visa primordialmente enfrentar esta questão sob o ponto de vista de um Julgador, de modo a auxiliá-lo na aplicação otimizada do instituto para o fim de entregar a tutela jurisdicional de forma célere e efetiva. Por óbvio, ante a modicidade do presente estudo, não se aspira ao esgotamento do tema.

A monografia está dividida em seis partes. Inicialmente serão apresentados os conceitos basilares extraídos da Teoria do Estado, Filosofia do Direito, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil e Direito Processual Civil.

Em face da importância ímpar da “antecipação de tutela” para o desenvolvimento do tema da presente monografia, a segunda seção é dedicada ao estudo da “Tutela de urgência”.

As características primordiais dos Magistrados são apresentadas na terceira seção da monografia.

Em seguida, apresentam-se os poderes e deveres gerais dos Magistrados enquanto atuando na prestação jurisdicional, para em seguida especializar tais análises em relação ao instituto da antecipação de tutela.

Por fim, na última seção da monografia são apresentadas as limitações e vedações aplicáveis às medidas antecipatórias.

1 NOÇÕES PRELIMINARES

Assim como o construtor inicia a obra por seus alicerces, para que o desenvolvimento das idéias e dos argumentos do presente trabalho se dê sob premissas seguras e conhecidas, faz-se necessário posicionar o objeto do estudo dentro da respectiva universalidade de conhecimento.

Desta forma, o estudo detalhado e pormenorizado da fração deve ser antecedido por uma visão panorâmica da totalidade.

O título do presente trabalho é “Os Poderes, Deveres e Limitações do Juiz na Aplicação da Tutela Antecipada”. Durante o desenvolvimento do presente estudo, ficou claro que o “ato de julgar é ato de poder, e, hodiernamente, quem detém o monopólio do poder de julgar é o Estado” (GOMES, 2001, p. 17).

Desta forma, a presente monografia situa-se numa incomum e interessante zona de convergência entre a Teoria do Estado, Filosofia do Direito, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil e Direito Processual Civil.

Está, portanto, estabelecido o porto seguro do qual partirá a presente monografia: a exposição dos conceitos e noções essenciais para o desenvolvimento do tema. Em cada item, intentar-se-á apresentar o conteúdo relacionando-o com o tema em estudo, objetivando explicitar a sua relevância e pertinência para a presente monografia.

1.1 ESTADO

A conceituação de 'Estado' comporta inúmeras definições conforme o prisma que seja adotado (sociológico, político ou constitucional), não sendo possível defini-lo de maneira absoluta (BACELLAR, 2007, 16).

De forma geral, o Estado é compreendido como uma sociedade ou nação politicamente organizada. Nas palavras de Alexandre Groppali, "Estado é a pessoa jurídica soberana constituída de um povo organizado, sobre um território, sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem, bem-estar e progresso social" (GROPPALI, 1962, 265).

Nesta medida, o conceito de Estado alicerça-se sobre elementos materiais (povo e território), formal (poder político ou governo) e teleológico (finalidade do bem comum).

1.2 SEPARAÇÃO OU TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A tripartição do Estado foi concebida com o propósito de servir como contenção ao arbítrio e poder ilimitado dos Estados Absolutistas (GOMES, 2001, p. 20).

A separação dos poderes foi uma idéia delineada inicialmente por Aristóteles e evoluiu com as obras de Maquiavel e John Locke, culminando na célebre "O espírito das leis" de Montesquieu (GOMES, 2001, p. 19-20).

Por curiosidade histórica, eis o que disse originalmente Montesquieu (*apud* Gomes) em “De l'Esprit des Lois”, *in verbis*:

[...] há em cada Estado três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último de poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado. (GOMES, 2001, p. 20, *sic*)

Hodiernamente, a separação de poderes é compreendida da seguinte forma:

Cada poder do Estado tem suas funções específicas. Via de regra, o Executivo exerce a função executiva, administrando e gerindo a coisa pública. O Legislativo cria o direito, elaborando as leis, que disciplinam o *modus vivendi* dos indivíduos no meio social. O Judiciário dirime os conflitos, fazendo atuar a lei para dar a cada um o que é seu. (BEMFICA, 1995, p. 6, grifo nosso)

Há, no entanto, uma imprecisão no uso da terminologia “separação ou tripartição” dos poderes, conforme preleciona o mestre Guilherme Freire de Barros Teixeira, *in verbis*:

[...] críticas da doutrina constitucionalista quanto à impropriedade técnica do emprego da expressão tripartição de poderes, tendo em vista que, por sua própria natureza e por ser um atributo do Estado, o poder é uno, não sendo passível de divisão, de modo que o mais correto seria falar em separação de funções governamentais (legislativo, executiva e jurisdicional) entre os órgãos diferenciados. (TEIXEIRA, 2008, p. 26, grifo nosso)

A teoria da tripartição dos poderes foi absorvida universalmente pelas Constituições de todos os Estados Modernos. Neste sentido, todas as Constituições do Brasil adotaram a divisão de poderes, culminando com a Carta de 1988 que o adota expressamente através de seu artigo 2º.

O artigo 60 da Constituição Federal transformou a separação de poderes em cláusula pétrea. No entanto, cumpre-se frisar que a separação de poderes não é absoluta, sendo mitigada:

- a) pelo exercício de funções atípicas (aquelas que todos os poderes desempenham, de ordem administrativa e normativa interna (por exemplo, regulamentos internos, etc...)). Neste sentido, a doutrina, in verbis:

[...] Além das funções típicas, cada um dos poderes exerce secundariamente as demais funções, sendo feita a tripartição com base na atividade preponderante de cada um deles. Assim, o Legislativo também exerce atividades de administração, dispondo, por exemplo, sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços (CF, arts. 51, IV, e 52, XIII). Igualmente, o Legislativo julga, incumbindo-lhe processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (CF, art. 52, I), além de processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, II).

Da mesma forma, o Executivo pode legislar, como ocorre com a edição de medidas provisórias, com força de lei (CF, art. 62, *caput*), bem como julgar pedidos de administrados, defesas e recursos administrativos, o que, embora não seja equiparado à função jurisdicional desempenhada pelo Judiciário, demonstra a possibilidade de ser efetuado um julgamento por poder diverso daquele que possui a função típica de jurisdição.

No mesmo sentido, o Judiciário é autorizado a administrar, pois organiza as secretarias e serviços auxiliares dos tribunais e os dos juízes que lhes forem vinculados, além de conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados (CF, art. 96, I, 'b' e 'f'). Por outro lado, o Judiciário legisla, elaborando os regimentos internos de cada um dos tribunais (CF, art. 96, 1, 'a'). (TEIXEIRA, 2008, p. 26, grifo nosso)

- b) pelo sistema de freios e contrapesos, construído pelo constitucionalismo

norte-americano, assim sintetizado pela doutrina, in verbis:

[...] as peculiaridades do assunto nos Estados Unidos da América. Lá se procurou aplicar, de maneira bem acentuada e com rigor lógico, o princípio da separação de poderes, criando-se um sistema que foi chamado 'de freios e contrapesos', que reservou ao Judiciário uma função, precipuamente, de controle, mas sem se afastar totalmente dos padrões ingleses, ao mesmo tempo em que se procurava assegurar o caráter democrático das instituições, inclusive da magistratura. (DALLARI, 2007, p. 17, grifo nosso)

1.3 PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Federal estrutura o Poder Judiciário entre os seus artigos 92 a 126, em um capítulo inteiramente dedicado ao tema. Ante a modicidade do presente estudo, aqui não cabe um estudo pormenorizado dos órgãos, estruturas e divisão de competências deste Poder.

No âmbito do presente trabalho, o que se almeja é delinear o alcance e escopo do Poder Judiciário enquanto parcela do Estado atuando na jurisdição, para daí conduzir o presente estudo aos seus poderes, deveres e limitações.

Por ora, o que se cumpre registrar é que a Constituição Federal assegura ao Poder Judiciário o mais amplo e irrestrito leque de atuação, pois o seu artigo 5º, inciso XXXV assevera que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

A Constituição Federal assegura a independência do Poder Judiciário através das garantias da Magistratura (artigo 95) e da autonomia administrativa e financeira do Judiciário (artigo 99) (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 91).

1.4 JURISDIÇÃO

A função típica do Poder Judiciário é a jurisdição. Sob a ótica leiga, o Novo Dicionário Eletrônico Aurélio define jurisdição nos seguintes termos:

[Do lat. *jurisdictione*.] Substantivo feminino.

1. Poder atribuído a uma autoridade para fazer cumprir determinada categoria de leis e punir quem as infrinja em determinada área.
2. Área territorial dentro da qual se exerce esse poder; vara.
3. Alçada, competência.
4. Fig. Poder, influência. ... (FERREIRA, 2004, grifo nosso)

O Vocabulário jurídico de De Plácido e Silva arremata e pormenoriza o termo, *in verbis*:

JURISDIÇÃO. Derivado do latim *jurisdictio* (ação de administrar a justiça, judicatura), formado, como se vê, das expressões *jus dicere*, *juris dictio*, é usado precisamente para designar as atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a justiça. Assim, em sentido eminentemente jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e limite do poder de julgar de um juiz. [...]
Toda jurisdição, na conceituação moderna, dimana da soberania do Estado, a qual nela é fundada.
Quer isto dizer: a jurisdição é o poder de julgar que, decorrente do *imperium*, pertence ao Estado. E este, por delegação, o confere às autoridades judiciais (magistrados) e às autoridades administrativas.[...]" (SILVA, 2004, p. 802, grifo nosso)

Conforme assentado pelo doutrinador retro, a jurisdição é um conceito imanente à formação do Estado, porquanto expressão de sua soberania interna. No Brasil, a soberania é elencada como um dos fundamentos do Estado brasileiro, nos termos do artigo 1º, inciso I da Constituição Federal.

A soberania interna é exercida pelo governo (poder político do Estado, um de seus elementos formadores). A soberania engloba: o direito à organização política, direito de legislação, direito de domínio e, em especial ao presente estudo, o direito de jurisdição (em sentido *lato sensu*).

O direito de jurisdição é multifacetado, do qual se extraem três perspectivas: função, atividade e poder. Sobre este tema, versa a doutrina:

A jurisdição é, referem Cintra, Grinover e Dinarmarco, poder, função e atividade: como poder, manifesta o poder estatal, como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões; como função, expressa o encargo de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo, através do processo; como atividade, é o

complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função cometida pela lei. (CARNEIRO, 2004, p. 7, grifo nosso)

Independentemente do prisma adotado (poder, função ou atividade), a finalidade da jurisdição é a “pacificação social”. Neste sentido, extremamente pertinente o lema da Campanha da Fraternidade 2009 da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) ao afirmar que “a paz é fruto da justiça”.

1.5 ATO JURISDICIONAL

As três funções básicas do Estado (administração, legislação e jurisdição) atuam e manifestam-se no mundo dos fatos através de atos jurídicos classificados, respectivamente, como administrativo, legislativo e jurisdicional.

No âmbito do presente estudo, cumpre-se estudar o “ato jurisdicional”, assim definido pela doutrina, *in verbis*:

ATO JURISDICIONAL. Assim se denomina todo ato emanado de autoridade judiciária, consistente de despacho, decisão interlocutória ou sentença. Entende-se, também, como ato de julgar. [...]
A validade do ato jurisdicional decorre sempre da competência do juiz que o executa, competência esta evidenciada segundo as regras processuais, seja em razão da matéria, da pessoa, do valor ou do território. [...] (SILVA, 2004, p. 165, grifo nosso)

Porquanto espécie do gênero “ato jurídico”, o ato jurisdicional exige uma forma “especializada” dos seus requisitos (“agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”).

O requisito “agente capaz” assenta-se sobre a figura do Magistrado, o qual deve ter competência (poder exigido para a realização do ato; resulta da lei e é por

ela delimitado), imparcialidade (inexistência das hipóteses de impedimento e suspeição previstas nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil) e não estar obstaculizado pelo manto da coisa julgada (“quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”, nos termos do artigo 301, § 3º do Código de Processo Civil).

Na seara cível (o foco da presente monografia), o “objeto lícito, possível, determinado ou determinável” relaciona-se com a possibilidade jurídica do pedido, uma das condições da ação previstas no artigo 267, VI e artigo 295, § único, III, ambos do Código de Processo Civil.

A forma “representa o cumprimento das formalidades legais (Constituição Federal, pelo Código de Processo Civil e por leis esparsas), representando o processo em si. Precipuamente, estabelece o artigo 93, IX da Carta Magna que todas as decisões do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

A atuação dos Magistrados se concretiza por meio de sentenças, decisões interlocutórias e despachos, conforme previsto pelo artigo 162 do Código de Processo Civil. Os conceitos legais de “sentença”, “decisão interlocutória” e “despacho” encontram-se dispostos em seus parágrafos (do artigo 162 do *Codex*).

Os julgamentos proferidos por tribunais recebem a denominação de acórdãos, conforme estipula o artigo 163 do Código de Processo Civil. A doutrina preleciona, *ipsis litteris*:

9.2.2. **Acórdão**

Denomina-se acórdão o julgamento proferido pelos tribunais (art. 163, do CPC) ainda que decorra de exercício de competência originária, como, por exemplo, [...]

A expressão ‘acórdão’, vem de ‘acordo’, o consenso, a vontade predominante, ao menos pela maioria, dos membros do tribunal sobre determinada matéria. A formação da vontade no acórdão é colegial, isto é,

integrada pelas manifestações da vontade de cada juiz. (SLAIBI FILHO, 2006, p. 294, grifo nosso)

Cumpre-se ainda ressaltar o termo “aresto”, assim definido pela doutrina:

9.2.3. Aresto

Aresto é a decisão, de 1 ° ou 2° grau de jurisdição, da qual não mais cabe recurso.

Não há como se confundir aresto com ‘arresto’, que é medida constritiva prevista no art. 653 do CPC e cautelar, nos arts. 813 a 821, do mesmo Código. (SLAIBI FILHO, 2006, p. 294, grifo nosso)

Em relação à sentença, os seus requisitos essenciais (relatório, fundamentos e dispositivos) estão previstos nos incisos do artigo 458 do Código de Processo Civil. Oportuno frisar que, no âmbito do Juizado Especial, o artigo 38 da lei 9.099/95 dispensa o relatório.

No que tange à classificação das sentenças, diversos são os critérios utilizados pela doutrina, tais como os seus elementos, o órgão ou agente que a emitiu (classificação subjetiva ou orgânica), o modo de sua formalização (classificação formal), etc... (SLAIBI FILHO, 2006, p. 293).

Ante a grande extensão do tema, o presente trabalho ficará adstrito à classificação quanto aos efeitos produzidos (denominada material, objetiva ou substancial), cuja tipologia “mandamental” corresponde à natureza do instituto da antecipação de tutela e irá refletir no estudo dos poderes, deveres e limitações do Magistrado.

1.5.1 Classificação quanto aos efeitos produzidos

Pontes de Miranda criou a classificação quinária, classificando as sentenças judiciais em relação aos efeitos produzidos no mundo dos fatos como: declaratória, constitutiva, condenatória, executiva *lato sensu* e mandamental. Sobre o tema, preleciona a doutrina, *ipsis litteris*:

A doutrina denomina efeitos principais da sentença à sua eficácia na transformação da realidade – declarar, constituir, condenar, etc...[...]

O efeito da sentença é, principalmente, atuar na realidade, na relação material, impondo concretamente a ordem jurídica na garantia dos bens econômicos ou morais. [...]

A primeira grande classificação das ações é a **classificação ternária**, atenta ao direito substancial ou material que elas põem em vigor, que divide as ações em ações de conhecimento (ou ações cognitivas), em que se busca a substituição, pelo órgão judicial, da manifestação da vontade da parte (ações declaratórias, constitutivas e condenatórias); ações executivas (ou de execução forçada ou executórias) em que se pretende a substituição da atividade da parte pelo órgão judicial (dar, fazer ou não fazer) e ações cautelares (decorrentes de pretensões às medidas acautelatórias ou conservadoras, expedidas antes de se declarar a vontade da lei de forma definitiva).

[...] Influenciada por **Pontes de Miranda**, há a parcela minoritária que prefere utilizar a **classificação quinária** (ações declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas) (SLAIBI FILHO, 2006, p. 303-310, grifo nosso)

Em que pese Pontes de Miranda ter criado a classificação quinária com base nos efeitos das sentenças, não há qualquer óbice à sua aplicação em relação a outros atos jurisdicionais com carga decisória, tais como decisões interlocutórias ou acórdãos.

Via de regra, cumpre-se frisar que uma decisão judicial produz diversos efeitos de modo a não se encaixar somente em uma das classificações quinárias. O próprio Pontes de Miranda reconheceu tal fato ao criar uma “tabela de eficácia das ações”, no qual atribuiu valores numéricos de 1 a 5 proporcionais ao maior ou menor

peso de cada efeito nas ações declarativas, constitutivas, condenatória, mandamental e executiva.

A sentença ou decisão **declaratória** encontra-se prevista no artigo 4º do Código de Processo Civil. A doutrina preleciona a sentença declaratória nos seguintes termos, *in verbis*:

SENTENÇAS MERAMENTE DECLARATÓRIAS são as que se limitam ao reconhecimento da existência ou da inexistência de uma relação jurídica ou ao accertamento a respeito da autenticidade ou falsidade de documento (MARCATO, 2008, 450, grifo nosso)

O Desembargador Nagib Slaibi Filho arremata, *in verbis*:

Fundamento, assim, da ação declaratória, é a incerteza ou dúvida na relação jurídica material, quanto à sua existência, limites, atuação etc. [...] Basta a incerteza, para a ação declaratória. Se houver violação de direito, busca-se seu ressarcimento através da ação condenatória. (SLAIBI FILHO, 2006, p. 312, grifo nosso)

A sentença **constitutiva** tem a capacidade de produzir um estado jurídico que, antes dela, não existia (SLAIBI FILHO, 2006, p. 329). Preleciona a doutrina, *in verbis*:

SENTENÇAS CONSTITUTIVAS são as que possuem o condão de promover a formação, a extinção ou a modificação de uma relação jurídica; seu efeito é o de produzir uma situação jurídica nova. Exemplos clássicos dessa espécie são as sentenças que decretam o divórcio e as que anulam negócio jurídico. (MARCATO, 2008, 450, grifo nosso)

Um ato jurisdicional **condenatório** impõe o cumprimento de uma prestação positiva (dar coisa ou fazer) ou negativa (não fazer). Assevera a doutrina, *in verbis*:

SENTENÇAS CONDENATÓRIAS são as que, além de declararem um direito, formam um título executivo contra o devedor (ver art. 475-N, I), como ocorre, por exemplo, nas ações de cobrança; (MARCATO, 2008, p. 450, grifo nosso)

Uma sentença **executiva** constitui a norma concreta e individual, bem como permite atos constrictivos de transferência do patrimônio independentemente de posterior fase executiva (SLAIBI FILHO, 2006, p. 404). Esclarece a doutrina, *ipsis litteris*:

SENTENÇAS EXECUTIVAS são as que possuem a aptidão de produzir seus efeitos práticos independentemente da instauração de um novo processo. Elas diferiam, nesse ponto, das sentenças condenatórias, que, para serem executadas, dependiam da formação de uma nova relação processual e de um novo procedimento. Como exemplos de sentenças executivas a doutrina sempre lembrou das proferidas nas demandas possessórias típicas (reintegração de posse, manutenção de posse e interdito proibitório) e de despejo; (MARCATO, 2008, p. 450, grifo nosso)

Por último, há as sentenças e decisões **mandamentais**, assim definidas pela doutrina, *ipsis litteris*:

SENTENÇAS MANDAMENTAIS são aquelas por meio das quais o juiz emite uma ordem a ser cumprida por determinado agente. O juiz, agindo como autoridade, emite um comando cujo descumprimento pode acarretar responsabilização penal. As sentenças prolatadas nos processos de mandado de segurança enquadram-se nessa categoria. (MARCATO, 2008, p. 451, grifo nosso)

As decisões mandamentais são de especial relevância para a presente monografia, haja vista que o instituto da antecipação de tutela se concretiza mediante uma decisão mandamental. Neste sentido, a doutrina:

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, espécie do gênero tutelas de urgência, é providência que tem **natureza jurídica mandamental**, que se efetiva mediante execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento (NERY JÚNIOR, 2007, p. 523, grifo nosso)

As decisões ou sentenças mandamentais dão ao Julgador um grande leque de opções de atuação, pois corresponde a uma ordem direta do Magistrado ao jurisdicionado, via de regra para imediato cumprimento.

A atividade jurisdicional comporta-se como verdadeiro “poder” estatal, pois impõe uma determinada conduta sob pena de prisão e/ou de sanção pecuniária.

Uma decisão ou sentença mandamental não se submete à tradicional fase executiva do processo de cognição. O seu cumprimento deve ser imediato,

1.5.2. Atuação reparatória ou preventiva

O pensamento clássico sustentava que o ato legislativo era dedicado ao futuro, o ato administrativo ao presente e o ato jurisdicional ao passado. Entretanto, tal *discrímen* não encontra mais eco na realidade.

A sociedade contemporânea exige uma nova atuação do Poder Judiciário. O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal determina que a jurisdição permaneça atenta ao presente e futuro para o fim de debelar “ameaça a direito”.

Desta forma, a tutela jurisdicional pode ser classificada em tutela reparatória ou preventiva, conforme o momento de sua atuação e o seu objetivo em relação à violação do direito.

A tutela **reparatória ou indenizatória** consiste na atuação clássica da jurisdição, na qual o Poder Judiciário atua sobre uma lide ou violação de direito pré-processual, existente anteriormente à propositura da demanda.

A *causa petendi* (causa de pedir) encontra-se no passado, de forma já consumada.

O mais emblemático representante desta categoria são as demandas por responsabilidade civil, no qual se busca “a reparação ou o ressarcimento do dano causado injustamente a outrem” (SILVA, 2004, p. 1222).

Este é o tipo de tutela *standard* prestada pelo Direito.

Por sua vez, a **tutela preventiva** visa prevenir, afastar ou minimizar a violação de direito, a qual por consectário lógico ainda não foi integralmente consumada.

A tutela preventiva extrai seu fundamento na Constituição Federal, pois o artigo 5º, XXXV da Carta Magna determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário “ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Sobre o tema, versa a doutrina, *in verbis*:

A Constituição garante não apenas a reparação, mas também a prevenção. E ao aplicador da norma constitucional não é lícito desconhecer que na verdade prevenir é melhor que reparar, proteger é melhor que recompor, porque de fato nenhuma lesão é completamente reparada ou recomposta. (MACHADO, 2008, p. 227, grifo nosso)

A tutela jurisdicional não é assegurada apenas para uma função reparatória da lesão já perpetrada ao direito. É também assegurada com caráter preventivo, protegendo-se o direito da ameaça de lesão. Por isso que o art. 5º, XXXV, da Carta Fundamental assegura a todos que o legislador (ou ninguém) possa excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito - a garantia constitucional do acesso à justiça. De modo que o estudo, compreensão e aplicação correta das medidas cautelares, da antecipação de tutela e do mandado de segurança se tornam agora ainda mais necessários. (SILVA, 2006, p. 41, grifo nosso)

A tutela preventiva foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio para o fim de proteger os direitos e garantias individuais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, haja vista a insuficiência das ferramentas tradicionais para evitar as violações aos direitos e garantias fundamentais.

Atualmente a tutela preventiva é aplicada em todos os ramos do Direito. No entanto, é na proteção ao meio-ambiente que os princípios da prevenção e precaução impõem máxima utilização da tutela preventiva, conforme explica a doutrina:

Com base nessa interessante organização do sistema brasileiro de tutela jurisdicional coletiva, afirma ser possível reconhecer, aqui, a possibilidade de que se estruturam espécies de tutela de conteúdo preventivo, mas objetivando conter a própria ameaça do ilícito, compreendido como instituto autônomo em relação ao dano, de modo que o que se objetiva não é uma pretensão de ressarcimento, fundada no clássico esquema patrimonial da responsabilidade civil, mas produzir três possíveis efeitos no quadro das relações jurídicas: impedir a prática, impedir a continuação, e, por fim, impedir a repetição do ilícito, entendido como a possibilidade de qualquer conduta contrária ao direito. (LEITE, 2002, p. 156-157, grifo nosso)

Segundo o doutrinador Nelson Nery Junior, a tutela preventiva é exercida através da tutela cautelar, tutela antecipada e tutela inibitória (2007, p. 671). Tal descrição coincide com a definição de “tutelas de urgência” e torna evidente a convergência entre tais institutos, porém sem se confundir.

A “tutela preventiva” visa debelar o risco de dano.

A “tutela de urgência”, por sua vez, tem um rol bem mais amplo de finalidades e hipóteses de cabimento.

Em face da inegável importância das “tutelas de urgência”, em especial a “antecipação de tutela” ao presente estudo, optou-se por analisá-las de forma apartada e pormenorizada na próxima seção.

2 TUTELA DE URGÊNCIA

2.1 INTRÓITO

Conforme já aventado anteriormente, segundo as teorias contratualistas de formação do Estado, os cidadãos renunciaram em determinado momento histórico ao direito de “fazer justiça” e entregaram ao Estado o monopólio da jurisdição.

Desta forma, a auto-tutela (resolução do conflito pelas próprias partes) passou a ser proibida, salvo nos casos excepcionais previstos em lei tal como, por exemplo, em hipótese de ‘legítima defesa’. Inclusive, o artigo 345 do Código Penal Brasileiro prevê sanções àqueles que praticam o “exercício arbitrário das próprias razões”.

Na auto-tutela não há a variável “tempo”, pois o conflito se resolve imediatamente pela ação das partes. Por sua vez, a intervenção do Estado no conflito como “terceiro imparcial” mediatizou a solução, estabelecendo regras que se distendem no tempo para oportunizar às partes a ampla defesa e contraditório. Sobre o tema, esclarece a doutrina:

Ao impedir a autotutela e ao assumir o monopólio da produção e da atuação do direito, o Estado criou um custo inevitável, qual seja, o tempo que o julgador leva para receber e processar as informações prestadas pelas partes e, em conseqüência, para prestar a tutela jurisdicional.

[...]

Assim, apesar de, teoricamente, as tutelas ligadas ao processo de conhecimento e de execução serem suficientes para o esgotamento da atividade jurisdicional - já que, enquanto as primeiras definem a vontade concreta da lei para a situação litigiosa, a segunda torna efetiva essa vontade, quando a própria tutela de conhecimento não for apta a tanto (caso das tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*) -, o tempo entre a propositura de uma demanda e a efetiva entrega da tutela jurisdicional pode levar à deterioração de bens, pessoas, provas e relações jurídicas que são justamente o objeto desse outro tipo de tutela fundada na urgência. (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 154-155, grifo nosso)

Desta forma, o “devido processo legal” ficou maculado como sendo uma tutela que se protraí no tempo, demorada, conforme assentado por Humberto Theodoro Júnior, *in verbis*:

[...] para afastar situações graves de risco do dano à efetividade do processo, prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva.
Contra esse tipo de risco de dano, é inoperante o procedimento comum, visto que tem, antes do provimento de mérito, de cumprir o contraditório e propiciar a ampla defesa. [...] (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 736-737, grifo nosso)

Para atender àqueles casos em que não é possível a prestação da tutela convencional, foi criado um gênero especial de tutela, denominado “de urgência”. Sobre o tema, versa a doutrina *in verbis*:

Necessário se fez, então, a criação de mecanismos aptos a debelar a urgência através de medidas provisórias baseadas em cognição sumária, dentre elas as cautelares e a tutela antecipada.
O que as justifica, portanto, é a urgência, resolvendo situações que as formas ordinárias de tutela (de conhecimento e executivas) não conseguem debelar, possuindo, portanto, caráter eminentemente supletivo.
A idéia é simples - se, por um lado, ignorássemos a urgência, poderíamos, por vezes, tomar inútil a tutela a ser entregue ao jurisdicionado, dados os efeitos corrosivos do tempo ao bem da vida a ser tutelado. Por outro lado, se privilegiássemos em demasia esse tipo de tutela, que, dada a urgência, obriga que o juiz forme seu convencimento com base em cognição sumária, poderemos colocar em risco não só a segurança da relação jurídica processual, como também seus princípios informadores, notadamente o contraditório, fazendo surgir uma espécie de justiça paralela à justiça ordinária. [...]
Desse modo, a única forma de evitar que a tutela a ser entregue seja meramente paliativa e não efetiva, ou seja, que ocorra essa deterioração em função do tempo, é que surgem as chamadas tutelas de urgência, cuja função é notadamente instrumental, constituindo-se, assim, em uma via alternativa a ordinariade da tutela e em eficiente meio concebido para assegurar a realização de direitos. (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 154-155, grifo nosso)

Nosso ordenamento jurídico insere nesse capítulo das tutelas diferenciadas as medidas cautelares e as medidas de antecipação de tutela de mérito.
Todas essas medidas formam o gênero ‘tutela de urgência’, porque representam providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco do dano à efetividade do processo, prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva. [...] (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 736-737, grifo nosso)

Sendo tutela de urgência gênero, as suas espécies são a tutela cautelar e a antecipação de tutela. A estas espécies o professor Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira adiciona uma terceira, denominando-a “tutela específica”.

2.1 TUTELA CAUTELAR

O processo cautelar tem por objetivo tornar útil, assegurar e acautelar um direito que é ou será pleiteado na demanda principal. Define a doutrina, *in verbis*:

[...] medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor) (NERY, 2008, p. 523, grifo nosso)

A tutela cautelar é parte integrante da jurisdição, já que sem ela fracassaria em grande parte a missão de pacificar, adequadamente, os litígios. Logo, se existe um processo cautelar, como forma de exercício da jurisdição, existe, também, uma ação cautelar, no sentido processual da expressão, ou seja, no sentido de direito subjetivo à tutela jurisdicional *lato sensu*; só que a tutela cautelar, diversamente da tutela de mérito, não é definitiva, mas provisória e subsidiária. Consiste, pois, a ação cautelar no direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de ‘assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil’ (Liebman) (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 542, grifo nosso)

[...] A ação cautelar visa prevenir a eficácia futura do processo principal com o qual se ache relacionada. Na ação cautelar se pleiteia medida que assegure a eficácia de um processo distinto. Eminentemente instrumental, garante o exercício de outra ação, de conhecimento ou de execução. Na ação cautelar se constata uma pretensão de natureza pré-processual. O art. 796 do CPC determina que o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente. [...] (ACQUAVIVA, 2006, p. 26, grifo nosso)

A Constituição da República, em seu art. 5º, XXXV, prescreve que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A referência ao prenúncio de ofensa à norma jurídica como fonte determinante da tutela jurisdicional arrimou o processo cautelar como espécie de instrumento constitucional de preservação de direitos. [...]

Contudo, emprestou o legislador à finalidade preventiva uma acepção ampla, abrangendo qualquer providência impeditiva da ocorrência de dano, ainda que não relacionado à eficácia de um provimento jurisdicional buscado em outro processo. Assim, sob o título genérico de processo cautelar, o legislador arrolou procedimentos que nem sempre dão origem a um processo cautelar genuíno. Conforme o pedido desenvolvem-se procedimentos de jurisdição voluntária, como os protestos, notificações e interpelações (arts. 867 a 873), outros que melhor ficariam disciplinados como procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, como os de exibição de coisa móvel, documento e escrituração mercantil (arts. 844 e 845), chegando a ponto de disciplinar a atividade administrativa relacionada ao protesto de títulos (arts. 882 a 889). (MARCATO, 2008, p. 2473, grifo nosso).

O processo cautelar encontra a sua previsão legal no livro III do Código de Processo Civil, entre os artigos 796 a 889.

Em que pese a proximidade deste instituto em relação ao tema da presente monografia, a modicidade do presente estudo impossibilita o seu aprofundamento. No entanto, cumpre-se perquirir a diferenciação entre tutela cautelar e antecipação de tutela, foco principal da monografia:

Tutela antecipatória e tutela cautelar. A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273 I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor). (NERY, 2008, p. 523, grifo nosso)

2.2 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

2.2.1 INTRÓITO

A exigência pela celeridade e efetividade processuais impõe uma atuação mais ativa do Magistrado no processo. Neste sentido, uma das ferramentas mais

poderosas colocadas à disposição dos Juízes é o instituto da “antecipação de tutela”, através do qual os Julgadores podem adiantar, parcial ou integralmente, os bens jurídicos perseguidos pela parte.

O instituto da antecipação de tutela se encontra no nosso ordenamento jurídico há longa data, conforme explica o Desembargador Nagib Slaibi Filho, *in verbis*:

Já tínhamos no ordenamento jurídico pátrio a tutela antecipada, mas com previsão em dispositivos esparsos, como, por exemplo, os alimentos provisórios (art. 4º da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968), art. 936, as liminares nas ações possessórias (art. 928 do Código de Processo Civil), no mandado de segurança (art. 7º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951) e na ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I,p, com o nome de ‘cautelar’), o embargo liminar na ação de nunciação de obra nova (art. 937 do Código de Processo Civil) e tantos outros exemplos. Também já se satisfazia a pretensão à tutela antecipada através do procedimento cautelar, como, por exemplo, em medidas específicas como a busca e apreensão (art. 841), a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público (art. 888, VIII), e as medidas genéricas, cujas pretensões de tutela antecipada são lançadas no estuário comum do procedimento cautelar comum permitido pelo art. 798 do Código Processual. (SLAIBI FILHO, 2006, p. 459-460, grifo nosso)

No entanto, foi através da lei nº 8.952 de 13/12/1994 que a antecipação de tutela foi estendida, de forma ampla, a todos os tipos de processos através da nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil. Sobre a perspectiva histórica, versa Humberto Theodoro Junior, *in verbis*:

Muito antes da reforma que introduziu em nosso Código de Processo Civil a figura da ‘antecipação de tutela’ (Lei nº 8.952, de 13.12.94), já se notava uma inquietação na consciência jurídica universal em torno da necessidade de evitar o perigo de a demora do processo comum transformá-lo em providência inútil para cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material da parte vencedora. De início, lutava-se apenas pela preservação dos bens envolvidos no processo lento e demorado, afastando-os de eventual situação perigosa à sua conservação, para submetê-los, afinal, à sentença, de forma útil para os litigantes. Com essa preocupação, construiu-se basicamente a teoria das medidas cautelares. Mas ficava fora do campo demarcado para a tutela preventiva um outro grave problema, que era o da demora na prestação jurisdicional satisfativa, o qual, em si mesmo, poderia configurar uma denegação de justiça, ou uma verdadeira sonegação da tutela jurisdicional

assegurada entre as garantias fundamentais do moderno Estado Social de Direito.

Passou-se a defender algo mais efetivo que a medida cautelar, para antecipar, na medida do necessário à efetiva tutela jurisdicional, providências de mérito, sem as quais a tardia solução do processo acabaria por configurar indesejável quadro da 'denegação de justiça', sem embargo da vitória serodidamente alcançada no pretório.

Analisando o tema, observa-se Frederico Carpi:

'A perspectiva não é nova; o que é novo em nossa época é a consciência nos ordenamentos modernos de que a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos não é efetiva se não é obtível rapidamente'.

Por outro lado, passou-se a exigir uma ampliação, não só de conteúdo das medidas provisórias e urgentes, mas também de seu acesso, franqueando-o a todo e qualquer litigante, para se evitar situações de privilégios e discriminações.

Como não se admitia mais excluir a tutela provisória do âmbito do processo civil, não mais se podia também restringi-la apenas a uns poucos casos especificados ou reservá-la para determinados litigantes, já que isto acabaria por gerar novas formas de tutela privilegiada e sumária, com resultados evidentemente lastimáveis, como advertia Giuseppe Tarzia. (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 748, grifo nosso)

2.2.2 DEFINIÇÃO

O conceito legal da antecipação de tutela pode ser extraído do *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil, o qual assevera que o “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial” (BRASIL, 1973).

Sobre o tema, esclarece o doutrinador Humberto Theodoro Junior, *in verbis*:

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento imediato que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio. [...]

Com o novo expediente, o juiz, antes de completar a instrução e o debate da causa, antecipa uma decisão de mérito, dando provisório atendimento ao pedido, no todo ou em parte.

Diz-se, na espécie, que há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder à parte um provimento que, de ordinário, somente deveria ocorrer depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia e prolatada a sentença definitiva. (HUMBERTO JUNIOR, 2008, p. 752, grifo nosso)

No mesmo sentido, versa Nelson Nery Junior, *in verbis*:

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, espécie do gênero tutelas de urgência, é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. (NERY, 2008, p. 523, grifo nosso)

Preleciona Sidnei Amendoeira Jr, *ipsis litteris*:

A antecipação de tutela é o instituto através do qual permite-se ao magistrado antecipar, total ou parcial, a tutela pleiteada pelo autor em sua peça inicial e que somente ser-lhe-ia concedida ao final do procedimento de primeiro grau com a sentença de mérito. Trata-se de tutela temporariamente satisfativa, uma vez que se constitui em adiantamento da própria tutela ao final pretendida. Por ser concedida mediante cognição sumária, não é, portanto, definitiva, mas sim provisória e revogável. A diferença entre a tutela jurisdicional propriamente dita e aquela antecipada está na provisoriedade desta última. (AMENDOEIRA JR, p. 158, grifo nosso)

Conforme já suscitado, a lei nº 8.952 de 13/12/1994 estendeu a aplicabilidade da antecipação de tutela a todos os tipos de tutela: declaratória, constitutiva ou condenatória. Confirmando tal assertiva, discorre a doutrina:

Ações que admitem a tutela antecipada. O pedido de antecipação pode - sempre em tese - ser da própria tutela pretendida em ação de conhecimento (declaratória, constitutiva ou condenatória), pois o CPC 273 garante expressamente o adiantamento da tutela do próprio mérito ou de seus efeitos (NERY, 2008, p. 525, grifo nosso)

2.2.3 NATUREZA JURÍDICA

A antecipação de tutela é instituto jurídico de natureza material e executiva-mandamental.

É de natureza material porque adentra no mérito para extrair os seus elementos autorizadores. Embora de forma provisória, a antecipação de tutela entrega o bem da vida perseguido pela parte ou os seus efeitos, conforme preleciona a doutrina, *in verbis*:

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito [...], com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento (NERY, 2008, p. 523, grifo nosso)

A tutela antecipada destina-se a acelerar a produção de efeitos práticos do provimento, ainda que em caráter provisório, para abrandar o dano causado pela demora do processo. (MARCATO, 2008, p. 826, grifo nosso)

A antecipação da tutela é finalística, a cautelar é instrumental. No que se refere à tutela antecipada, não há o que se discutir quanto ao seu aspecto de 'mérito', pois, simplesmente, no mesmo processo principal, adianta-se, total ou parcialmente, o que foi pedido. [...] (SLAIBI FILHO, 2006, p. 462, grifo nosso)

Em sentido contrário, parte minoritária da doutrina entende que a antecipação não é do mérito em si (tutela declaratória, condenatória ou constitutiva), mas de seus efeitos, conforme preleciona Antonio Carlos Marcato, *in verbis*:

Antecipação de efeitos e espécies de tutela: O pedido de antecipação não se refere à própria tutela declaratória, condenatória ou constitutiva, mas aos efeitos que qualquer delas tende a produzir no plano material e que não possam aguardar o momento oportuno para que tal ocorra, sob pena de não mais terem utilidade para o titular do direito. (MARCATO, 2008, p. 837, grifo nosso)

Em que pese a proximidade com o mérito da demanda, a antecipação de tutela não pode se constituir em prejulgamento. Sobre o tema, alerta a doutrina, *in verbis*:

Prejulgamento. O juiz deverá proceder a cognição sumária para apreciar o pedido de tutela antecipada. Deve evitar pronunciar-se sobre o mérito da pretensão, enfatizando que sua decisão é provisória e superficial.

Conseqüentemente, pelo simples fato de conceder ou denegar tutela antecipada não se pode afirmar a suspeição do magistrado. (NERY, 2008, p. 527, grifo nosso)

A decisão de antecipação de tutela é executiva *lato sensu*, pois prescinde de posterior e seqüencial processo de execução para ser efetivado no mundo fático (NERY, 2008, p. 671). Desta forma, a própria tutela é hábil a promover as alterações necessárias no mundo fático para a satisfação do credor (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 137).

É ainda de natureza mandamental, haja vista que o juiz impõe (em linguagem leiga, “manda”) uma determinada conduta positiva (obrigação de fazer ou de entrega de coisa) ou negativa (de não fazer) (SLAIBI FILHO, 2006, p. 422).

A doutrina distingue a tutela executiva da mandamental nos seguintes termos, *in verbis*:

Enquanto a tutela executiva *lato sensu* trabalha com ato da parte praticada pelo juiz em sub-rogação, a mandamental trabalha com ordem que, como tal, é ato do juiz enquanto representante do Poder Estatal, ou seja, [...] o Estado não substituirá a parte vencida na prática do ato desejado; limita-se este a emitir uma ordem a ser cumprida pela própria parte. (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 138, grifo nosso)

Em que pese tal distinção técnica, o instituto da antecipação de tutela reúne ambas as tutelas, de forma complementar e indissociável (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 140) de modo a alcançar a “ultra-eficácia”, ou seja, a decisão proferida nesta sede não se submete à execução, projetando-se para além desta, de modo a entregar desde logo o bem da vida (ou os efeitos) que a parte somente alcançaria após a conclusão do processo e da sua execução. Sobre o tema, versa a doutrina que “a ultra-eficácia da medida para depois de encerrado o processo é circunstância que torna evidente sua natureza não cautelar” (NERY, 2008, p. 52).

Mesmo uma obrigação de pagar quantia certa, em sede de antecipação de tutela, se reveste da forma executiva-mandamental, conforme assenta a doutrina:

[...] não há impecilho jurídico ao uso da tutela mandamental nas obrigações decorrentes de entrega de coisa ou até mesmo nas obrigações de pagamento de quantia certa. (NETTO, 2002, p. 157, grifo nosso)

A natureza executiva-mandamental se revela pela referência no § 3º do artigo 273 ao artigo 461, § 5º, todos do Código de Processo Civil, *ex vi lege*:

Art 273 [...]

§ 3º - A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A. (BRASIL, 1973, grifo nosso)

Desta forma, primeiro se procede de acordo com os artigos 461 e 461-A e, havendo necessidade, passa-se para a execução provisória (antigo 588, atual 475-O do CPC).

2.2.4 REQUISITOS LEGAIS

Os requisitos legais para concessão da antecipação de tutela encontram-se previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. [...] (BRASIL, 1973, grifo nosso)

Da leitura do indigitado artigo extrai-se os elementos autorizadores da antecipação de tutela: prova inequívoca dos fatos, verossimilhança das alegações, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou intuito protelatório da parte adversa.

Sobre o tema, versa Humberto Theodoro Júnior, *in verbis*:

O texto do dispositivo legal em questão prevê que a tutela antecipada, que poderá ser total ou parcial em relação aos efeitos do pedido formulado na inicial, dependerá dos seguintes requisitos:

a) requerimento da parte;

b) produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial;

c) convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte;

d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

e) caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; e

f) possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa. (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 402, grifo nosso)

2.2.5 Modalidades

O instituto da antecipação de tutela se apresenta sob três espécies ou modalidades:

2.2.5.1 Tutela antecipada de urgência

Esta hipótese encontra-se prevista no caput e inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil. Discorre a doutrina, *in verbis*:

Na investigação de quais são as hipóteses de cabimento de tutela antecipada não tratamos de pressupostos ou de requisitos para o seu deferimento, mas da finalidade da tutela antecipada. A sua finalidade é a de evitar lesão ao direito. Por isso mesmo a primeira hipótese de cabimento está inscrita no inciso I do art. 273 do CPC - evitar grave lesão, de impossível ou incerta reparação, ao direito. Se houver fundado receio de **dano irreparável ou de difícil reparação** ao direito material, cabe a antecipação da tutela ". A doutrina fala em **tutela antecipada de urgência** para esta espécie. [...] (SILVA, 2006, p. 50-51, grifo nosso)

Por conseguinte, devem estar presentes os seguintes elementos autorizadores: prova inequívoca dos fatos, verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

2.2.5.2 Tutela antecipada de evidência

Esta hipótese assenta-se sobre o inciso II do artigo 273 do *Codex*, conforme preleciona a doutrina, *in verbis*:

[...] Mas cabe a antecipação da tutela também em outras hipóteses, quando restar caracterizado o **abuso do direito de defesa** do réu, quando houver um manifesto **intuito protelatório** do réu, ou seja, em todos os casos de litigância de má-fé. Aplicam-se aqui, portanto, todas as hipóteses do art. 17 do CPC, já que as condutas maliciosas ali descritas se enquadram perfeitamente no gênero abuso do direito de defesa. Em sede doutrinária o **abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu** (inciso 11 do art. 273 do CPC) fundamentam a concessão da **tutela de evidência**. [...] (SILVA, 2006, p. 50-51, grifo nosso)

São os elementos autorizadores desta forma de antecipação de tutela: prova inequívoca dos fatos, verossimilhança das alegações e intuito protelatório da parte adversa.

2.2.5.3 Tutela antecipada de incontrovérsia

Esta espécie está prevista no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil,

in verbis:

Art 273 [...]

§ 6º - A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 2002) [...] (BRASIL, 1973, grifo nosso)

Preleciona a doutrina, *ipsis litteris*:

[...] Cabe também a antecipação quando houver **incontrovérsia** a respeito de determinado pedido, nos moldes do § 6º do art. 273 do CPC, ao que poderíamos chamar de **tutela da incontrovérsia**. (SILVA, 2006, p. 50-51, grifo nosso)

2.2.6 Momento de concessão

A antecipação de tutela pode ser concedida em qualquer momento processual, conforme enfatiza Nelson Nery Junior, *in verbis*:

Época de concessão. Esta medida de tutela antecipada pode ser concedida *in limine litis* ou em qualquer fase do processo, *inaudita altera parte* ou depois da citação do réu. Pode ser concedida na sentença e depois dela. [...]

Concessão na sentença. É possível a concessão da tutela antecipada na própria sentença, desde que presentes os pressupostos legais. Enquanto não satisfeita a pretensão do autor, o que ocorre com o encerramento da execução (CPC 475-M § 3º e 795), há interesse processual na obtenção da tutela antecipada. Assim, é perfeitamente possível que o autor a obtenha por ocasião da sentença. [...]

Depois da sentença. Recurso interposto. Proferida a sentença, em tese não haveria mais interesse processual na obtenção da medida antecipatória da tutela de mérito, porque apreciada definitivamente a pretensão. Pode ser, entretanto, que o autor tenha sentença a seu favor, mas haja necessidade de obter o cumprimento ou a execução dos efeitos da mesma sentença. Neste caso, é possível requerer a própria tutela concedida na

sentença, ou seus efeitos, com força de verdadeira execução provisória (CPC 475-0 e 587). Se já foi interposto recurso, recebido no efeito suspensivo, a competência para a concessão da tutela será sempre do tribunal, pois a matéria impugnada restou devolvida ao conhecimento do tribunal, saindo da esfera de competência do juiz. Incide, por extensão, o CPC 800 par. ún., na redação dada pela L 8952/94. A tutela antecipada, portanto, pode ser concedida em grau de recurso. [...] (NERY, 2008, p. 527-528, grifo nosso)

O Magistrado José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva relaciona o momento processual para a concessão de tutela antecipada conforme a sua hipótese de cabimento (tutela de urgência, de evidência e de incontrovérsia), nos seguintes termos:

Tutela antecipada

[...] Na hipótese do inciso I do art. 273 do CPC (tutela de evidência), ela pode ser concedida desde o ajuizamento da ação, quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Mas nas hipóteses do inciso II e do § 6º do mesmo dispositivo só pode ser deferida depois da oportunidade de defesa. Não há como investigar manifesto propósito protelatório do réu, abuso do direito de defesa ou até incontrovérsia enquanto não fluir o prazo de resposta.

Mas a tutela antecipada é uma medida especial porque pode ser concedida em vários momentos depois do prazo de resposta do réu. O juiz verificando melhor ou até verificando pela primeira vez o requerimento de tutela antecipada na audiência em prosseguimento, e diante de prova inequívoca da situação de perigo e de verossimilhança da alegação, concede a tutela antecipada. Ou na audiência em prosseguimento verifica que há incontrovérsia sobre os fatos e antecipa os efeitos da tutela. Pode ocorrer ainda de na sentença ele verificar essa incontrovérsia, o perigo de dano ao direito e conceder, incidentalmente na sentença, a tutela antecipada. Isso porque a sentença é um título condenatório que depende ainda do trânsito em julgado, ao passo que aquela providência de tutela antecipada incidental (no bojo da sentença) se trata de um título executivo precário, mas exequível desde logo.

A tutela antecipada também pode ser deferida na fase recursal porque a situação de urgência não tem hora marcada para acontecer. Se não há recurso interposto o juiz de primeira instância aprecia o requerimento. Em tendo sido interposto o recurso, a competência será do tribunal, conforme já expusemos, de tal forma que pode haver antecipação de tutela até mesmo no tribunal. E pode haver concessão de tutela antecipada até na fase de execução. Destarte, a tutela antecipada pode ser concedida em qualquer momento processual, por se tratar de medida satisfativa. (SILVA, 2006, p. 62-63, grifo nosso)

2.2.7 “Liminar”

O Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva registra o seguinte significado para o termo “liminar”:

LIMINAR. Derivado do latim *liminaris*, de *limen* (porta, entrada), para indicar tudo o que se faz inicialmente, em começo.
Liminar, pois, quer exprimir desde logo, sem mais tardança, sem qualquer outra coisa.
Corresponde ao sentido da locução latina *in limine*: logo à entrada, no começo.
Assim, bem se difere de preliminar, que se entende aquilo que se apresenta com outra coisa, para ser solvido ou resolvido antes, ou em primeiro lugar.
Liminar é o que vem no início; preliminar é o que deve ser resolvido antes.
(SILVA, 2004, p. 848, grifo nosso)

A antecipação de tutela não se confunde com o termo “liminar”, conforme preleciona Humberto Theodoro Júnior, *in verbis*:

Não se deve, porém, confundir antecipação de tutela apenas com as liminares que já se conheciam em várias ações especiais. Embora essas liminares tenham sido a primeira forma de propiciar antecipação de tutela, a forma generalizada de provimentos dessa natureza, concebida pelo atual art. 273 do CPC, compreende providências que tanto podem ocorrer *in limine litis* como no curso do processo, em qualquer tempo em que ainda não se possa executar definitivamente a sentença de mérito. (HUMBERTO JUNIOR, 2008, p. 752, grifo nosso)

As demais características do instituto, em especial as medidas coercitivas para superar a renitência do demandado, serão pormenorizadamente analisadas a seguir na seção “4. Os Poderes do Magistrado em relação à Antecipação de Tutela”.

2.3 TUTELA ESPECÍFICA

O professor Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira adiciona uma terceira modalidade de antecipação de tutela denominada “tutela específica”.

É regra do direito civil que o devedor tem que adimplir a obrigação tal qual ela foi contraída, pactuada. No entanto, antes do Código de Defesa do Consumidor, o Direito não dispunha de ferramentas para forçar a execução da prestação como ela foi contratada.

Nesta medida, o Código de Defesa do Consumidor foi um verdadeiro divisor de águas na concretização da tutela específica, adicionando ao ordenamento jurídico a regra exposta em seu artigo 84. Os artigos 461 e 461-A generalizaram a regra da tutela específica na esfera cível, adicionado a mesma norma no Código de Processo Civil.

Oportuno salientar que o escopo do termo ‘obrigação’ na redação dos artigos 461 e 461-A do CPC é o mais abrangente possível. Sobre o tema, preleciona a doutrina, *in verbis*:

Definir e delimitar o termo ‘obrigação’ contido no artigo 461 é essencial para o estudo da tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. O emprego da palavra ‘obrigação’ não implica que as normas preceituadas no aludido artigo sejam somente aplicáveis às relações jurídicas decorrentes do direito obrigacional. A extensão que se deve adotar é a de qualquer prestação, independentemente da natureza da relação jurídica de direito material. [...] Por conseguinte, a expressão “obrigação”, nesta sede, é utilizada num sentido abrangente de toda e qualquer prática de um ato, seja ela positiva ou negativa. (NETTO, 2002, p. 131-132, grifo nosso)

Portanto, pela inclusão das indigitadas regras no ordenamento jurídico, os credores passaram a contar com a “tutela específica” nas ações que tenham por

objeto a obrigação de fazer, não fazer, entrega de coisa ou decorrentes de relação de consumo. Sobre o tema, versa a doutrina:

Sob outro aspecto, deve-se observar que a 'tutela específica' é norteadada pelo 'postulado da maior coincidência possível', vale dizer, a prestação jurisdicional deve conferir ao autor o bem da vida ou situação jurídica mais próxima do possível daquela que ele se encontrava, antes de ter de invocar a jurisdição.

É o princípio chiovendiano de que o processo deve dar ao autor tudo aquilo que ele tenha direito de receber.

Por isto que a tutela específica foi eleita pelo legislador como o modo primordial de satisfação do demandante, notadamente quando envolve direitos não patrimoniais (vida, personalidade, nome comercial, marcas, bens intangíveis, etc.).

A tutela por equivalente, assim a indenização por perdas e danos deve ser de aplicação residual, facultando-se, todavia, ao autor sua escolha em detrimento da tutela específica, conforme autorização legal (art. 461, § 1º, CPC). (NETTO, 2002, p. 136, grifo nosso)

A tutela específica consiste em sub-espécie de antecipação de tutela, pois a antecipação de seus efeitos não extrai sua previsão legal do genérico artigo 273 do Código de Processo Civil, mas sim:

- a) em caso de relações de consumo, do § 3º do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor;
- b) em caso de obrigação de fazer ou não fazer, do § 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil;
- c) em caso de obrigação de dar, do § 3º do artigo 461-A que faz remissão aos parágrafos do artigo 461, todos do Código de Processo Civil.

A “tutela específica” diferencia-se da antecipação de “tutela genérica” (prevista no artigo 273 do CPC) pelas seguintes características:

- a) A tutela específica pode ser antecedida de “audiência de justificação prévia” para a comprovação dos seus elementos autorizadores, o que inócorre com o instituto da “tutela antecipada” (no caso desta última, os

elementos autorizadores já deve estar devidamente comprovada nos autos).

- b) Os requisitos autorizadores da tutela específica são “relevância do fundamento da demanda” e “justificado receio de ineficácia do provimento final”, conforme se extrai dos §§ 3ºs dos artigos 84 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 461 do Código de Processo Civil. Embora haja semelhança com os requisitos do artigo 273 do CPC, os mesmos não se confundem.

Em face da sua natureza preventiva de violação a direitos, a doutrina denomina de “tutela inibitória” a proteção prevista nos artigos 84 da lei consumerista e artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil. Sobre o tema, discorrem os doutrinadores, *in verbis*:

Trata-se a tutela inibitória de uma das mais eficazes, para não dizer a mais eficaz, forma de tutela específica, tendo em vista que sua utilização se dar antes mesmo de qualquer lesão a direito, sendo sua função precípua a de preservar a integridade de determinado direito.

Destarte, tem a tutela inibitória caráter eminentemente preventivo, de forma que a tutela específica consiste em manter na íntegra um direito alvo de provável lesão. E o fato de possuir este caráter preventivo, faz com que sempre se obtenha de forma efetiva a tutela requerida, já que impede que o direito seja lesado, dando ensejo a que o Judiciário conceda a tutela na sua forma mais específica possível. (RIBEIRO, 2009, grifo nosso)

A tutela específica ou inibitória é forma preventiva com eficácia executivo-mandamental, conforme preleciona a doutrina, *ipsis litteris*:

Tutela inibitória. Destinada a impedir, de forma imediata e definitiva, a violação de um direito, a ação inibitória, positiva (obrigação de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer), ou, ainda, para a tutela das obrigações de entrega de coisa (CPC 461-A), é preventiva e tem eficácia mandamental. A sentença inibitória prescinde de posterior e seqüencial processo de execução para ser efetivada no mundo fático, pois seus efeitos são de execução *lato sensu* (Nery, Prefácio ao livro de Spadoni, Ação inibitória, p. 9). É forma de tutela preventiva (tutela cautelar, tutela antecipada e tutela inibitória), com ela não se confundindo. Seu objetivo é ‘impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio direito material da parte. É providência judicial que veda, de forma definitiva, a prática de ato contrário

aos deveres estabelecidos pela ordem jurídica, ou ainda sua continuação ou repetição (Spadoni, Ação inibitória, n. 1.2.3, pp. 29/30). O objetivo da inibitória é evitar que o ilícito corra, prossiga ou se repita (Marinoni, Tut.inibitória, n. 3.5, p. 41). (NERY, 2008, p. 671, grifo nosso)

Não sendo possível alcançar a “tutela específica”, ou seja, obter a prestação conforme foi contraída, a mesma se resolve em perdas e danos (indenização pecuniária), conforme previsto pelos §§ 1ºs do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 461 do Código de Processo Civil.

No que tange ao tema da presente monografia, pode-se asseverar que “os poderes, deveres e limitações do magistrado na aplicação da tutela antecipada” também se aplicam à sua sub-espécie, qual seja, à “tutela específica”.

3 OS MAGISTRADOS

Tendo em vista que a presente monografia é apresentada ao curso de preparação à magistratura estadual, optou-se por focar o estudo do tema na figura do Juiz atuando em primeiro grau de jurisdição, mormente na esfera cível.

Não obstante tal especialização, cumpre-se registrar que a designação “magistrado” é gênero que abrange as espécies Juizes, Desembargadores e Ministros (dos Tribunais Superiores). Neste sentido, a doutrina:

[...] É o julgador, pela aplicação da lei aos casos controvertidos submetidos à sua decisão, não importando que pertença aos órgãos judicantes coletivos, ou faça parte de órgãos judicantes singulares. [...]
Geralmente os juizes que se dizem magistrados são os juizes togados. E, assim, a designação atinge os juizes de direitos, os desembargadores e ministros dos tribunais.
Os juizes leigos não são magistrados. [...] (SILVA, 2004, p. 873, grifo nosso)

Em que pese a institucionalização do poder adotada pelos Estados Modernos, a missão de realizar a Justiça recai sobre a figura pessoa dos Magistrados. Neste sentido, o mestre italiano Piero Calamandrei poeticamente assevera que “o juiz é o Direito feito homem” (2000, p. 11).

Portanto, é certo que os Magistrados constituem uma categoria *sui generes*, apartada, com características peculiares.

Na conceituação esposada por De Plácido e Silva, os Magistrados são aqueles sobre os quais recai o poder de julgar, *in verbis*:

MAGISTRADO. Deriva-se o vocábulo do latim *magistratus*, de *magister*, da raiz *mag*, formadora de *magnum* (grande).
E, assim, literalmente, quer significar uma junção de mando ou designar aquele que a exerce, *qui magis potest*, isto é, que manda, que ordena, que dirige. [...]
Em amplo sentido, pois, magistrado, de *magister*, é indicativo da pessoa que, investida de autoridade, que se exerce nos limites de uma jurisdição,

tem poder para julgar e para mandar, tomando parte na administração política ou fazendo parte do governo político do Estado.
Magistrado. Em sentido estrito, é o vocábulo tecnicamente empregado para designar o juiz, ou seja, a autoridade judiciária, a que se comete o poder de julgar as questões jurídicas.
 [...] É o administrador da justiça, para fazer valer a vontade da lei.
 Nesta razão é que CÍCERO dizia: "*Magistratus est lex loquens; lex autem est mutus magistratus.*" (O magistrado é a lei, que fala; a lei é o magistrado, quando não fala). [...] (SILVA, 2004, p. 873, grifo nosso)

O artigo 92 da Constituição Federal relaciona os Magistrados como órgãos do Poder Judiciário. Desta forma, os Magistrados não são meros funcionários ou representantes do Poder Judiciário, mas sim partes “vivas” deste poder.

3.1 GARANTIAS DA MAGISTRATURA

Para dar conta de sua missão com independência, os Magistrados contam com um conjunto de prerrogativas e garantias. Inicialmente, estipula a Constituição Federal, *ex vi*:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso)

A primeira garantia “**vitaliciedade**” pode ser comparada ou confundida com a estabilidade funcional dos demais funcionários públicos do Estado. Neste diapasão, a distinção é explicada pela doutrina, *in verbis*:

Os funcionários estáveis podem ser postos em disponibilidade e serem demitidos por força de inquérito administrativo. É que, em regra, são eles admitidos sob a cláusula de enquanto bem servirem. Os vitalícios são nomeados sem essa condição e por toda sua vida.

Nos termos da Constituição Federal, são vitalícios, v.g., os magistrados e os membros do MP (arts. 95, I, e 128, § 5º, I).

A vitaliciedade não impede a aposentadoria do funcionário, por invalidez, ou compulsoriamente. [...] (SILVA, 2004, p. 1493, grifo nosso)

No que tange à **inamovibilidade** prevista no inciso II do artigo 95 da Constituição Federal (retro), tal prerrogativa tem a razão de ser no princípio do juiz natural. Sobre o tema, versa a doutrina:

INAMOVIBILIDADE. Exprime o vocábulo a qualidade do que é inamovível, isto é, do que não pode ser movido ou trazido de um lugar para outro.

No sentido jurídico, a inamovibilidade impõe a inalterabilidade da posição ocupada pela pessoa, no sentido de não poder ser removida de onde se acha para outro local, se não anui a essa mudança. Em regra, é garantia ou prerrogativa constitucional assegurada aos magistrados, salvo por promoção aceita, remoção a pedido, ou em virtude de decisão do tribunal competente, diante de interesse público.

O princípio da inamovibilidade, outorgada à magistratura, decorre do princípio da divisão dos poderes. E vem para assegurar a independência de um deles, sendo, assim, como medida de ordem geral e de interesse público, um complemento ao princípio da vitaliciedade. (SILVA, 2004, p. 720, grifo nosso)

A última prerrogativa prevista nos incisos do artigo 95 da Constituição Federal é a **irredutibilidade de subsídio**. O subsídio é a forma de remuneração pela qual algumas categorias de agentes públicos recebem remuneração fixa pelos serviços prestados, em parcela única, excluindo a percepção de vantagens variáveis (BACELLAR, 2007, p. 163-164), conforme definido no § 4º do artigo 39 da Carta Magna.

Além das garantias previstas no artigo 95 da Constituição Federal, cumpre-se registrar que o Magistrado não é responsável pelo acerto ou desacerto de suas decisões, salvo em casos de dolo ou fraude, conforme assenta o artigo 133 do Código de Processo Civil. Sobre o tema, versa a doutrina, *in verbis*:

Note-se, então, que a responsabilidade do juiz decorre, na hipótese do inciso I do art. 133 do CPC, apenas e tão-somente do dolo ou fraude, nunca da culpa, apesar de ela em tese ser suficiente para a responsabilização do próprio Estado que, no entanto, não poderá voltar-se contra o magistrado em direito de regresso. (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 94, grifo nosso)

Em face da importância da Magistratura, as garantias elencadas pela Constituição Federal são tidas como insuficientes por parte da doutrina, *in verbis*:

A vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos já não representam o necessário para as garantias do juiz. Praticamente, todos os funcionários estáveis as têm. São prerrogativas clássicas para um tempo velho.

O magistrado é uma autoridade muito importante. Não pode ser um funcionário como o da administração, porque não é o Judiciário edificado em torno de padrões hierárquicos. (BEMFICA, 1995, p. 4-5, *sic*)

4 PODERES DOS MAGISTRADOS

4.1 PODERES GERAIS

**'Ao juiz são conferidos muitos poderes.
Se deles faz mau uso, torna-se a pessoa mais nociva da sociedade'**
(BEMFICA, 1995, p. 1, grifo nosso)

O termo “poder” ficou estigmatizado durante a Ditadura Militar, sendo associado ao autoritarismo estatal experimentado naquele período (BACELLAR, 2007, p. 39). Tal aceção é veementemente repudiada num Estado Democrático de Direito.

Sob a ótica do Direito Administrativo, o “poder” não é uma faculdade, e sim um dever, o qual deve ser utilizado no justo e exato limite da lei e do interesse público, nem mais nem menos. Nesta medida, o rol de poderes do Poder Judiciário é extenso, abarcando desde o poder hierárquico (capacidade para organizar seus órgãos, agentes e serviços), poder disciplinar (direito para apurar, reprimir e punir atos reprováveis praticados por pessoas sujeitas à disciplina administrativa), poder regulamentar (capacidade para explicitar a lei) e poder de polícia (capacidade de limitar, condicionar, restringir e excluir o uso e o gozo de bens ou direitos individuais ou coletivos) (BACELLAR, 2007, p. 41-45).

No entanto, o que interessa no escopo da presente monografia são os poderes inerentes à atividade jurisdicional. Neste sentido, esclarece a doutrina:

O juiz participa do poder enquanto órgão que desempenha a função de julgar. Tal poder conferido ao juiz denomina-se jurisdição. [...] A atuação jurisdicional do magistrado ocorre no processo, [...]

A expressão poderes do juiz significa, em verdade, manifestações do poder que o Estado confere ao juiz para dirigir e instruir o processo. (GOMES, 2001, p. 41-42, grifo nosso)

Segundo Alcalá-Zamora, há três figuras de juiz: 'O juiz espectador, o juiz ditador e o juiz diretor do processo', figurando esta última em posição intermediária entre as outras duas extremadas. [...]

[...] Mister se faz que o juiz ao dirigi-lo, assuma com amplitude os poderes que lhe são conferidos para tanto. Se assim fizer, será realmente um diretor do processo, a atitude contrária fará dele um mero espectador do feito. Por outro lado, se não respeitar os limites fixados pela lei ao poder por ele exercido, fará papel de ditador.

O Estado democrático de direito, hoje com objetivos que configuram maior atuação na promoção do bem-estar social (Estado social) não se compatibiliza com atitudes ditatoriais ou passivas do juiz, típicas de outras épocas. O processo existente nesse contexto social, por razões de coerência com os princípios que norteiam o próprio Estado, há de refletir na prática os postulados teóricos por este assumidos em suas normas constitucionais. A participação ativa do juiz torna-se indispensável para a consecução de tais fins. Por isso, o Estado concede-lhe uma gama de poderes para bem dirigir o processo, dele participando ativamente. (GOMES, 2001, p. 243-244, grifo nosso)

Há imensa polêmica e disparidade nos critérios de classificar tais poderes. Na obra “Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil”, o doutrinador Sergio Alves Gomes (2001, p. 43-46) expõe a diversidade através dos critérios adotados por Carnelutti, Denti, Pereira Braga, Odilon de Andrade, Frederico Marques, Cintra, Grinover e Dinamarco.

A classificação adotada no escopo da presente monografia é a do grande mestre Frederico Marques *apud* Gomes, *ipsis litteris*:

Frederico Marques classifica os poderes atribuídos ao juiz em jurisdicionais (exercidos dentro do processo) e administrativos (exercidos 'em torno do processo, para que este se desenvolva regularmente, sem tumultos ou desvios perturbadores'). Os **poderes jurisdicionais** se subdividem em: **a) instrumental ou ordinatório** - por meio dele o juiz prolata provimentos decisórios que não colocam termo final ao processo, mas apenas resolve incidentes, propiciando a regular marcha processual; **b) decisório final** – 'é aquele com que (o juiz) realiza o escopo nuclear e fundamental da jurisdição', consistente em 'solucionar a lide dando a cada um o que é seu'.
Dentre os **poderes administrativos** encontram-se os poderes de **polícia processual**, por meio dos quais o magistrado resguarda o decoro e a ordem nas audiências e sessões, determinando o que for necessário para tanto. É ainda na esfera administrativa, segundo o mesmo processualista, que o juiz exerce poder **disciplinar** sobre os auxiliares que lhe são hierarquicamente subordinados. (GOMES, 2001, p. 45-46, grifo nosso)

Merece ainda reverência a definição articulada por Francisco Vani Bemfica, *in verbis*:

1.3. Poderes específicos do juiz

No cumprimento de seu dever específico de decidir, de compor a lide, de solucionar os debates, a lei arma o juiz de uma soma de poderes, como:

a) a **notio** ou **cognotio**, que consiste em conhecer os fatos conflitantes, conduzir o processo, atuar no sentido de fazer valer o procedimento previsto em lei, colher os elementos probatórios e investigar a prova;

b) a **vocatio** ou chamamento, que é o poder de citar o réu, fazê-lo conduzir a sua presença, e de intimar as demais partes, que, de qualquer modo, tenham de participar do processo;

c) o **juditio** ou julgamento, que é o poder de decidir a ação concretamente, sem dar satisfação a quem quer que seja, senão à lei;

d) a **coertio**, que é a força que o Estado lhe dá para exercer esses poderes;

e) a **executio** ou execução, que o autoriza a fazer valer a decisão ou a sanção nela contida. (BEMFICA, 1995, p. 7-8, grifo nosso)

Sob este prisma, o instituto da antecipação de tutela congrega num único momento os poderes de *juditio*, *coertio* e *executio* do Magistrado.

4.2 PODERES ESPECÍFICOS EM RELAÇÃO À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

4.2.1 Decorrentes da sua natureza executiva-mandamental

Conforme já suscitado, a decisão de antecipação de tutela possui natureza mandamental e executiva *lato sensu*. Os poderes daí decorrentes são explicados pela doutrina, *in verbis*:

[...] Ora, é fácil perceber que o poder que é conferido ao juiz é justamente esse, ou seja, o de conceder medidas que sejam aptas à produção do resultado específico desejado pela parte, ou, ao menos, resultado prático equivalente. O poder que é conferido ao magistrado é o de emitir uma ordem direta ao réu para que cumpra a obrigação de fazer ou de não-fazer. Caso isso não aconteça, o juiz poderá lançar mão de outras medidas

necessárias para que isso ocorra, como, por exemplo, o cumprimento da obrigação por um terceiro. Para tanto, aliás, a lei confere ao juiz a possibilidade de impor certas medidas que levam à consecução do resultado pelo obrigado. Assim, por exemplo, os §§ 2º e 4º tratam das multas que poderão ser impostas de ofício pelo juiz ao obrigado, caso ele deixe de cumprir com a obrigação no prazo que lhe foi assinado. Importante salientar o seguinte: o poder executivo do juiz [...] - é o poder de impor a vontade declarada da lei ao caso concreto. [...] Essa faceta resulta da emissão de provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, ou seja, a emissão de uma ordem, seguida de medidas psicológicas de pressão e, em caso de descumprimento, de medidas de sub-rogação que levem diretamente ao resultado almejado ou, ao menos, a resultado equivalente. **Esse poder de emitir provimentos com tais características vai de encontro diretamente a tudo o que se busca com esse estudo, ou seja, deixar claro que o juiz tem poderes que lhe permitem conceder uma tutela tempestiva, justa e efetiva, e isso somente ocorrerá, a justiça e a efetividade, se, quando possível, for concedida a tutela específica pedida pela parte e não mero paliativo como uma indenização por perdas e danos.** A grande vantagem dos arts. 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC é que se criaram formas não só de a tutela ser justa e efetiva, através da especificidade quando da concessão, como ainda tempestiva, já que ao poder executivo se alinha um outro poder do juiz, o cautelar. (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 145-146, grifo nosso).

Desta forma, a antecipação de tutela concede ao Magistrado um amplo poder para interferir diretamente na relação jurídica material, produzindo efeitos imediatos no mundo dos fatos. Por conseguinte, se trata de uma forma pura e direta de manifestação do poder estatal atribuído aos Juízes.

No entanto, não é esta a conclusão dos doutrinadores Galvão da Silva, Ovídio A. Baptista, Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover *apud* Amendoeira Jr. (2006, p. 147-149) quando do estudo do “*Contempt of Court*” (“desobediência ao tribunal”, em tradução livre). Assentados sobre a expressão “impotência fática” para descrever a incapacidade do Magistrado de efetivamente alterar a realidade, tal parte da doutrina discorre, *in verbis*:

[...] permitir, por exemplo, que a autoridade encarregada do cumprimento da ordem contida na sentença, caso encontre resistência possa dar ordem de prisão em flagrante. Esse tipo de prisão não entraria em choque com o inciso LXVII do art. 52 da CF/88, já que não se trataria de prisão civil por dívida, mas, ao contrário, de prisão civil por crime de desobediência. [...] Importante notar, porém, que não é pacífica a idéia de atribuição ao juízes desses poderes oriundos da configuração da tutela mandamental. OVÍDIO A. BAPTISTA, histórico defensor da eficácia mandamental e executiva *lato sensu* das sentenças, ao tratar do tema, explica em que medida reside a

dificuldade, traçando interessante paralelo entre o nosso sistema e o sistema anglo-saxão.

Para o jurista gaúcho, o juiz nacional sofre uma espécie de 'impotência fática' (fazendo menção à obra de CALVÃO DA SILVA), em virtude de a doutrina tradicional considerar o direito privado como essencialmente dispositivo (posição esta que já criticamos), principalmente quando em comparação com o direito público - revestido de natureza imperativa e cogente. Esse posicionamento é herança direta da chamada família romano-germânica. (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 148-149, grifo nosso).

Na seara do Direito comparado, países como Itália, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos dão aos juízes amplos “poderes para impor suas decisões e fazer valer o respeito às instituições do Poder Judiciário” (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 149).

Consultando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, depreende-se que a tese do “*Contempt of Court*” é acolhida de forma mitigada no Brasil: quando a determinação judicial é acompanhada de sanções civis (ex: astreintes), a sua desobediência não configura o crime previsto no artigo 330 do Código Penal. *In verbis*:

PENAL – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – DETERMINAÇÃO JUDICIAL ASSEGURADA POR SANÇÃO DE NATUREZA CIVIL – ATIPICIDADE DA CONDOTA. As determinações cujo cumprimento for assegurado por sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa, retiram a tipicidade do delito de desobediência, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330, do CP. Ordem concedida para cassar a decisão que determinou a constrição do paciente, sob o entendimento de configuração do crime de desobediência. (HC 16940/DF, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA STJ, julgado em 25/06/2002, DJ 18/11/2002 p. 243) (BRASIL, 2002, grifo nosso)

PENAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DETERMINAÇÃO JUDICIAL ASSEGURADA POR MULTA DIÁRIA DE NATUREZA CIVIL (ASTREINTES). ATIPICIDADE DA CONDOTA.

Para a configuração do delito de desobediência, salvo se a lei ressaltar expressamente a possibilidade de cumulação da sanção de natureza civil ou administrativa com a de natureza penal, não basta apenas o não cumprimento de ordem legal, sendo indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção determinada em lei específica no caso de descumprimento. (Precedentes). Habeas corpus concedido, ratificando os termos da liminar anteriormente concedida. (HC 22.721/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2003, DJ 30/06/2003 p. 271) (BRASIL, 2003, grifo nosso)

4.2.2 Inaplicabilidade da preclusão *pro judicato*

A preclusão *pro judicato* é a “impossibilidade do magistrado de decidir novamente as questões que já lhe foram postas” (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 96), conforme estipula o artigo 471 do Código de Processo Civil. Tem como finalidade precípua impulsionar a relação processual para frente, rumo ao seu deslinde.

No entanto, por força § 4º do artigo 273 do mesmo *Codex*, tal preclusão não se opera na antecipação de tutela.

Desta forma, o Magistrado pode rever a sua decisão que deferiu ou indeferiu o pedido de antecipação de tutela tantas vezes quantas forem necessárias durante a marcha processual, sempre que houver ampliação da sua cognição acerca da relação material controvertida.

4.2.3 Concessão *ex officio* de antecipação de tutela

O caput do artigo 273 do Código de Processo Civil condiciona a concessão da medida antecipatória ao “requerimento da parte”, o que ilide, aparentemente, a concessão de ofício pelo Magistrado.

No entanto, parte da doutrina considera que é lícito ao Julgador conceder de ofício a antecipação de tutela, em face do “poder geral de cautela” disposto no artigo 798 do Código de Processo Civil. Sobre o tema, versa a doutrina *in verbis*:

Concessão de ofício. É vedado ao juiz conceder *ex officio* a antecipação da tutela, como decorre do texto expresso do CPC 273 *caput*. Somente diante

de pedido expresso do autor é que pode o juiz conceder a medida. Em sentido contrário, entendendo que o juiz pode conceder de ofício a medida, pois acredita ser aplicável à tutela antecipada o CPC 798 (poder cautelar geral do juiz), isto é, o mesmo regime jurídico das cautelares: Marcato-Bedaque. CPCI, coment. 24 CPC 273, pp. 846/847 (NERY, 2008, p. 524, grifo nosso)

Conforme assentado pela doutrina, o poder geral de cautela está previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil, *ex vi*:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. (BRASIL, 1973, grifo nosso)

No mesmo sentido, pelo artigo 793 do *Codex* está o juiz autorizado a determinar, de ofício, “providências cautelares urgentes”.

O Autor do presente estudo entende que cabe ao Magistrado uma atuação ativa, inclusive *ex officio*, para a aplicação da tutela antecipada como forma de consubstanciar a efetividade e celeridade da atividade jurisdicional.

4.2.4 Não incidência do princípio da adstrição ou correlação

O § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil consigna a expressão “resultado prático equivalente”, o que mitiga e flexibiliza o princípio da adstrição ou correlação da decisão em relação ao pedido. Desta forma, o Magistrado tem o poder de conceder a antecipação de tutela na forma que entender melhor para as peculiaridades do caso em concreto.

No entanto, o princípio permanece vigente na medida que a parte não pode receber como medida antecipatória mais do que receberia na sentença, conforme preleciona didaticamente a doutrina, *in verbis*:

A tutela antecipada tem como limite o pedido, vale dizer, não se pode conceder, a título de tutela antecipada, mais do que o autor obteria se vencedor na totalidade da pretensão que deduziu em juízo. O limite da extensão da concessão da medida existe porque se antecipa o provimento de mérito (total ou parcialmente) ou algum efeito dele decorrente. A tutela antecipada está, portanto, vinculada ao pedido e dele é dependente. Caso o autor queira coisa diversa, além ou fora do que consta como pedido, deverá ajuizar medida autônoma. (NERY, 2008, p. 523, grifo nosso)

4.2.5 Concessão sem oitiva do réu

O Magistrado pode conceder a antecipação de tutela antes da citação do réu, se houver a necessidade urgente de concessão da medida. Neste sentido, a doutrina, *in verbis*:

Liminar sem a oitiva do réu. Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera parte*, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento. No mesmo sentido: Orione, Trat. limin., v. I, 3.10.2, 178 ss. Se para a concessão da liminar o juiz entender necessário, designará audiência de justificação prévia. Para ela deverá ser citado e intimado o réu, salvo se o conhecimento do réu puder tornar ineficaz a medida. Neste caso, a audiência de justificação prévia será realizada apenas com a presença do autor e seu advogado. (NERY, 2008, p. 525, grifo nosso)

4.2.6 Fixação *ex officio* de astreintes

As astreintes são “uma multa imposta ao devedor por cada dia de atraso no cumprimento da obrigação” (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 152).

O § 4º do artigo 461 do Código de Processo Civil estipula que o Juiz poderá impor multa diária ao réu “independentemente de pedido do autor”. A doutrina confirma tal possibilidade, versando *in verbis*:

Sendo concedida a liminar de antecipação da tutela de mérito (CPC 461 § 3.º) ou condenado à tutela específica, o réu deverá cumprir a decisão sob pena de pagamento de multa diária (astreintes), que deve ser fixada em valor elevado, **ex officio** ou a requerimento da parte (CPC 461 § 4.º). A fixação em valor elevado ocorre justamente porque a multa tem a finalidade de compelir o devedor a cumprir a obrigação na forma específica e inibi-lo de negar-se a cumpri-la. Essa multa não é pena, mas providência inibitória. Daí porque pode e deve ser fixada em valor elevado.
[...] Fixação da multa. Ao fixar a multa, o juiz dará prazo para o cumprimento da obrigação. A partir do término do prazo, não cumprida a obrigação, inicia-se o período de incidência da multa. A multa diária pelo não cumprimento pode ser determinada na fase de conhecimento (CPC 461). Omissa a sentença de conhecimento, poderá o juiz, na fase de execução, de ofício ou a requerimento da parte, fixar a multa por dia de atraso (CPC 645). Pode fazê-lo de ofício porque autorizado pelo sistema a assim agir (CPC 461 § 4.º). (NERY, 2008, p. 672, grifo nosso)

Imposição de multa por tempo de atraso. A norma, com a nova redação dada pela L 10444/ 02, autoriza o juiz a impor multa por tempo de atraso, para que se faça cumprir a determinação do magistrado no sentido de tomar efetiva a tutela concedida. É mais uma alternativa para a efetividade do processo, com natureza jurídica de execução indireta. (NERY, 2008, p. 673, grifo nosso)

4.2.7 Fixação de outros tipos de sanções

O § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil estipula, *in verbis*:

Art. 461 [...]

§ 5º - Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 2002) (BRASIL, 1973, grifo nosso)

Sobre o tema, preleciona a doutrina, *in verbis*:

Medidas Inominadas

Em que pese ter sido a multa estatuída de modo expreso como meio coercitivo para o adimplemento de obrigações de fazer e não fazer, é lícito, em face do novo sistema, se admitir outros institutos que possam ser utilizados com tal finalidade.

Com efeito, a norma de encerramento contida no § 5º, artigo 461 confere enorme flexibilidade ao juiz para impor a medida que se afigure mais adequada e efetiva para obtenção da tutela jurisdicional específica.

Saliente-se, por outro lado, que tais poderes não constituem uma "carta branca" ao Judiciário, que deverá fundamentadamente (artigo 93, IX, da Constituição Federal; art. 131, do CPC) sopesar os bens jurídicos em confronto para justificar a imposição de medidas coercitivas inominadas. (NETTO, 2002, p. 149, grifo nosso)

4.2.8 Modulação dos efeitos da apelação

Conforme já exposto na presente monografia, a antecipação de tutela pode ser concedida em qualquer momento processual, inclusive na sentença judicial.

Por conseguinte, de forma transversa, o instituto concede ao Magistrado o poder de modular os efeitos (devolutivo e/ou suspensivo) nos quais a eventual apelação será recebida. Sobre a hipótese, versa a doutrina, *in verbis*:

Também como já adiantamos no item em questão, para nós, somente será possível combater de forma eficiente a desídia e a má-fé processual quando, de forma genérica, os recursos somente comportarem efeito devolutivo. Nesta ótica, então, o efeito suspensivo é que seria a forma recursal excepcional, tal qual acontece hoje com o agravo de instrumento (art. 558, CPC), não sendo possível atinar o porquê de ter sido este item retirado da proposta de alteração do art. 520 do CPC. Isso porque, como é de conhecimento geral, uma das formas mais eficientes de se protelar a

entrega da prestação jurisdicional é justamente através da inter posição do recurso de apelação. [...]

Como, infelizmente, temos que conviver com esse efeito, e mais do que isso, com a possibilidade do uso de uma gama enorme de recursos, inclusive com a possibilidade de se recorrer de toda e qualquer decisão interlocutória, a solução é ir adotando paliativos através do uso dos institutos já existentes no ordenamento.

O mais eficiente desses "paliativos" é a antecipação da tutela prevista no art. 273, II, do CPC, [...] A idéia é a de se conferir maior efetividade à tutela jurisdicional, entregando-a desde já àquele que detém maiores probabilidades de êxito no processo, [...] (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 172, grifo nosso)

Com fulcro no artigo 520, VII do Código de Processo Civil, se o Magistrado conceder a medida antecipatória em sentença, a apelação será recebida tão-somente no efeito devolutivo. Isto, aliado à ultra-eficácia da medida antecipatória, é importante ferramenta contra o abuso do direito processual para a procrastinação da entrega da tutela jurisdicional.

5 DEVERES DOS MAGISTRADOS

5.1 DEVERES GERAIS

É célebre a reflexão “grandes poderes trazem grandes responsabilidades” ministrada pelo personagem Ben Parker. Em que pese tratar-se do enredo de uma história juvenil, tal assertiva é deveras relevante ao apresentar os deveres do Magistrado como consectários lógicos, necessários e equivalentes aos seus poderes jurisdicionais.

O Código de Processo Civil estipula os seguintes deveres de ordem processual aos Magistrados, *ex vi lege*:

CAPÍTULO IV - DO JUIZ

Seção I - Dos Poderes, dos Deveres e da responsabilidade do Juiz

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela rápida solução do litígio;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994) (BRASIL, 1973, grifo nosso)

Em relação ao princípio da igualdade previsto no inciso I do artigo 125 do Código de Processo Civil, esclarece a doutrina:

O princípio processual da igualdade é projeção da isonomia garantida na esfera constitucional. O Código de Processo Civil brasileiro, em obediência à norma gisada na Constituição, estabelece a igualdade de tratamento que merecem as partes no decorrer do processo. [...]

O Código de Processo Civil brasileiro estabelece que cabe ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento. Tal exigência de igualdade no processo está vinculada à imparcialidade do juiz, já que a ambas as partes deve ele dispensar igual atenção, sem permitir que uma tenha maior oportunidade de apresentar argumentos e provas do que a outra. Nem poderá o juiz examinar com maior profundidade o que diz e procura provar um litigante e olhar superficial e displicentemente para as alegações do outro. (GOMES, 2001, p. 77-78, grifo nosso)

A determinação de “rápida solução do litígio” insculpida no inciso II do artigo 125 do Diploma Processual tem absoluta correlação com o tema da presente monografia, razão pela qual será analisado pormenorizadamente em subseção apartada, a seguir.

Sobre a obrigação do Magistrado de prevenir os atos atentatórios à Justiça, esclarece a doutrina, *in verbis*:

Atos atentatórios à dignidade da justiça. O juiz deve coibir, prevenindo e reprimindo os atos atentatórios à dignidade da justiça que sejam praticados no processo, independentemente de quem seja o seu autor (parte, interveniente, advogado, MP, auxiliar da justiça etc.). Deve, por exemplo: punir o litigante de má-fé; mandar riscar dos autos expressões injuriosas (CPC 15); reprimir a fraude de execução (CPC 593, 600), dentre outras medidas. (NERY, 2008, p. 384, grifo nosso)

O artigo 126 do Código de Processo Civil, à semelhança do artigo 4º da lei de introdução ao Código Civil, trata da “indeclinabilidade de jurisdição”, ou seja, da incumbência do Magistrado de prestar a tutela jurisdicional mesmo em caso de suposta lacuna ou obscuridade da lei. Estipula o texto legal, *ex vi*:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. (BRASIL, 1973, grifo nosso)

O artigo 128 institui o princípio da congruência, o qual impõe ao Magistrado a tarefa de prolatar decisões e sentenças nos exatos limites nos quais a demanda foi ajuizada. Desta forma, veta a prolação de decisões aquém (*citra* ou *infra petita*), fora (*extra petita*) ou além (*ultra petita*) do que foi pedido (NERY, 2008, p. 387). Conforme será exposto na seção 4.2.3 da presente monografia, o instituto da antecipação de

tutela constitui-se em exceção a este princípio, dando maior flexibilidade de atuação ao Julgador.

O artigo 129 do Código de Processo Civil atribui ao Magistrado o dever de combater simulações ou processos fraudulentos, nos quais se buscam resultados vedados pela lei, *ex vi lege*:

Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes. (BRASIL, 1973, grifo nosso)

O artigo 130 do CPC trata dos poderes instrutórios do juiz. Estipula a norma, *ex vi*:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. (BRASIL, 1973, grifo nosso)

Sobre a atuação esperada do Magistrado na admissão, determinação e produção da prova, o doutrinador Sergio Alves Gomes relaciona os seus deveres como conseqüências diretas do modelo de “Estado Social” adotado pela nossa Constituição. Preleciona a lição, *ipsis litteris*:

Se ao juiz cabe apreciar quanto ao deferimento ou indeferimento da prova, presidir as audiências, onde geralmente são produzidas (CPC, art. 336) e valorá-las, verificando que crédito deve dar-lhes, às partes cabe narrar os fatos, formular suas pretensões e arcar com o ônus da prova. Isso não significa, porém, que o juiz tenha de se contentar apenas com as provas requeridas pelas partes. Poderes lhe são conferidos para determinar as que entender necessárias, além daquelas (CPC, art. 336). Aí reside a grande diferença entre o papel do juiz no Estado liberal, do século passado e o que dele se espera atualmente. Hoje o Estado promete atuação ativa na realização do bem-estar social. Lá e aqui os princípios fundamentais do processo são muito diversos, exatamente porque diversos são os do próprio Estado. A passividade deste refletia na função jurisdicional. Tal fator somado à concepção privatística do processo não poderia produzir figura diversa daquela do juiz passivo.
Dentre as promessas do Estado contemporâneo está a do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV). O processo é um instrumento que corrobora para tanto,

desde que bem dirigido. Para isso ocorreu sua publicização, da qual são frutos os poderes instrutórios do juiz. [...]

[...] A ampliação dos poderes instrutórios do juiz visa a aumentar as possibilidades de encontro da verdade real, de modo a não se ver o juiz obrigado a julgar com base apenas no que provam as partes, podendo ele também, de ofício, ordenar a produção das que entender necessárias. [...]

No Estado social, perde significado a igualdade formal das partes, ganhando espaço a igualdade substancial que esta seja alcançada indispensável se faz a atuação do juiz, de ofício, na produção da prova. (GOMES, 2001, p. 244-259, grifo nosso)

O artigo 131 do CPC versa sobre o sistema de “livre convencimento motivado” do Magistrado, *ex vi*:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973) (BRASIL, 1973, grifo nosso)

O Magistrado é soberano na análise das provas produzidas nos autos, devendo decidir conforme o seu convencimento (NERY, 2008, p. 391). No entanto, deve expressar de forma concreta e específica quais foram as razões de seu convencimento. Este artigo tem correlação direta com a exigência de fundamentação das decisões judiciais previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal.

O Estatuto da Magistratura (Lei complementar nº 35/1979) também é fonte de deveres para os Juízes. Estipula o diploma legal, *in verbis*:

Art. 35 - São deveres do magistrado:

I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;

III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

V - residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado;

VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;

VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;

VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular. (BRASIL, 1979, grifo nosso)

No que tange ao disposto no inciso I do artigo 35 retro, os Magistrados devem desempenhar as suas atividades jurisdicionais com total independência e serenidade, imunes a quaisquer investidas a fim de influenciar o seu julgamento. Em síntese, com independência e liberdade.

O doutrinador Francisco Vani Bemfica poeticamente preleciona que “Juiz sem liberdade é como a noite que não segue a aurora. É a própria contradição” (BEMFICA, 1995, p. 20). No entanto, a independência implica em um “árduo fardo”, conforme aponta o mestre italiano Piero Calamandrei *apud* Dallari, *in verbis*:

Em sua [...] valiosa obra de reflexão intitulada *Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados*, Piero Calamandrei fala da independência dos juízes, não para fazer sua exaltação retórica mas para acentuar a responsabilidade que ela implica. Diz Calamandrei: ‘Não conheço qualquer ofício em que, mais do que no de juiz, se exija tão grande noção de viril dignidade, esse sentimento que manda procurar na própria consciência, mais do que nas ordens alheias, a justificação do modo de proceder, assumindo as respectivas responsabilidades’. E logo adiante ressalta quanto depende da firmeza dos juízes a preservação desse indispensável e paradoxal ‘privilégio duro’, conforme suas palavras: ‘A independência dos juízes, isto é, aquele princípio institucional por força do qual, ao julgarem, se devem sentir desligados de qualquer subordinação hierárquica, é um privilégio duro, que impõe, a quem dele goza, a coragem de ficar só consigo mesmo, sem que se possa comodamente arranjar um esconderijo por detrás da ordem superior’. (DALLARI, 2007, p. 61-62, grifo nosso)

A doutrina discorre nos seguintes termos, *in verbis*:

Sua independência não pode sofrer arranhões. Na legislação alemã está expressa: ‘A justiça é distribuída por juízes independentes, única e exclusivamente subordinados à lei’.

Com a sua função de julgar, ao contrário das outras autoridades, não tem superiores, não recebe ordens, não é obrigado a seguir instruções nem mesmo de um ministro do Supremo Tribunal Federal.

Curva-se somente diante de um poder: a lei.

Por isto, há de ser sereno, equilibrado, senhor que saiba conter os impulsos de seu temperamento. (BEMFICA, 1995, p. 15, grifo nosso)

No entanto, a Reforma do Poder Judiciário recentemente perpetrada pela Emenda Constitucional 45 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro o efeito vinculante, o qual mitigou o até então absoluto princípio da independência dos Juízes. A previsão legal do efeito vinculante encontra-se insculpida nos artigos 101, § 2º, 103-A e 105, II, da Constituição Federal. Sobre o tema, versa a doutrina, *in verbis*:

Efeito vinculante: morte da independência dos juízes Desde os primeiros anúncios da decisão do Executivo de promover a reforma do Judiciário, foi revelada a intenção de dar efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre constitucionalidade de lei ou ato normativo. Com isso, o Poder Público ficaria livre da possibilidade de novas ações judiciais, em qualquer instância, tendo por fundamento a inconstitucionalidade da mesma lei ou do mesmo ato, ainda que não tenha havido revogação formal. (DALLARI, 2007, p. 72, grifo nosso)

Os argumentos favoráveis ao efeito vinculante estribam-se primordialmente no caráter teleológico da medida, qual seja, o de desafogar o Poder Judiciário de demandas ou recursos repetitivos e evitar decisões conflitantes, tornando a Justiça mais célere e efetiva. Em contraposição, a corrente desfavorável à adoção do efeito vinculante suscita, em apertada síntese, as seguintes razões, *in verbis*:

A corrente contrária à adoção da súmula vinculante em nosso ordenamento jurídico, tem vários argumentos a sustentar a tese da inconveniência deste instituto, mas há pelo menos quatro argumentos de peso. São eles: a violação ao princípio da separação dos poderes, a violação ao princípio da independência judicial, restrição ao acesso à justiça e o engessamento da jurisprudência. (MARTINS, 2006, p. 47, grifo nosso)

As previsões dos incisos IV e VIII do artigo 35 do Estatuto da Magistratura versam sobre os deveres de conduta pessoal do Magistrado. Sobre o tema, a obra “O juiz, o promotor, o advogado: seus poderes e deveres” do Mestre Francisco Vani Bemfica é riquíssima em “conselhos” para aqueles que almejam seguir esta tão nobre carreira. Em comum a todas as reflexões, o apelo para que o Magistrado

exerça o seu ministério com humanidade e nos limites da lei, sob pena de incorrer em iniquidade. Preleciona o doutrinador, *in verbis*:

Há qualidades que não podem faltar ao juiz, entre elas seriedade e imparcialidade; cultura, se possível; honestidade e desenvoltura; sobriedade e fiscalização da conduta dos que lhe são subordinados. O juiz há de inspirar a confiança de todos e de decidir tão-somente visando a atingir o ideal de justiça. É ele, na comarca, o centro das atenções do povo, não podendo ser relaxado e sem moral, para impor aos seus jurisdicionados as suas decisões. (BEMFICA, 1995, p. 149)

Sem bom juiz não pode haver boa justiça. E ser bom é obra que dele exige qualidade de caráter, independência absoluta relativamente a qualquer autoridade, perfeito equilíbrio, espírito lúcido, conhecimento do direito, incessante aperfeiçoamento e firmeza de toda ordem. Não pode ser ele carente de cultura geral, porque sua responsabilidade reclama experiência das coisas e das pessoas. Só um espírito perspicaz e culto pode entender as confrontações entre os fenômenos da vida. E a paz e a tranqüilidade só se encontram quando todos se acomodam à sombra da Justiça. (BEMFICA, 1995, p. 5)

Esse poder se transforma em desgraça, se não o exerce bem. Deve, pois, entre outras coisas, precatar-se contra as iniquidades e desregramentos, 'alteando-se pela serenidade, pela dedicação do dever e pela inteireza moral, sobre as paixões que refervem e tempestuam em redor de sua toga', [...] (BEMFICA, 1995, p. 5)

Se só Deus é infalível, o juiz, entre os outros seres humanos, tem o dever de errar menos, o que lhe exige consulta permanente aos livros e respeito absoluto aos ditames de sua consciência. Daí por que a lei lhe confere poderes e direitos e lhe impõe deveres. (BEMFICA, 1995, p. 6)

Deve ser espelho onde os jurisdicionados se mirem. Seu comportamento, portanto, nas atividades do cargo ou fora delas, tem de ser exemplar. Se não é de mármore - e não deve ser -, deve ficar ao abrigo de qualquer situação que possa perturbar seu conceito como autoridade e como indivíduo. Isso não quer dizer que não possa viver em sociedade, que seja obrigado a usar gravata fora de suas funções no Fórum, que não possa beber socialmente. Não pode é fazer com que não se acredite na Magistratura pelo seu modo de agir e de viver, porque essa desconfiança já é princípio de dissolução social. (BEMFICA, 1995, p. 17)

Ser juiz é ser superpessoa, porque, primeiro, há de vencer a própria fragilidade humana, com a qual o ser humano nasce e aumenta com as injunções do próprio mundo em que vive. Portanto, força interior, serenidade, pureza de sentimentos, renúncia à riqueza, firmeza, coragem, elevação moral e probidade não lhe podem faltar. (BEMFICA, 1995, p. 20)

Já para os romanos, *Judicem, qui Justitiae antistes est. Oportere esse gravem, sanctum, severum, incorruptum, inadulabilem, erectumque et*

arduum ac potentem, vi et majestate aequitatis veritatisque terrificum. (O juiz, que é o sacerdote da justiça, deve ser grave, venerável, severo, incorruptível, inacessível à lisonja, nobre, altivo, poderoso e temível pela força e pela majestade da justiça e da verdade.) (BEMFICA, 1995, p. 25)

Diante do exposto, deve o Magistrado buscar o equilíbrio, forjando a sua conduta e a sua personalidade de modo a cumprir adequadamente a sua missão de bem aplicar a Justiça.

5.2 DEVERES EM RELAÇÃO À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

5.2.1 Para concretização da Constituição Federal

A previsão legal da antecipação de tutela encontra-se no artigo 273 do Código de Processo Civil. Entretanto, os fundamentos que amparam a aplicação da antecipação de tutela extrapolam largamente aquela disposição legal, pois se assentam diretamente em dispositivos constitucionais.

Desta forma, a utilização do instituto de antecipação de tutela torna-se um dever aos Magistrados, na medida em que esta ferramenta é fundamental na concretização e realização dos princípios e mandamentos previstos constitucionalmente.

Primeiramente, o próprio Estado Democrático de Direito exige a aplicação do instituto da antecipação de tutela como mecanismo de garantia ampla da atividade jurisdicional, conforme explica o Magistrado José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva, *in verbis*:

Outrossim, a correta utilização das tutelas de urgência é uma forma de garantir a própria função jurisdicional do Estado, haja vista que a sociedade somente confiará na atuação do Poder Judiciário quando este der a devida proteção aos direitos, sobretudo os de foro constitucional, no tempo razoável. Não encontrada essa equação necessária, outras reformas virão, com o risco de poderem colocar em cheque o próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º da Magna Carta). (SILVA, 2006, p. 71, grifo nosso)

A ausência da antecipação de tutela poderia tornar inócuas as previsões constitucionais de direitos e garantias fundamentais, o que o atentaria contra o princípio da “dignidade humana”. Versa a doutrina, *in verbis*:

É o juiz a última instância garantidora dos direitos de seus jurisdicionados. [...]
Quando a administração da justiça não é boa, a proteção dos direitos é insegura e periclitante. Não haverá brevidade processual, segurança nos julgamentos, e a justiça é a base da harmonia, da paz, da felicidade. (BEMFICA, 1995, p. 16-18, grifo nosso)

Nesta ordem de raciocínio, o acesso irrestrito à Justiça (artigo 5º, XXXV, CF) é tido por muitos como a maior garantia prevista na Carta Magna, pois é sua finalidade proteger todos os demais direitos e garantias fundamentais previstas constitucionalmente. Neste sentido se manifesta a doutrina, *in verbis*:

Quando a Constituição garante o acesso à Justiça, por meio do devido processo legal, não o faz com o propósito de criar regras apenas formais de procedimento em juízo. O que, na verdade, se está garantindo é a tutela jurídica do Estado a todos, de maneira a que nenhuma lesão ou ameaça a direito fique sem remédio. O processo, nessa ordem de idéias, tem de apresentar-se como via adequada e segura para proporcionar ao titular do direito subjetivo violado pronta e efetiva proteção. O processo devido, destarte, é o processo justo, apto a propiciar àquele que o utiliza uma real e prática tutela. (HUMBERTO JUNIOR, 2008, p. 754, grifo nosso)

Não pode o Magistrado se furtar a prestar a jurisdição, conforme apregoa o princípio da indeclinabilidade. Neste sentido, o doutrinador Humberto Theodoro Júnior esclarece, *in verbis*:

Justifica-se a antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria

denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. Reconhece-se, assim, a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato. (HUMBERTO JUNIOR, 2008, p. 752, grifo nosso)

5.2.2 Quanto à natureza vinculada da concessão

A doutrina administrativista assevera que poder vinculado é aquele que a lei confere ao agente público para a prática de determinados atos nos quais fixa de forma rígida e objetiva todos os elementos e requisitos necessários à sua formalização. Não há, nesta tipologia, espaço para qualquer decisão do agente público, ficando este obrigado ao cumprimento dos preceitos legais.

Pela concepção vinculada, uma vez presentes os requisitos autorizadores da antecipação de tutela, é um direito da parte requerê-la e um dever do Magistrado deferi-la, conforme preleciona a doutrina, *in verbis*:

Conceito de tutela antecipada [...]

Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou. (HUMBERTO JUNIOR, 2008, p. 752, grifo nosso)

Concessão da liminar. Embora a expressão ‘poderá’, constante do CPC 273 caput, possa indicar faculdade e discricionariedade do juiz, na verdade constitui obrigação, sendo dever do magistrado conceder a tutela antecipatória, desde que preenchidos os pressupostos legais para tanto, não sendo lícito concedê-la ou negá-la pura e simplesmente. Para isto tem o juiz o livre convencimento motivado (CPC 131): a) convencendo-se da presença dos requisitos legais, deve o juiz conceder a antecipação da tutela; b) caso as provas não o convençam dessa circunstância, deve negar a medida. O que o sistema não admite é o fato de o juiz, convencendo-se de que é necessária a medida e do preenchimento dos pressupostos legais, ainda assim negue-a. Esse ato seria ilegal e, portanto, corrigível também por MS. A liminar pode ser concedida com ou sem a ouvida da parte contrária. (NERY, 2008, p. 525, grifo nosso)

Em sentido contrário, há inclusive jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no qual se defende que decisões acerca de medidas de urgência estariam albergadas pela “discricionariedade judicial”, conforme relata a doutrina:

O embate maior em relação ao tema da discricionariedade está no ato de concessão das medidas liminares e no campo da instrução probatória. Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça tem, com bastante frequência, afirmado que o deferimento, indeferimento ou revisão da própria decisão que defere ou indefere determinada prova está no âmbito da discricionariedade judicial. Tem-se afirmado, ainda, que a concessão das medidas liminares ou mais especificamente a verificação de se estão presentes, no caso concreto, os requisitos para a sua concessão, seria uma atividade discricionária. (AMENDOEIRA, 2006, p. 79-80, grifo nosso)

Em que pese o dissenso na doutrina e jurisprudência, é uma das conclusões esposadas pela presente monografia que a aplicação da antecipação de tutela, quando presentes os seus requisitos, é um dever do Magistrado para o fim de garantir a razoável duração do processo, celeridade e efetividade processuais, igualdade entre as partes, etc...

5.2.3 Quanto à celeridade processual

A crítica à Justiça no tocante à demora dos processos é uma constante verificada desde os tempos do Brasil Colônia. Neste sentido, relata a doutrina:

Temos uma justiça lenta. O tempo a exige rápida. E não se faz difícil ao juiz realizar o mandamento da lei, se tem um pouco de boa vontade e amor ao sacerdócio que abraçou. Para tanto, é necessário que o Estado lhe confira os meios de sua tranqüilidade.
De ano a ano, as queixas se avolumam contra ela. Já em 1821, José Bonifácio, em mensagem às Cortes Portuguesas, clamava contra ‘as delongas dos Tribunais de Lisboa, onde os suspiros dos vexados perdiam todo alento e esperança’. (BEMFICA, 1995, p. 18-19, grifo nosso)

Tais reclamações não passaram despercebidas pela Emenda Constitucional nº 45. Ao reformar o Poder Judiciário em 2004, a Emenda acrescentou ao texto constitucional (artigo 5º, LXXVIII) as garantias fundamentais de ‘razoável duração do processo’ e ‘celeridade processual’.

Para dar consecução à determinação constitucional, são diversos os instrumentos processuais colocados à disposição do Magistrado para acelerar o processo. No entanto, o instituto da antecipação de tutela é o ápice destes instrumentos, pois tem a capacidade ímpar de antecipar o uso e o gozo do bem da vida perseguido pela parte.

5.2.4 Quanto à efetividade processual

O princípio da “efetividade processual” preceitua que o processo somente é efetivo quando a decisão prolatada puder modificar o mundo dos fatos num tempo idôneo, em que a parte possa gozar e usufruir do bem da vida. Sobre o princípio, define o Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva, *in verbis*:

[...] na técnica processual, efetividade exprime também esse caráter de efetivo, designando, assim, todo ato processual que foi integralmente cumprido ou executado, de modo a surtir, como é da regra, os desejados efeitos. (SILVA, 2004, p. 509, grifo nosso)

A doutrina complementa, *in verbis*:

A demora na resposta jurisdicional muitas vezes invalida toda eficácia prática da tutela e quase sempre representa uma grave injustiça para quem depende da Justiça estatal. Daí a necessidade de mecanismos de aceleração do procedimento em juízo. [...] (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 754, grifo nosso)

A hipótese do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil relaciona-se diretamente com o princípio da efetividade, conforme ensina Nelson Nery, *in verbis*:

[...] manifesto propósito protelatório do réu (CPC 273 II), que nada têm a ver com a urgência, mas sim com a efetividade do processo, como forma de garantir ao autor os efeitos da tutela pretendida pelo simples fato de o réu estar-se utilizando do processo com propósito protelatório. (NERY, 2008, p. 524, grifo nosso)

5.2.5 Quanto ao dano marginal e o princípio da isonomia

A existência do “dano marginal” é uma perspectiva adicional sobre a relação processual e a necessidade de aplicação da “antecipação de tutela”.

O acesso ao Poder Judiciário é dispendioso (sob todos os aspectos, em especial financeiro e de tempo) e realizado normalmente tão somente após a absoluta contumácia do devedor.

Desta forma, as regras ordinárias de experiência nos permitem afirmar que a existência de uma demanda judicial significa, por si só, que uma das partes (via de regra, o autor) sofre há tempos com a desídia e a mora da parte adversa. Neste contexto, há de se trazer à tona o termo “dano marginal”, assim lecionado por Humberto Theodoro Júnior, *in verbis*:

A insatisfação do direito material da parte é um dano imediato que o adversário já lhe impôs. Ao processo corresponde a tarefa de repará-lo. No entanto, não pode, de ordinário, fazê-lo senão após a tramitação mais ou menos longa dos atos que compõem o procedimento judicial. O simples fato de o direito subjetivo permanecer insatisfeito durante o tempo reclamado pelo desenvolvimento do processo já configura um novo dano, quase sempre inevitável, mas que a prestação jurisdicional procura compensar com expedientes como o dos juros moratórios, a correção monetária e outras combinações acessórias. Além desse prejuízo natural, outros eventos indesejáveis podem ocorrer, agravando a situação do litigante e pondo em risco a efetividade da tutela jurisdicional.

Fala-se, a propósito, dessa eventualidade periculosa, em **dano marginal**, como sendo aquele que sobrevém ao do descumprimento do dever jurídico pela parte faltosa e é causado ou agravado pela duração do processo. Cabe ao legislador moderno preocupar-se com a adoção de medidas especiais que possam compensar os inconvenientes da inafastável demora na obtenção da tutela jurisdicional. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 736, grifo nosso)

Não obstante os intensos efeitos práticos que este ônus opera no mundo dos fatos e que, muitas vezes, se constituem no cerne de injustiças e das críticas de lentidão à Justiça Brasileira, são escassos os textos doutrinários que tratam deste assunto. Inexiste sequer um conceito ou definição de “ônus do tempo” articulado pela doutrina. Em que pese tal silêncio doutrinário, no âmbito do presente trabalho o “ônus do tempo” pode ser compreendido como “o período de tempo em que a parte permanece alijada do bem da vida perseguido na demanda judicial”.

O “ônus do tempo” nasce concomitantemente com o surgimento da controvérsia. Por consectário lógico, o ônus do tempo é imposto inicialmente à parte inocente (pois, se assim não fosse, não haveria o surgimento da lide, definida por Francesco Carnelutti como “conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita” (SILVA, 2004, p. 847)).

O antídoto para o dano marginal é a distribuição do “ônus do tempo” entre as partes no processo, conforme preleciona a doutrina, *in verbis*:

Uma das formas de combate do abuso de direito processual se dá através do uso dos poderes cautelares do juiz, que, através da técnica da inversão do ônus do tempo no processo, permitem que o juiz, mediante cognição não exauriente, ou seja, através da concessão de uma tutela diferenciada, tome atitudes cujo caráter será eminentemente ético. Aliás, mais ético que propriamente cautelar. (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 172, grifo nosso)

Sobre o tema, versa a Procuradora do Distrito Federal Dra. Deirdre de Aquino Neiva, *in verbis*:

Conseqüentemente, afigura-se injusta a imposição do ônus do tempo da relação processual a somente uma das partes, em geral, o autor. A máxima carneluttiana de que a prestação jurisdicional encerra-se com a decisão transitada em julgado há de ser, senão revista, pelo menos mitigada. Sabe-se ser aplicável ao Direito Processual Civil o princípio da igualdade das partes no processo (13). Ora, que igualdade resta assegurada às partes quando se constata que, em grande parte dos casos, o ônus do tempo da normalmente demorada relação processual se impõe tão-somente ao autor? (NEIVA, 2009, grifo nosso)

O princípio de isonomia ou igualdade entre as partes é de matiz constitucional, pois o inciso I do artigo 5º da Carta Magna assevera que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (BRASIL, 1988). Na seara processual, o artigo 125, I do Código de Processo Civil expressamente prevê que compete ao juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento” (BRASIL, 1973).

Barbosa Moreira *apud* Gomes assevera que o problema da igualdade no processo se desdobra em três aspectos: igualdade de riscos, igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento (GOMES, 2001, p. 79). A estes aspectos deve-se agregar uma quarta dimensão “temporal” (acerca da distribuição do ônus do tempo), pois não há isonomia quando se impõe ônus excessivo unicamente a uma das partes.

Ademais, a consideração pelo Magistrado da distribuição do ônus do tempo traria a lume a isonomia material, conforme poeticamente antevisto pelo voto do Desembargador Nagib Slaibi Filho no agravo de instrumento nº 2001.002.13359 e reproduzido em sua obra, *in verbis*:

A isonomia formal está na letra fria da lei.
A isonomia material está na vida, no caso concreto. Sua fonte é a razão, a emoção, a intuição – enfim, o espírito – do aplicador do Direito.(SLAIBI FILHO, 2006, p. 158, grifo nosso)

Neste contexto, a técnica processual freqüentemente é utilizada unicamente para manter o “ônus do tempo” sobre a parte “errada”, adiando e procrastinando o

exercício de um direito legítimo daquela parte. Nesta estratégia, um Magistrado que durante o curso da demanda se limita a proferir apenas “despachos ordinários” (postergando a análise do mérito unicamente para o momento da sentença) se torna instrumento da torpeza alheia.

No “desabafo” do Juiz de Direito Dr. Jansen Fialho de Almeida abaixo transcrito, depreende-se que a atividade jurisdicional está repleta de artimanhas para o fim de manter o ônus do tempo sob a parte inocente. Com base neste raciocínio, o Juiz Dr. Jansen convoca os seus pares a combater tais práticas procrastinatórias, alcançando a eficiência e eficácia no processo, *in verbis*:

[...] A tutela antecipada ampliou os poderes do magistrado contra os atos procrastinatórios. Os Tribunais, as entidades de classe, a sociedade, clamam pela celeridade da prestação judicial do Estado. E o que vem fazendo o Juiz de primeira instância?

Profere decisões e só manda cumprir depois de intimar a parte demandada e ultrapassado o prazo recursal. Quando profere. E ainda, remete os autos à Secretaria da Vara no intuito de certificar a interposição ou não de recursos. Na dúvida, se espera mais alguns dias, pois o defensor da outra parte pode sofrer algum impedimento de força maior que justifique a perda do prazo. E de suposto recurso que, por força de lei, não terá efeito suspensivo. Isso quando não se reserva a apreciar a liminar após a contestação.

Na linha, não é difícil vislumbrar, no dia a dia, mesmo não sendo conferido efeito suspensivo ao AGI, o magistrado determinar o aguardo de seu julgamento. Ora, que antecipação de tutela ou cautelar é essa que, na prática, aguarda a confirmação do Tribunal? Que efeito suspensivo indireto é este, quando a lei o confere devolutivo? Juiz de nada? Carimbador? Se existem dúvidas razoáveis, que se exija caução.

Com todo o respeito, não posso aderir a essa conduta. Na Vara em que exerço a titularidade - com exceção daquelas em que a lei concede o duplo efeito a eventuais recursos, p. ex. de Apelação -, as decisões são cumpridas de imediato, sem ressalvas.

[...]

É essa credibilidade que falta à Justiça. E por obra dos próprios Juízes monocráticos que relutam, temem em fazer valer suas decisões, esperando serem primeiramente confirmadas, ou até no aguardo do chamado efeito suspensivo.

Ora, o legislador nos deu toda a investidura e poder para tanto. As reformas se dirigem aos Juízes monocráticos para que desempenhem a sua função. Não é o STF, o STJ ou os Tribunais de Apelação que vão determinar a expedição de Alvarás, penhora BACEN JUD, ou deferir tutela antecipada ou liminar cautelar nos processos cotidianos. Somos nós que ouvimos as partes, testemunhas, peritos, advogados, membros do Ministério Público e servidores. Convivemos com os jurisdicionados. A obrigação é nossa. Representamos a cara, a coragem, os anseios da população. A esperança! E essa não pode faltar!

Invertamos as posições. Façamos com que o devedor discuta teses jurídicas absurdas com papéis nos Tribunais, e os credores discutam a impugnação ou embargos com o seu dinheiro no bolso. Vamos cumprir a lei. Deixemos a hipocrisia de lado de tão somente conceder liminares padrão para retirar ou obstar o nome da parte nos órgãos de proteção ao crédito. Sejam mais eficientes socialmente.

Que os recursos de Agravo de Instrumento, como quis o legislador, seja exceção, e que os Tribunais ponderem na concessão das suas liminares, a fim de que não se vulgarizem, inviabilizando a plenitude da tutela jurisdicional.

Em conclusão, façamos valer nossa independência às duras penas conquistadas no Estado Democrático de Direito. Do contrário, seremos massa de manobra a carimbar uma mera passagem de instância judicial, mártires da leniência e covardia que não coadunam com o mister. (ALMEIDA, 2009, grifo nosso)

Diante do exposto, pode-se concluir que “o tempo milita em prol da iniquidade quando o seu ônus encontra-se sobre a parte inocente”.

O instituto da “antecipação de tutela” tem em sua essência a capacidade de distribuir o ônus do tempo entre as partes. Neste sentido, versa a doutrina, *in verbis*:

A tutela antecipada destina-se a acelerar a produção de efeitos práticos do provimento, ainda que em caráter provisório, para abrandar o dano causado pela demora do processo. (MARCATO, 2009, p. 826, grifo nosso)

Desta forma, a antecipação pode e deve ser utilizada pelos Julgadores para o fim de construir uma Justiça mais célere e efetiva, fugindo da relação processual clássica que privilegia a inércia e a desídia do litigante que conta, a seu favor, o ônus do tempo.

5.2.6 Quanto à fungibilidade

O § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil prevê a fungibilidade entre medidas antecipatórias e medidas de natureza cautelar. No entanto, proliferam

decisões judiciais nos quais “há o indeferimento da medida urgente em função de se entender que a parte não se valeu do meio correto para tanto” (AMENDOEIRA, 2006, p. 168). Posicionando-se contrário a tal conduta, versa a doutrina, *ipsis litteris*:

Fungibilidade. Generalidades. O autor não será prejudicado por haver feito pedido fora da técnica processual. Caso tenha direito ao adiantamento, é irrelevante que haja interposto cautelar incidente ou haja pedido de antecipação da tutela. O juiz deverá aplicar a fungibilidade, nada obstante a norma aparentemente possa indicar faculdade: presentes os requisitos para a tutela de urgência (cautelar ou antecipatória), cabe ao juiz concedê-la. (NERY, 2008, p. 531, grifo nosso)

Vencida esta forma de pensar e reduzindo-se a tutela cautelar e a antecipação de tutela a uma mesma categoria, será perfeitamente possível conceber sua fungibilidade, aumentar a efetividade da tutela a ser concedida e permitir que o magistrado, valendo-se de seus poderes cautelares, possa atuar de forma a debelar a crise que se lhe propõe. A fungibilidade e a aplicação analógica das disposições pertinentes às medidas cautelares à tutela antecipada são a nosso ver a principal utilidade da ausência de uma distinção formalista e compartimentalizada. (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 168, grifo nosso)

Por conseguinte, a aplicação da fungibilidade de medidas acautelatórias para antecipatórias é um dever do Magistrado, por decorrência de expressa previsão legal (artigo 273, § 7º do CPC) e do poder geral de cautela (artigo 798 do CPC).

A controvérsia ocorre na fungibilidade em sentido contrário, na denominada “segunda via”, quando o autor requer, a título de medida cautelar, providência de natureza antecipatória. Os autores Sidnei Amendoeira Jr, Dinamarco, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (todos *apud* Amendoeira Jr, 2006, p. 169) admitem a concessão de tutela antecipada nestas circunstâncias, ao passo que Arruda Alvim, Joel Dias Figueira Júnior e Humberto Theodoro Júnior (todos *apud* Correa, 2009, p. 36-37) posicionam-se desfavoravelmente.

Entretanto, há de se fazer uma importante ressalva: em consonância com o princípio da eventualidade (artigo 474 do CPC), antes de decidir a medida, deve o Magistrado oportunizar a emenda à inicial de forma a ampliar os contornos da

demanda à suposta ação principal, haja vista que *causa petendi* da demanda cautelar é deveras restrito, cingindo-se ao *fumus boni juris* e ao *periculum in mora*.

Em ambos as “vias” de fungibilidade, deverá o Magistrado deferir a medida urgente se restarem demonstrados os respectivos pressupostos da medida considerada adequada (antecipatória ou cautelar).

Por fim, oportuno frisar que na Itália, berço do sistema processual civil pátrio, há equiparação entre os institutos de antecipação de tutela e medidas cautelares (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 166). Desta forma, a fungibilidade ora discutida é irrelevante em grande parte do Direito comparado.

5.2.7 Quanto à parte incontroversa da demanda

O § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil autoriza o Magistrado à conceder a antecipação de tutela quanto à parte incontroversa da demanda.

Esclarece a doutrina, *in verbis*:

Adiantamento de parte não contestada do pedido. Desde a 2ª ed. destes comentários (1996), já sustentávamos a possibilidade de adiantamento de parte não contestada do pedido. A L 10444/02 deixou explícito o que o sistema admitia implicitamente. Havendo admissão parcial da pretensão pelo réu, quando, por exemplo, o autor pede 200 e o réu admite a dívida, mas diz que o valor é de 100, na verdade há parte da pretensão sobre a qual não houve controvérsia. Nada obsta que o autor peça o adiantamento da parte incontrovertida, sob a forma de tutela antecipatória, [...] Essa decisão, que só pode ser proferida a requerimento da parte, vale como título executivo e conserva sua eficácia, ainda que o processo seja extinto sem julgamento de mérito. [...] Assim, pode o juiz, a requerimento do autor, antecipar os efeitos executivos da parte não contestada da pretensão do autor, com fundamento no CPC 273 II. Nessa parte, a decisão é de mérito e definitiva (julgamento antecipado da lide - CPC 330), motivo pelo qual subsiste, ainda que haja decisão diferente quanto ao restante do pedido (extinção com ou sem resolução do mérito). [...]
Não há necessidade de a lei permitir expressamente o julgamento antecipado da lide nesse caso, pois isso decorre do sistema: a antecipação

de parte não controvertida é de mérito e definitiva. Já era assim antes da L 10444/02. (NERY, 2008, p. 530, grifo nosso)

Nesta hipótese, a decisão em antecipação de tutela torna-se sucedâneo parcial da própria sentença. Sob este enfoque, poderia se sustentar que a possibilidade de diversas “sentenças” na fase de cognição da relação processual seria uma evolução natural do atual “processo sincrético” introduzido no ordenamento jurídico pela lei nº 11.232/2005. Sobre este tema, preleciona a doutrina:

A maior perda, porém, diz respeito ao fato de que o legislador, diante da incontrovérsia sobre parte do objeto do processo, poderia ter autorizado o juiz a, desde logo, julgar antecipadamente o mérito, como ocorre, por exemplo, no processo civil italiano. Infelizmente, porém, diante da necessidade de que todo o mérito seja julgado através da sentença e que ela seja apenas uma ao longo de todo o feito (arts. 162, 269 e 459, todos do CPC), acabou-se optando apenas por permitir a antecipação de tutela com relação à parte incontroversa - antecipação essa que terá que ser confirmada ou não, quando do julgamento do mérito, como um todo, na sentença. (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 163, grifo nosso)

5.2.8 Quanto ao sistema BACEN-Jud

O BACEN-Jud é um sistema de solicitações de informações via internet para enviar ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional (BRASIL, 2009). A sua utilização pelos Magistrados é obrigatória, conforme assenta a Resolução nº 61/2008 do Conselho Nacional de Justiça, *ex vi*:

Art. 2º. É obrigatório o cadastramento, no sistema BACENJUD, de todos os magistrados brasileiros cuja atividade jurisdicional compreenda a necessidade de consulta e bloqueio de recursos financeiros de parte ou terceiro em processo judicial. (BRASIL, 2008, grifo nosso)

O artigo 655-A do Código de Processo Civil pormenoriza o procedimento, *in verbis*:

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006). (BRASIL, 1973, grifo nosso)

No entanto, para que a inovadora “penhora on-line” alcance os seus objetivos, mister se faz o seu rápido processamento sem a intimação ou citação do réu, sob pena de tornar a medida ineficaz (artigo 804 do CPC).

Nesta ordem de raciocínio, é evidente que o bloqueio de recursos financeiros via BACEN-Jud deve ser viabilizada pelos Magistrados através do instituto da antecipação de tutela.

6 LIMITAÇÕES E VEDAÇÕES À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

O Estado de Direito é incompatível com a idéia de poderes ilimitados. Nesta medida, os poderes concedidos aos Magistrados através das medidas antecipatórias encontram-se contrabalanceados pela existência de diversos limites e vedações legais.

Em que pese a relevância do assunto, em face da modicidade do presente estudo e do limite máximo de laudas imposto pela presente instituição de ensino, o presente estudo ficará adstrito a uma apresentação deveras panorâmica, *au passant* sobre a questão.

As limitações mais polêmicas já foram analisadas pela presente monografia, tal como a questão acerca da concessão *ex officio*.

Inicialmente, não deve ser concedida medida antecipatória quando houver o perigo de irreversibilidade jurídica do provimento antecipado (artigo 273, § 2º CPC). Entende-se por “reversibilidade” a possibilidade de retornar-se ao *status quo ante*. Preleciona a doutrina, *in verbis*:

Irreversibilidade dos fatos. A norma fala na inadmissibilidade da concessão da tutela antecipada, quando o provimento for irreversível. O provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável. O que podem ser irreversíveis são as conseqüências de fato ocorridas pela execução da medida, ou seja, os efeitos decorrentes de sua execução. De toda sorte, essa irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento, pois, caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida. V., acima, coment. 16 CPC 273.

§ 3.º: 37. **Irreversibilidade impeditiva.** Caso haja real perigo de irreversibilidade ao estado anterior, a medida não deve ser concedida. É o caso, por exemplo, de antecipação determinando a demolição de prédio histórico ou de interesse arquitetônico: derrubado o prédio, sua eventual reconstrução não substituirá o edifício original. Aqui existe a irreversibilidade de fato, que impede a concessão da tutela antecipada. Quando houver irreversibilidade de direito, ou seja, quando puder resolver-se em perdas e danos, a tutela antecipada pode, em tese, ser concedida. V.. coment. 38 CPC 273 § 3.º. (NERY, 2008, p. 529, grifo nosso)

Nesta ordem de raciocínio, não deve a antecipação de tutela ser concedida em “ações constitutivas negativas”, conforme esclarece a doutrina:

Ação constitutiva negativa. O sistema não admite o adiantamento, por meio de tutela antecipada, da própria providência desconstitutiva (constitutiva negativa), pois isso pode implicar perigo de irreversibilidade da medida ou de seus efeitos. A proibição dessa circunstância está expressa na lei (CPC 273 § 2.º). Exemplos típicos dessa proibição de concessão de tutela antecipada são: a) ação de divórcio; b) ação de nulidade ou anulatória de contrato ou de relação jurídica; c) ação de nulidade ou de anulação de deliberação assemblear. Há perigo de irreversibilidade - a lei não exige a irreversibilidade em si mesma para que esteja proibida a concessão da tutela antecipada, mas tão-somente o perigo de irreversibilidade –[...] Por tudo isso, é defeso ao juiz conceder tutela antecipada desses provimentos desconstitutivos, pedidos em ação constitutiva negativa. (NERY, 2008, p. 526, grifo nosso)

Há diversas disposições legais que impedem a concessão de liminares, conforme esclarece a doutrina, *ipsis litteris*:

Liminar

[...] Há casos em que não se admite a concessão de liminar, quais sejam: a) L. 2.770, de 4.5.1956, que suprime a concessão de medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem à liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira; b) L. 4.348, de 26.6.1964, cujo art. 50 proíbe concessão de liminar em mandado de segurança com vistas à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou concessão de aumento ou extensão de vantagem; c) L. 5.021, de 9.6.1966, cujo art. 10, § 40, veda a concessão da medida que objetivar o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias, propugnadas por servidores públicos federais, estaduais e municipais, ou da administração direta ou autarquias. (ACQUAVIVA, 2006, p. 534-535, grifo nosso)

Não se admite a concessão de liminar na ação cautelar de atentado, conforme preleciona Humberto Theodoro Junior (2008, p. 720).

O mesmo impedimento ocorre com a “ação exibitória”, *in verbis*:

1.117. Ação exibitória e medida liminar

A estrutura da ação exibitória normalmente não comporta a imposição de medida liminar. O procedimento tende, por sua própria índole, a produzir eficácia após uma sentença que condene o requerido à exibição (arts. 359 e 361). Do descumprimento da condenação é que podem surgir medidas concretas contra o vencido (arts. 359 e 362).

Se for o caso de existir risco de desaparecimento do objeto a exhibir, poderá o interessado se valer de outras medidas cautelares, como, por exemplo, a busca e apreensão, desde que disponha de elementos para justificá-la. No entanto, depois que se introduziu no direito processual civil a possibilidade de antecipação de tutela na generalidade dos procedimentos, não se pode recusar, em casos de urgência comprovada, a exibição imediata, desde que satisfeitas as exigências dos arts. 273, caput, § 2º, 461, § 3º, do CPC (com a redação da Lei nº 8.952, de 13.12.1994). (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 667, grifo nosso)

As medidas de urgência contra a Administração Pública encontram diversos óbices legais, *in verbis*:

Medida cautelar inaudita altera parte

Segundo a Lei nº. 7.969, de 22.12.89, aplica-se às medidas cautelares, contra a Administração Pública, o disposto nos arts. 5º, e seu parág. único, e 7º da Lei nº 4.348, de 26.06.64. Isto quer dizer que:

- a) não haverá medida liminar quando a ação cautelar tiver como objeto reclassificação ou equiparação de servidores públicos (Lei nº 4.348, art. 5º);
- b) nem quando versar sobre concessão de aumento ou extensão de vantagens a ditos servidores (Lei nº 4.348, art. 5º, parág. único);
- c) o recurso voluntário, ou *ex officio*, nos casos acima, terá efeito suspensivo, de maneira que a sentença final da ação cautelar somente será executada após o trânsito em julgado (Lei nº 4.348, art. 7º).

Também a Lei nº 8.076, de 23.08.90, que cuida da política econômica do Governo de combate à inflação, previu novas hipóteses de vedação de medidas liminares tanto em mandado de segurança, como em ações cautelares.

Já a Lei nº 8.437, de 30.06.92, cuidando especificamente de medidas cautelares contra atos do Poder Público, determinou, entre outras disposições, que:

- a) não caberá liminar em ação cautelar contra o Poder Público, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (art. 1º, caput). Exs.: Leis Nºs 4.348, de 26.06.64, e 8.076, de 23.08.90;
 - b) não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal (art. 1º, § 1º);
 - c) não será admissível liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (art. 1º, § 3º);
 - d) caberá ao presidente do tribunal, ao qual competir o conhecimento do respectivo recurso, suspender a execução da liminar nas ações cautelares intentadas contra o Poder Público, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 4º);
 - e) comportará agravo (interno), no prazo de cinco dias, a decisão do presidente, tanto no caso de conceder ou negar a suspensão da liminar (art. 4º, § 3º);
 - f) as regras sobre suspensão de liminar aplicar-se-ão também à sentença da ação cautelar inominada contra o Poder Público (art. 4º, § 1º).
- (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 590-591, grifo nosso)

A responsabilização civil dos Magistrados também pode ser compreendida como limitação aos poderes dos Magistrados, em especial na concessão da antecipação de tutela, conforme preleciona o doutrinador Sidnei Amendoeira Jr, *ipsis litteris*:

De tudo o que foi dito, fica a seguinte certeza: realmente a responsabilidade do juiz é um dos verdadeiros limites ao uso de seus poderes, ou se se preferir, não se trata propriamente de um limite, mas um "estímulo" aos juízes para que tomem certos cuidados no exercício de suas funções. Em princípio, a idéia de responsabilidade estaria muito mais ligada aos poderes decisórios do juiz, mas ela é de grande utilidade diante do poder geral de cautela e executivos do juiz. Assim, quando o magistrado conceder tutelas antecipadas, medidas cautelares ou impuser medidas de apoio ao cumprimento de suas decisões (§ 5º do art. 461, CPC), entendemos que não poderá ser responsabilizado civilmente, a não ser que venha a atuar com dolo (diferentemente do Estado que responde objetivamente nestes casos). Ocorre, porém, que o juiz responde por culpa no caso de omissão, de modo que, ao conceder qualquer medida urgente, por exemplo, tem a obrigação de se assegurar que esta é reversível ou, caso não seja, de exigir caução suficiente para garantir os eventuais danos que poderá sofrer a parte contrária. Caso deixe de fazê-lo, omitiu-se de forma indevida, podendo ser diretamente responsabilizado por tal ato, já que aqui não há que se falar em dolo, mas tão-somente em culpa. (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 94, grifo nosso)

Por derradeiro, o princípio da “segurança jurídica” (artigo 5º, LIV da Constituição Federal) posiciona-se contra a aplicação da antecipação de tutela porquanto este se assenta em cognição sumária e não exauriente, em momento processual no qual não foi oportunizado às partes o completo contraditório e ampla defesa, o que fere (ou ao menos mitiga) o “devido processo legal”. Preleciona a doutrina, *in verbis*:

Sob outro ângulo, o litigante tem constitucionalmente assegurado o direito de não ser privado de seus bens e direitos sem contraditório e ampla defesa (princípio da segurança jurídica). Muitas vezes, porém, entre a necessidade de efetiva tutela ao titular do direito subjetivo e a garantia ao seu opositor das amplas faculdades inerentes ao contraditório, se estabelece uma flagrante contradição, porquanto, se se tem de aguardar todo o longo *iter* da ampla defesa, a tutela que a final vier a ser deferida não corresponderá a qualquer utilidade para o titular do direito subjetivo que estava a clamar por proteção judicial. (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 754, grifo nosso)

Na colisão entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade e celeridades processuais, deve-se aplicar o juízo de ponderação e harmonização, conforme conclui Humberto Theodoro Junior, *in verbis*:

Urge, então, harmonizar os dois princípios - o da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica - e não fazer com que um simplesmente anule o outro. (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 754, grifo nosso)

Neste juízo (de ponderação e harmonização) se deve prestigiar todas os preceitos na medida do possível e do razoável, consoante prudente reflexão do Magistrado.

CONCLUSÃO

Os “poderes, deveres e limitações” podem ser concebidos como um complexo trinômio de forças que precisam ser controladas, dosadas e balanceadas pelo Magistrado, de forma diária e cotidiana no exercício de suas funções jurisdicionais.

Precipuamente, os poderes e deveres são como duas faces da mesma moeda: possuem as mesmas dimensões e contornos. Tamanha é a proximidade destes institutos que, sob a ótica do Direito Administrativo, ambas se fundem no termo “poder-dever”.

Por sua vez, as limitações são iminentes ao próprio conceito de Estado de Direito, tendo em vista que não se pode conceber hodiernamente a existência de poderes estatais ilimitados.

Para a equalização do trinômio, o Magistrado deve ponderar e harmonizar todos os preceitos informadores do ordenamento jurídico, em especial aqueles previstos constitucionalmente. No entanto, não há fórmulas exatas e pré-existentes que possam auxiliá-lo nesta missão.

O instituto da antecipação de tutela torna ainda mais dramático o indigitado balanceamento, na medida em que congrega num único instante os poderes de *juditio*, *coertio* e *executio* do Magistrado.

Na colisão entre os princípios da “segurança jurídica” e a “efetividade processual”, deve o Magistrado aplicar o juízo de ponderação e harmonização, prestigiando-se todos os preceitos na medida do possível e do razoável, consoante a prudente reflexão e convencimento. Por óbvio, trata-se de seara extremamente subjetiva, sujeita a incontáveis interpretações.

Um Juiz com personalidade impulsiva certamente não se furtará a uma atuação jurisdicional mais enérgica, inclusive talvez com amplo uso do instituto da antecipação de tutela. No entanto, tal postura poderá desgastá-lo com decisões precipitadas e passionais. Por outro lado, um Magistrado por demais “cauteloso” pode tornar as decisões judiciais tardias e ineficazes, frustrando legítimos interesses dos litigantes e fazendo a injustiça por omissão.

O conceito de “Justiça” não se confunde com a mera aplicação das leis e das normas positivas, desprovida de qualquer análise ética ou valoração humana. Que o digam as barbáries cometidas pelo nacional-socialismo durante o III Reich Nazista, ou as do trágico caso relatado a seguir, todas realizadas sob o manto da mais estrita legalidade:

Não lhe basta ser fiel aplicador da lei. Essa qualquer pessoa pode aplicar, porque, segundo Maggiore, citado por Laércio da Costa Pellegrino, **‘o fim a atingir-se não é a aplicação da lei, mas a atuação da justiça’**.

O mesmo insigne Laércio, temendo os juízes pertencentes à categoria dos que só julgam com a lei, refere-se a Remigius, do século XVII, que, ‘sem nenhum espírito de maldade, com a consciência tranqüila e o nobre orgulho dos que religiosamente cumprem o seu dever, se ufanava de ter condenado à morte novecentas feiticeiras, uma em cada semana’, para concluir, segundo observação de Hélio Sodré, que ‘devia ser muito pouco exigente com a prova’. (BEMFICA, 1995, p. 21, grifo nosso)

Nesta medida, oportuno frisar que o artigo 5º da lei de introdução do Código Civil assevera que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” (BRASIL, 1942). São evidentes a grande imprecisão e fluidez destes conceitos, variáveis conforme o tempo e o local de sua análise. Sobre o tema, versa a doutrina:

Assim como cada indivíduo pauta sua conduta por um conjunto de valores, também cada sociedade possui seu quadro axiológico, cujos valores se traduzem na escolha dos fins pretendidos. [...]

Indaga-se: para o juiz, que sentido tem tais considerações? São relevantes exatamente porque é nesse universo dos valores cultuados pela sociedade que o magistrado irá atuar jurisdicionalmente. Irá julgar os litígios, que nada

mais são do que disputas acirradas por valores. [...] Significa que o processo é, no mundo jurídico, um valor-meio que se presta ao alcance de um valor-fim do direito, qual seja a **Justiça**. [...] (GOMES, 2001, p. 23)

No entanto, a antecipação de tutela não pode permanecer refém do total arbítrio ou convicção do Julgador, sob pena de se legitimarem as mais teratológicas decisões. Tal raciocínio, mais do que mero rompante retórico, foi o mote da presente monografia.

Uma das conclusões esposadas pela presente monografia que a aplicação da antecipação de tutela, quando presentes os seus requisitos, é um dever do Magistrado para o fim de garantir a razoável duração do processo, celeridade e efetividade processuais, igualdade entre as partes, etc...

Entretanto, se por um lado está-se a exigir do Julgador uma atuação mais ativa para consubstanciar a efetividade e celeridade da jurisdição, inclusive com aplicação *ex officio* da tutela antecipada, por outro se exige que respeite e conserve as garantias e direitos das partes litigantes e de terceiros.

Certamente não é fácil a missão de equalizar tantos interesses e finalidades colidentes. No entanto, o esforço do Magistrado justifica-se pelo fato que o alcance das medidas antecipatórias supera largamente a mera relação processual para alcançar a própria razão de existência do Poder Judiciário, qual seja, a pacificação social e a realização da Justiça!

A natureza executiva-mandamental do instituto da antecipação de tutela permite aos Magistrados interferir intensamente na realidade. Desta forma, cabe ao Judiciário um papel ativo, de instrumento dinâmico de transformação e evolução da sociedade e da sua realidade política, conforme preconizado pela Escola de Frankfurt e pelo artigo 3º da Constituição Federal, *ex vi lege*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva**. 13ª ed. Atual., rev. e ampl. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2006. 888 p.

ALMEIDA, Jansen Fialho. **O Juiz e a Efetividade do Processo**. 2009. Disponível em < <http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=6159>>. Acesso em 12/10/2009

AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2006, 239 p.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 241 p. (Coleção Curso e concurso).

BEMFICA, Francisco Vani. **O juiz, o promotor, o advogado: seus poderes e deveres**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 341 p.

BRASIL. Banco Central. **Sistema BacenJud – Introdução**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?BCJUDINTRO>>. Acesso em: 27 out 2009.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessos de set 2009 até out de 2009.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessos de set 2009 até out de 2009.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 61**, de 07 de outubro de 2008. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=512&id=4984&option=com_content&task=view>. Acesso em: 20 out 2009.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessos de set 2009 até out de 2009.

BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out 2009.

BRASIL. **Lei dos Juizados Especiais**. Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessos de set 2009 até out de 2009.

BRASIL. **Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Lei Complementar nº 35 de 14 de março de 1979. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessos de set 2009 até out 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 16940/DF**. Relator Ministro Jorge Scartezzini. Quinta Turma STJ. Julgamento 25/06/2002. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acessos em out 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 22.721/SP**. Relator Ministro Felix Fischer. Quinta Turma STJ. Julgamento 27/05/2003. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acessos em out 2009.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por um Advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 397

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 13ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 442

CORREA, Everton Luiz Penter. **A Fungibilidade entre as Espécies de Tutela de Urgência**. Curitiba. 2009. Material didático da disciplina de Direito Processual Civil II – Cautelar da Escola da Magistratura do Paraná. Núcleo Curitiba. Out. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos Juízes**. 3ª. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 166

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio eletrônico**: versão CD-ROM : com corretor ortográfico. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [2004]. 1 disco laser

GOMES, Sergio Alves. **Os poderes do Juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 288

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1962. 294 p.

LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. 340 p.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 29. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. 543 p.

MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3ª ed Rev. Atua. São Paulo:Atlas, 2008, p. 3018.

NEIVA, Deirdre de Aquino. **Tulela Antecipada**. 2009. Disponível em <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/pcivil6.htm>>. Acesso em 11/10/2009

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1823 p.

NETTO, Nelson Rodrigues. **Tutela jurisdicional específica: mandamental e executiva *lato sensu***. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 181 p.

RIBEIRO, Kepler Gomes. **A técnica da tutela inibitória e a efetividade da prestação jurisdicional nas obrigações de fazer e de não fazer**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3316>>. Acesso em: 19 out. 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 1504 p.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **As tutelas de urgência como garantia da jurisdição e de inclusão social – tutela cautelar, antecipatória e mandamental**. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, n. 200, 40-74. fev 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença cível - Fundamentos e Técnica**. 6ª. ed. Rev. Atua. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 616p.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. PINTO, Junior Alexandre Moreira. **Direito Processual Civil - Institutos Fundamentais**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá. 2008. 287 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Volume I. 44^a ed. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 815

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Volume II. 42^a ed. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 890