

## O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL

*Carla Patricia Frade Nogueira Lopes\**

*A instrução probatória. O poder geral de cautela. A antecipação da tutela jurisdicional.*

### *Introdução*

O presente estudo destina-se à obtenção do título de pós-graduação oferecido pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, cujo curso foi realizado no ano letivo de 1995.

O tema escolhido — O poder discricionário do juiz no processo civil — foi o resultado de uma longa reflexão acerca das novas exigências que a sociedade brasileira vem fazendo em relação ao Poder Judiciário como um todo, ao magistrado, à Justiça, enfim. O que aqui pretendemos demonstrar é que o julgador, hoje, não pode mais esconder-se atrás da aparente imparcialidade total, em favor da lei, em favor da idéia arcaica de que o intérprete jamais cria o Direito.

Em face da amplitude que o tema traz em si, optamos por restringi-lo às hipóteses em que, a nosso sentir, o juiz mais exercita, diretamente, a sua discricionariedade, qual seja, a instrução probatória, o poder geral de cautela e a recente antecipação da tutela jurisdicional, grande avanço do legislador, ao propor as mudanças que vêm ocorrendo no Código de Processo Civil.

Queremos deixar claro, de plano, que o nosso trabalho não pretende exaurir a matéria em nenhum de seus momentos; ao contrário, trata-se de estudo acadêmico, que busca trazer à colação idéias já bastante discutidas por juristas de escol. Filiamos-nos, como ao longo da explanação se verá, à corrente que vê no mister de julgar uma forma intensa de poder, mas não um poder inerte, frio, distante da comunidade e de seus anseios, e, sim, um poder amplo, limitado apenas pela razoabilidade

---

(\*) Analista Judiciária do TRF-1ª Região e Assessora de Gabinete do Exmo Sr. Juiz Cândido Ribeiro.

que deve pautar cada decisão judicial, com vistas a que, ao se dar segurança jurídica, encontre-se a paz social.

Dividimos o trabalho em três grandes partes: o poder discricionário, os poderes do juiz e os poderes do juiz no Código de Processo Civil. Neste último capítulo, após tecer algumas considerações de ordem geral, enfrentamos as questões concernentes à instrução probatória, ao poder geral de cautela e à antecipação da tutela.

Temos a esperança de que nosso empreendimento sirva de estímulo — mínimo que seja — àqueles que detêm consigo o poder de decidir as vidas alheias para se empenharem por mudanças sólidas e definitivas em prol de um Judiciário lídimo e eficaz. Pautamo-nos, nesse sentido, nas idéias do Professor e Magistrado Dr. José Renato Nalini, que antevê como uma das soluções para a verdadeira reforma do Poder Judiciário uma mudança na postura mental do juiz brasileiro. No texto “A Postura do Magistrado e o Acesso à Justiça”, a ser publicado na *Revista do Tribunal Regional Federal — 1ª Região* v. 7, n. 4 (no prelo), o autor assim se posiciona:

“A verdadeira e única reforma possível do Judiciário brasileiro é a *remodelação da consciência do juiz*. Construção individual, lenta e contínua. Derivada de um compromisso assumido pelo juiz inicialmente para consigo próprio. Para só então exteriorizar-se nas dimensões de seu relacionamento com o próximo, com a comunidade/ambiente e com a Providência.” (Grifos do autor.)

*Estamos em que a consciência de que, em verdade, toda decisão judicial é uma decisão discricionária é o primeiro passo certo para que se atinja o novo estágio que não só o professor Nalini vislumbra como o ideal, mas aquele com que toda a sociedade sonha. As mudanças profícuas, ao longo da história da humanidade, advieram, sempre, de sonhos coletivos.*

## Capítulo I

### Poder Discricionário

#### I — Notas introdutórias

Apesar de ser o estudo da discricionariedade realizado, freqüentemente, sob a égide do Direito Administrativo, faz-se mister que o presente trabalho se inicie pela abordagem da questão, delimitando-a, de plano, no que concerne ao seu conceito e à sua aplicabilidade.

O poder discricionário não se cinge a uma definição unívoca, não se circunscrevendo a uma unanimidade entre os doutrinadores. Ao contrário, trata-se de conceito multifacetado, devendo o jurista enquadrá-lo de acordo com a situação em concreto.

No caso em tela — o poder discricionário do juiz no processo civil — não obstante a pesquisa empreendida em torno de variados autores, optou-se pela aná-

lise e, sobretudo, pelas conclusões do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello em sua festejada obra *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. As idéias aqui apresentadas estão centralizadas, basicamente, nos ensinamentos desse doutrinador, haja vista a subsunção dos mesmos à atuação do magistrado na condução do processo em âmbito cível.

O poder discricionário está intimamente ligado, no que tange à atividade jurisdicional, às oportunidades que se apresentam ao juiz no sentido de que ele examine subjetivamente a situação e sobre ela se posicione de uma ou de outra maneira<sup>1</sup>. É esse, aliás, o cerne deste estudo, que se propõe a demonstrar as principais ocasiões em que ao magistrado incumbe, precipuamente, fazer valer a sua discricionariedade, a exemplo da instrução probatória, do poder geral de cautela e da recém-adotada antecipação da tutela jurisdicional, como adiante se verá.

Não se há de confundir, contudo, discricionariedade com arbitrariedade, sob pena de ruírem por terra todos os alicerces do Estado de Direito. Este pressupõe que tanto a atividade administrativa quanto a atuação jurisdicional tenham como supedâneo a autorização legal. A propósito, o administrativista francês Gaston Jèze já preceituava: *Il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire*.

Da mesma forma preconizou o saudoso Hely Lopes Meirelles, no seu *Direito Administrativo Brasileiro*: "Discricionariedade e arbítrio são atitudes diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei". (16ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1991, p. 98.)

Celso Antônio Bandeira de Mello espanca qualquer dúvida que possa pairar acerca dessas noções, ao estatuir que "o chamado 'poder discricionário' tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*" (*Op. cit.*, p. 15.) (Grifos do autor.)

## 2 — *Discricionariedade e indeterminação*

À primeira vista, o que vimos de dizer nos parágrafos anteriores pode parecer paradoxal, na medida em que o juiz, tanto quanto o administrador, está sujeito à lei em sua atividade e, concomitantemente, casos há em que dispõe de liberdade no seu agir.

Insta reconhecer que, por vezes, a norma legal pressupõe situações em cujo âmbito a conduta do agente estatal (magistrado ou administrador) já se antecipa objetivamente prescrita. Há, *in casu*, um único comportamento a ser adotado pelo destinatário momentâneo da norma.

Ao tratar do indeferimento da petição inicial, o legislador estipulou, no art. 295, inciso II, do Código de Processo Civil:

"Art. 295. A petição inicial será indeferida:

....

II — quando a parte for manifestamente ilegítima;"

É de se ver, pois, que no exemplo trazido à colação, a lei não legou ao juiz qualquer margem de liberdade; está o magistrado, aí, *vinculado* ao postulado legal, vale dizer, restando ausente uma das condições da ação (legitimidade de parte), estará o juiz compelido a indeferir a petição inicial do autor. Ressalte-se, por oportuno, que o legislador não deixou qualquer vestígio de discricionarismo ao enfatizar que o indeferimento dar-se-á quando da ilegitimidade *manifesta*<sup>2</sup>.

Essa, porém, é uma regra excepcional em nosso ordenamento jurídico, como de resto sói acontecer com os sistemas alienígenas. Veja-se, sob esse aspecto, a lição, sempre válida, de Celso Antônio Bandeira de Mello: “É raro, entretanto, que a norma de Direito estabeleça com este rigor, com esta capilar precisão, qual a situação de fato objetivamente identificável e qual a conduta única, integralmente regulada e obrigatoriamente adotável perante aquela situação de fato”. (*Op. cit.*, p. 16.)

Em não ocorrendo essa hipótese, duas outras podem surgir: ou a norma jurídica não menciona a situação fática ou, ao fazê-lo, descreve-a por intermédio de expressões que trazem ínsitos conceitos ditos fluidos, imprecisos, vagos, elásticos ou indeterminados. Caberá ao aplicador da lei, então, promover um juízo subjetivo, no autorizado dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, acerca da dicção legal.

O melhor exemplo que salta à vista para explicar a discricionariedade do magistrado em face do processo civil, nos limites até aqui traçados, é o art. 125 do Estatuto Processual Civil, que, ao regular os poderes, os deveres e a responsabilidade do juiz, preceitua:

“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.”

Em cada um dos incisos encontramos conceitos algo fluidos, como preferir Celso Antônio Bandeira de Mello, a saber: “igualdade de tratamento”, “rápida solução do litígio”, “qualquer ato contrário à dignidade da Justiça” e “conciliar as partes”.

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao anotar o dispositivo ora em comento, bem realça o que se vem de afirmar:

“Ao decidir, o juiz deve recordar-se que na inteligência da lei processual, não desprezados os métodos gramatical, histórico e comparado, maior relevo têm os princípios que a informam. Ademais, na interpretação da lei processual *elástica* não se deve aplicar a lógica formal tradicional, mas os métodos teleológico e progressivo, buscando conotações valorativas, em que salientados os aspectos axiológicos e a instrumentalidade que caracteriza o direito processual (RF 261/81).

O juiz serve-se do CPC, mas não serve a este.” (*In Código de Processo Civil Anotado*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 80.) (Grifo nosso.)<sup>3</sup>

Nessa esteira, há de ser lembrado o eminente jurista Cândido Rangel Dinamarco, que preleciona: “Em suma: o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida em comum não pertence ao juiz. Este pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça”. (*In A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1987, p. 280.)

A posição até aqui defendida, com espeque no escólio de Bandeira de Mello, no entanto, não é pacífica. Eduardo Garcia de Enterría<sup>4</sup> informa que a mais moderna doutrina alemã sustenta a tese de que a indeterminação dos conceitos só se erige em abstrato. Segundo os alemães, os casos concretos elidem qualquer possibilidade de fluidez, transmutando-se tais conceitos em consistência e unanimidade reais. A questão dimanada dessas noções ditas indeterminadas, de acordo com essa corrente, não pode ser identificada com o tema da discricionariedade, mas, sim, com o da interpretação.

Estamos em que, *data venia*, não lhes assiste razão. Primeiro, não há como se discordar da idéia de que, não obstante os diversos fatores propiciadores da delimitação da fluidez de certos conceitos imprecisos — que a seguir serão analisados — nem sempre é possível que a aplicabilidade dos mesmos nos casos concretos enseje uma posição convergente, sem quaisquer dúvidas restantes. Por inúmeras vezes, variados entendimentos apresentar-se-ão, sem que se possa inquirir um de absolutamente correto, e os demais, objetivamente incorretos. Basta, para tanto, que haja razoabilidade nas diferentes concepções que porventura surjam.

Segundo, somos de opinião de que os temas da discricionariedade e da interpretação tendem a confluir, conforme se verá, mais detalhadamente, no próximo capítulo do presente estudo. Saliente-se, a propósito, que o grande poder de discricção de que se reveste a atividade do magistrado se alicerça, notadamente, no seu mister de interpretar (a lei, os preceitos etc.). Em apoio a essa assertiva, fazemos uso da lição do grande processualista italiano *Mauro Cappelletti*:

“Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, *certo grau de discricionariedade*, e pois de criatividade, *mos-trar-se inerente a toda interpretação* .... Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e — no caso do juiz, não menos que no do

musicista, por exemplo — reproduzi-los, ‘aplicá-los’ e ‘realizá-los’ em novo diverso contexto, de tempo e lugar”. (*In Juizes Legisladores?*, tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21.) (Grifos nossos.)

### 2.1 — *Limites dos conceitos indeterminados*

Não se há de vislumbrar, ante o exposto, que o campo de liberdade do juiz (bem como do administrador), ao interpretar e aplicar a norma, seja absoluto. Os conceitos que envolvem a hipótese e a finalidade da regra jurídica, por mais vagos e imprecisos que sejam, jamais prescindem de um mínimo de conteúdo determinável, a menos que, na verdade, de conceitos não se trate.

O Direito, enquanto linguagem, perfaz-se de palavras, que, por seu turno, são signos. Os signos, como é consabido, trazem inerentes à sua realidade significados. Em sendo assim, forçoso é concluir que todos os conceitos atinentes às regras jurídicas são dotados de um conteúdo mínimo que não é passível de discussão. Nesse ponto, vale trazer à baila, uma vez mais, o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello: “De qualquer deles se pode dizer que compreendem *uma zona de certeza positiva*, dentro na qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e *uma zona de certeza negativa* em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só têm cabida no intervalo entre ambas”. (*Op. cit.*, p. 29.) (Grifos do autor.)

O rumo exato a ser tomado pelo intérprete deve ser aquele que se funda na razoabilidade, na intelecção do *homo medius*. Não há de se cristalizar a concepção que desborde da compreensão naturalmente emanada dos jurisdicionados (e administrados) cujo comportamento a norma jurídica se tenha proposto regular.

Um último tópico desse tema merece rápida análise. Trata-se da questão que respeita a necessária interpretação dos conceitos indeterminados dentro de um contexto, isto é, do “plexo total de normas”, como adverte com presteza Celso Antônio Bandeira de Mello. Uma regra de Direito jamais será interpretada isoladamente, sem estar inserida em um certo sistema, sendo dele um segmento. Essa, aliás, é uma das mais comезinhas ilações que se pode tirar do estudo da ciência jurídica. Em suas *Lições Preliminares*.... Miguel Reale afirma: “... visto como as regras de direito devem ser entendidas organicamente, estando umas na dependência das outras, exigindo-se reciprocamente através de um nexu que a *ratio juris* explica e determina”. (*Lições Preliminares de Direito*, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 276.)

### 3 — *Definições acerca da discricionariedade*

Como já referido nas notas introdutórias do presente capítulo, parece-nos importante fixar a conceituação ideal da discricionariedade que melhor se coadune com as funções exercidas pelo juiz na direção e instrução do processo civil.

Já se verificou, após o que até aqui foi explanado, que o poder discricionário do agente investido na função de representante do Estado-Juiz ou do Estado-Administração advém da incapacidade humana de decidir sempre, em cada um dos casos concretos postos sob sua responsabilidade, acerca da providência ideal que espelha, com precisão, a regra jurídica em seu caráter teleológico. Tem-se, aí, em linhas muito gerais, a etiologia da discricionariedade.

Nesse contexto, fácil se torna a percepção de que o poder discricionário de que dispõe o magistrado em face do processo se vincula, na sua plenitude, com a sua capacidade de escolha entre as opções que se delinham. Outra não é a conclusão de *Lawrence M. Friedman*<sup>5</sup> em relação ao que vem a ser essa potestade: "*potere di sciogliere tra azione alternative*".

Ao seguir a mesma linha de raciocínio, o insigne administrativista lusitano *Marcelo Caetano*<sup>6</sup> assevera que o poder discricionário é "aquele cujo exercício fica entregue ao critério do respectivo titular, na medida em que a lei lhe confie a escolha das circunstâncias, das ocasiões, dos meios ou das formas de realizar os interesses por ela protegidos".

Ao tratar dos conceitos discricionários como um dos "modos de expressão legislativa"<sup>7</sup> que ensejam a autonomia do julgador diante do texto legal, *Karl Engisch* é taxativo: "Mas o conceito de discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito. As dificuldades adquirem uma particular premência e um peso particular pelo facto de a teoria da discricionariedade se ter tornado ao mesmo tempo um ponto fulcral do Direito processual". (*In Introdução ao Pensamento Jurídico*, tradução de J. Baptista Machado, 6ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 214.)

Uma revisão bibliográfica do tema relativo ao poder discricionário leva-nos à constatação sempre crescente de que este se coaduna, em sua essência, com aquela escolha possível entre hipóteses até contrárias, mas protegidas pelo manto do Direito, a ser realizada pelo agente judicial ou administrativo. Senão, vejamos.

*Rudolf Laun*<sup>8</sup> assim se expressa: "Quando podemos admitir que, segundo a vontade da lei, suas possibilidades entre si contrapostas são igualmente conformes ao direito, e a autoridade, portanto, pode optar por A ou não-A, sem agir contrariamente ao direito em qualquer das alternativas, então temos .... poder discricionário". No mesmo diapasão, arremata *W. Jellinek*<sup>9</sup>: "Esta pluralidade de sentidos querida pelo legislador é imanente ao poder discricionário".

Como apontamos no início desta dissertação, estaremos apoiando nossa tese nas conceituações básicas ditasas pelo mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do poder discricionário. A noção dada pelo doutrinador cinge-se à atividade administrativa; valemo-nos de suas palavras transplantando-as para a seara jurisdicional e conduzindo-as ao campo da atuação do juiz na condução do processo civil. Diz o Professor Bandeira de Mello:

R. Trib. Reg. Fed. 1ª Reg., Brasília, 9(1) 19-56, jan./mar. 1997

“Discricionarietà, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”. (*Op. cit.*, p. 48.)

## CAPÍTULO II

### *Poderes do Juiz*

#### 1 — *O poder em sentido amplo*

O fenômeno do poder tem sido basilar para a compreensão dos mais diversos temas abordados em sede de Ciências Humanas. Por uma série de razões, que aqui não merecem referência, no âmbito da ciência jurídica, o poder se erige em etiologia mesma da maioria dos institutos e suas conseqüências no seio da sociedade.

Há, sob os auspícios da ciência política, estudos dos mais consistentes acerca da fenomenologia que envolve o poder; entretanto, fiéis à limitação imposta ao presente trabalho, traremos à apreciação o conceito concebido por *Norberto Bobbio*, hoje aceito em caráter universal.

O *Dicionário de Política* do renomado professor italiano assim dispõe em seu verbete Poder:

“I. Definição. — Em seu significado mais geral, a palavra Poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais...”. (*Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino*; tradução de Luís Guerreiro Pinto Cacaís, João Ferreira, Gaetano Lo Mônaco, Renzo Dini e Carmen C. Varrialle; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 933.)

Esse mesmo verbete<sup>10</sup>, ainda sob a epígrafe definição, demonstra a verdadeira acepção de que necessitamos para enquadrarmos o fenômeno na atividade exercida pelo magistrado ao conduzir o processo:

“Como fenômeno social, o Poder é portanto uma relação entre os homens, devendo acrescentar-se que se trata de uma relação triádica. Para definir um certo Poder, não basta especificar a pessoa ou o grupo que a ele está sujeito: ocorre determinar também a esfera de atividade à qual o Poder se refere ou a *esfera do Poder*”. (*Op. cit.*, p. 934.) (Grifos do autor.)

Vale registrar, por fim, a magistral definição de Afonso Arinos<sup>11</sup>, que se amolda de forma perfeita à função jurisdicional: “a faculdade de tomar decisões em nome da coletividade”.

## 2 — O poder de julgar

De modo a restringirmos o tema ao que se pretende demonstrar com este estudo, passamos a investigar o poder sob a ótica da atividade judicante precípua, vale dizer, o exercício de julgar.

Esse é, em essência, o verdadeiro e mais importante tipo de poder que o magistrado detém a partir do instante em que é investido de jurisdição. Dizer o Direito contém os elementos lógicos insitos na própria idéia de poder, ou seja, existe, *in casu*, a possibilidade de tomada de decisão em determinado sentido, além da imposição da opção escolhida mediante coação, na hipótese de uma possível resistência à decisão judicial.

*Enrico Tullio Liebman*<sup>12</sup> bem demonstra o que vem de ser dito, ao afirmar que julgar “quer dizer valorar um fato do passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo o critério de julgamento fornecido pelo direito vigente, enunciando, em consequência, a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina do caso (*fattispecie*) em exame”.

É de se ver, pois, que o ato de julgar é ato de poder; trata-se de monopólio do Estado que, ao investir seus agentes da função judicante, transmite-lhes a legitimidade necessária para integrarem a organização estatal e exercitarem seu papel social. Esse exercício é a comprovação cabal da faceta política da jurisdição.

Parece-nos válido o alerta feito por Sérgio Alves Gomes, no que concerne à expressão “poderes do juiz”, que, para o autor, significa “manifestações do poder que o Estado confere ao juiz para dirigir e instruir o processo”.<sup>13</sup> Um estudo sistemático do Código de Processo Civil mostra, à saciedade, que em todo o *iter* processual, o magistrado se defronta, por inúmeras vezes, com o dever de impulsionar o processo de forma a atingir seus escopos instrumentais. As normas procedimentais dão os devidos limites a serem obedecidos pelo juiz, bem como as formas a serem observadas. Trata-se, como soa óbvio, de tema complexo, que envolve todo o campo do Direito Processual. Nesse passo, vale aqui elencar algumas classificações existentes acerca dos poderes do magistrado, a título de ilustração didática.

### 2.1 — Classificações dos poderes do juiz

Não cabe, no âmbito deste trabalho, uma discussão pormenorizada acerca das mais diversas classificações que a doutrina apresenta para distribuir em critérios os poderes do julgador. Essa a razão primordial para que apenas façamos menção às propostas elaboradas pelos estudiosos.

---

R. Trib. Reg. Fed. 1ª Reg., Brasília, 9(1) 19-56, jan./mar. 1997

*Francesco Carnelutti*<sup>14</sup> sugere uma ampla classificação dividindo os poderes em finais e instrumentais, entendendo o mestre peninsular que assim está abrangendo os processos de conhecimento, de execução e cautelar.

O saudoso Moacyr Amaral Santos, em suas *Primeiras Linhas...*, também adere a uma classificação dúplice, inicial, definindo, de um lado, os poderes jurisdicionais e, de outro, os poderes de polícia, que não se subdividiriam em nenhuma outra subespécie. Quanto aos poderes jurisdicionais, o autor propõe uma segunda classificação: poderes ordinatórios ou instrumentais, poderes instrutórios, poderes finais, poderes decisórios e poderes satisfativos ou executórios. (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1º v., 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 326/27.)

*Vittorio Denti*<sup>15</sup> parte da natureza e da eficácia dos provimentos jurisdicionais, colocando no mesmo grupo os poderes ou provimentos decisórios e os poderes ou provimentos ordinatórios; no outro, poderes ou provimentos instrumentais e poderes ou provimentos finais. De acordo com *Denti*, há, ainda, poderes acessórios ou instrumentais desses poderes processuais aludidos; seriam eles melhor enquadrados como administrativos, ao invés de jurisdicionais.

José Frederico Marques<sup>16</sup> segue a classificação dupla e antevê poderes jurisdicionais e administrativos, vislumbrando como espécies dos primeiros o poder instrumental ou ordinatório e o poder decisório final.

Há, contudo, classificações maiores, que buscam uma abrangência total em torno dos poderes de que dispõe o magistrado. Assim é que Antonio Pereira Braga<sup>17</sup> propõe um esquema com sete grupos, a saber: a) poderes de inspeção; b) poderes de concessão ou de recusa; c) poderes de abreviação; d) poderes de nomeação; e) poderes de repressão; f) poderes de apreciação da prova; g) poderes de iniciativa.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, em sua festejada *Teoria Geral do Processo*, advertem que todos os poderes do julgador são, em verdade, poderes-deveres, dividindo-os em duas categorias básicas: poderes administrativos ou de polícia e poderes jurisdicionais, que se subdividem em poderes-meio e poderes-fim. (8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 263.)

Muitas outras classificações poderiam ser trazidas à discussão; entretanto, estamos em que o breve elenco apresentado atingiu o propósito a que nos dispusemos.

### 3 — *A ampliação dos poderes do juiz no processo civil*

Desde o século passado verifica-se uma tendência cada vez maior de se deixar de lado a visão privatista do processo civil, qual seja, a de que é o processo um negócio entre partes, sendo o juiz um árbitro passivo, que age sob o impulso exclusivo dos negociantes. Segundo *Mauro Cappelletti*, essa tendência surgiu de forma

marcante nos países socialistas, o que não impediu que o fenômeno se estendesse também pelos países ocidentais, notadamente naqueles pertencentes à tradição do *Civil Law*.

É de se ver, inicialmente, que essa tendência está intimamente ligada ao crescimento do Poder Judiciário e tem, como consequência direta, uma maior responsabilização por parte dos juízes. Veja-se, a propósito, esta afirmação de *John H. Merryman*: “Os juízes exercitam um poder. Onde há poder deve haver responsabilidade: em uma sociedade organizada racionalmente, haverá uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade. De consequência, o problema da responsabilidade judicial torna-se mais ou menos importante, conforme o maior ou menor poder dos juízes em questão”. (*Apud Mauro Cappelletti, Juízes Irresponsáveis?*, tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 18.)

Do ponto de vista procedimental, há de se destacar o movimento da oralidade no processo, que ensejou grande expansão das funções do julgador na direção do processo, “seja no sentido de controlar e acelerar o seu desenvolvimento, seja no de assegurar a efetiva, e não meramente formal, igualdade entre as partes”, na lição de *Cappelletti (op. cit., p. 20.)*

Sob o aspecto substancial, constata-se uma outra tendência evolutiva no sentido da ampliação do papel do juiz, que diz respeito à modernização e, via de consequência, criação do Direito Substancial. Verificaremos, mais adiante, que a interpretação legal realizada pelo magistrado, ao aplicar o Direito, não se contrapõe ao conceito de criação do Direito.

Nesse sentido, *Cappelletti* sentencia: “... É fora de toda dúvida razoável o fato de que o papel criativo, ‘*law making*’, dos juízes — a sua responsabilidade-poder pelo desenvolvimento do Direito — cresceu enormemente no curso do nosso século, e especialmente nos decênios seguintes à segunda guerra mundial”. (*Op. cit., p. 21.*)

### 3.1 — *Causas do fenômeno*

Podemos detectar, a partir dos ensinamentos de *Mauro Cappelletti*, quatro grandes pontos nodais na determinação da mudança por que passou (e vem passando) o processo: a emergência do Estado social, ou *welfare state*; o ativismo judicial impulsionado pelo moderno direito legislativo; os direitos sociais nascidos de uma sociedade cada vez mais reivindicadora e, por fim, a massificação, que atinge não só a economia, como também as próprias relações e conflitos intersubjetivos.

Essas grandes transformações materializaram-se em uma legislação nova, que produziu efeitos diretos na função jurisdicional. Assim é que a lei do *welfare state* é um dado essencial para a configuração do novo papel da magistratura. A partir de então, o juiz não mais se limita a aplicar o texto legislativo, mas, ao contrário, passa a criá-lo verdadeiramente, já que esse texto não é mais inteiramente auto-aplicável.

Em sua fantástica obra *Juízes Legisladores?*, Cappelletti aborda essa questão, não deixando margens a dúvidas: “É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. .... Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.” (*op. cit.*, p. 42.)

A revolução industrial foi, em verdade, o grande marco histórico para o nascimento do Estado social (o *État providence*, como preferem os franceses) e o crescimento dos ramos legislativo e administrativo, em resposta direta ao fenômeno da massificação encontrado em toda a civilização. Daí a mudança de postura do magistrado, que não mais se vê diante de lides entre duas partes individualizadas, determinadas, mas diante de conflitos de grande potência, com grupos inteiros em litígio com outros grupos, produzindo as *class actions* e *public interest litigation* nos Estados Unidos, as *actions collectives* e *Verbandsklagen* na França, Bélgica, Alemanha e outros países.

Dessa mudança radical nasce a importância da interpretação por parte do magistrado, seu verdadeiro poder discricionário na arte de julgar, como já se afirmou anteriormente. Nesse mister solitário é que o juiz do século XX, ao presidir o processo, exercita o seu poder-dever de, livremente, dizer o que é o Direito.

#### 4 — A interpretação e a criatividade

O filósofo Morton G. White<sup>18</sup> descreve com a revolta contra o formalismo o movimento que significa, em última análise, a origem geral da criatividade judiciária, tão típica da nossa era e que, em tempos anteriores, era abominada, como adverte o eminente juiz inglês Lord Reid: “.... entendia-se quase escandaloso sugerir que os juízes criassem o direito”.<sup>19</sup>

O formalismo, em todas as suas formas de expressão, centralizava sua característica básica no elemento identificado com a lógica mecanicista do processo jurisdicional, contrapondo-se ao elemento da vontade, vale dizer, a discricionariedade, a oportunidade de escolha. Tinha-se, como se pode facilmente inferir, a concepção cômoda de que o juiz deveria declarar o direito de forma não criativa, ou seja, utilizando-se da lógica dedutiva, sem qualquer influência axiológica.

A dita revolta contra esse formalismo ensejou o reconhecimento do verdadeiro e atual papel que se atribui ao julgador. Assim preleciona Cappelletti: “Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e ‘balanceamento’; significa ter presentes os resultados práticos

e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia". (*Op. cit.*, p. 33.) (grifos nossos.)

Os tribunais, diante dessa nova e inevitável realidade, tinham diante de si duas alternativas em termos de posição a tomar: ou permaneciam fiéis à ideologia do século XIX, ou aderiam à visão que se impunha no século XX, igualando-se, o Poder Judiciário, aos outros dois Poderes. A segunda alternativa foi, de forma natural (e gradual), a adotada pelos mais diversos países, o que culminou com a ascensão do chamado terceiro ramo e a conseqüente criatividade judiciária em evolução.

Há quem entenda que essas transformações equivalem, de forma diretamente proporcional, a uma tendência no sentido de que os julgadores se amoldaram às feições de legisladores. Não compartilhamos, no entanto, dessa idéia, que se vem erigindo à categoria de premissa para aqueles combatentes de um Judiciário mais atuante e participativo.

Já demonstramos, no presente estudo, que a função precípua do magistrado é julgar e, ao julgar, ele exercita diretamente o seu poder discricionário, qual seja, interpreta a lei que lhe é posta pelo Estado para a solução dos casos concretos. Ao interpretar a lei, o juiz escolhe entre alternativas que são amparadas pelo ordenamento jurídico. Ordenamento este posto para a obtenção da paz social. Ora, ao interpretar, o magistrado está jungido à tarefa de esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito, nas palavras de *Cappelletti*.

Há que se deixar evidenciado, desde logo, porém, que essa atividade criativa, que é imanente da própria obrigação funcional do magistrado, não se identifica com a função de legislar. A explicação basilar para isso é a diferença fundamental existente entre os processos legislativo e jurisdicional. Sob o aspecto substancial, o resultado de ambos os processos vai desembocar na criação do direito, mas a diversidade se evidencia no *modus faciendi*, ou seja, na estrutura dos procedimentos; a maneira é diferente. Veja-se, a propósito, a advertência de *Mauro Cappelletti*:

"O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e 'ativista' e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria de ser juiz." (*op. cit.*, p. 74.)<sup>20</sup>

A título de conclusão do presente capítulo é de se afirmar que a tendência de intensificação da criatividade judicial é uma constante nos dias de hoje, quando o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, interpreta-a de modo a responder aos anseios da sociedade, valorando as alternativas que se apresentam diante de si. Veremos, no próximo capítulo, que o Brasil se filia a essa tendência; o Código de Processo Civil pátrio é um exemplo vivo do que vimos de dizer. Após fazermos uma breve análise no âmbito mais geral desse diploma legal, centralizaremos nosso estudo nas formas mais diretas de demonstração do poder discricionário do magistrado em face do processo,

ou seja, a apreciação da prova, o poder geral de cautela e a antecipação da tutela jurisdicional.

Ressalte-se, por oportuno, que esse novo papel do juiz diante da comunidade equivale à sua adaptação a um momento em que a passividade não é mais permitida; ao contrário, como órgão do Estado, o magistrado há que estar em consonância com o avanço que o seu próprio *habitat* lhe impõe. Corretas, a nosso sentir, as palavras de Sérgio Alves Gomes: "... O juiz há de ser um homem de seu tempo, o que equivale a dizer, imerso no contexto histórico de sua época e em plena sintonia com esse." (*op. cit.*, p. 33.)

Esse mesmo autor assim se pronuncia, poucas linhas antes: "Essa evolução simultânea do Direito Processual a nível científico com a do Estado trazem resultados significativos para um direcionamento do juiz no contexto social hodierno. Como efeito de tal evolução o magistrado contemporâneo se torna uma figura muito diversa e distante daquele juiz imaginado por *Montesquieu* no período do Estado liberal, o qual não passava de um autômato, sem sentimentos humanos, nas mãos do legislador (*op. cit.*, p. 32.)

### CAPÍTULO III

#### *Os Poderes do Juiz no Código de Processo Civil*

##### 1 — Disposições gerais

Antes de adentrarmos na análise do poder discricionário do juiz na instrução probatória, no exercício do poder geral de cautela e na concessão antecipada da tutela jurisdicional, deixaremos um registro sobre as normas gerais do nosso Estatuto Processual Civil no que pertine aos poderes, aos deveres e à responsabilidade do juiz no processo, já anteriormente assinalados no bojo deste estudo.

Referimo-nos, precipuamente, aos arts. 125 e seguintes, que, a nosso sentir, dão as linhas mestras do que aqui pretendemos demonstrar. Da própria lei emanam os comandos norteadores da nova posição assumida pelos julgadores em face de toda a evolução por que vem passando o processo, como já visto. E essa evolução, como ensina Cândido Rangel Dinamarco<sup>21</sup>, tem espeque em um movimento em nível mundial, a que ele chama de três ondas renovatórias. Segundo o eminente processualista, essas três ondas correspondem, em síntese, a estes três fenômenos sociais:

- \* remoção de óbices econômicos para o ingresso em juízo e acesso à justiça;
- \* tutela dos interesses difusos e coletivos;
- \* renovação do próprio modo de ser do processo, critérios de julgamento, definição do contraditório, formalismo maior, formalismo menor, ou seja, idéias da reforma do próprio espírito do processo, como ele é feito, como é praticado.

De acordo com o Professor Dinamarco, essas ondas vieram atender aos anseios do consumidor direto do processo, vale dizer, do homem da rua a que se referia *Calamandrei*. A doutrina apercebeu-se de que o processo deve ser um instrumento com o escopo de obter resultados que estão além do Direito e do limiar da ordem jurídico-material. Daí a mudança gradual do comportamento do juiz diante do processo.

O Código de Processo Civil de 1973, com suas reformas que continuam por acontecer, já traz insitas as bases norteadoras da discricionariedade do magistrado diante desse instrumento de realização da justiça, que é o processo. Isso sem se apartar da necessária imparcialidade do juiz, que se alicerça, sobretudo, no princípio dispositivo. Os arts. 125, 126 e 127 dão, a nosso ver, o sentido geral da liberdade atribuída ao magistrado para que ele conduza o processo.

Partiremos do art. 126, visto que o seu antecedente já foi examinado no item 2 (Discricionariedade e indeterminação) do Capítulo I (Poder Discricionário) deste trabalho. Assim dispõe o citado dispositivo legal:

“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.”

Trata-se, *in casu*, de aplicabilidade, na legislação processual, da *mens legis* do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>22</sup>. Estamos em que, nesse artigo do Código de Processo Civil, está a baliza mestra do poder discricionário de que dispõe o magistrado na direção e instrução do processo, complementada pelo artigo subsequente. A própria lei já diz que não é a fonte única do Direito, o que enseja uma grande liberdade do julgador na condução do caso concreto posto sob seu exame, devendo o mesmo recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, no caso de insuficiência do texto legal, para encontrar a solução ideal, ou seja, o resultado justo.

Sobreleva dizer que o comando legal não deve significar uma autorização para que o juiz se substitua ao legislador, já que, conforme anteriormente aqui espousado, os processos legislativo e jurisdicional são diversos. Note-se, sob esse aspecto, esta interessante decisão do Supremo Tribunal Federal:

“Ação reivindicatória. Negativa de vigência aos arts. 524 e 530 do CC, substituindo-se o Juiz ao legislador, com fundamento nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Cód. Civil: Não pode o Juiz, sob alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular de próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o Juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 93.701-3-MS, Rel. Min. Oscar Corrêa; DJU de 11/10/85, pág. 17.861.) (*In Código de Processo Civil Anotado*, Sálvio de Figueiredo Teixeira, *op. cit.*, p. 81.)

A complementação dessa regra contida no art. 126 vem a seguir, no art. 127:

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

Não obstante possa parecer, à primeira vista, que essa norma legal traz em si um caráter vinculante em todos os seus termos para o juiz, na verdade, o que se depreende é que aqui a lei dá uma grande margem de liberdade ao julgador na busca da solução do caso concreto. Ao se valer da equidade, o magistrado aplica a sua personalidade, em todas as nuances, nas suas decisões. Há, dentro dos limites do bom senso, uma grande elasticidade dada ao aplicador da lei para dirigir e instruir o processo. Não é outra a conclusão de Mônica Sette Lopes: “A maneira como opta o juiz no curso da seleção de informações leva a marca, estigmatizada, de sua versão pessoal. Na condução do processo, o ritmo imprimido varia a partir de elementos só encontrados na marca individual por ele cravada na utilização dos instrumentos processuais, apesar da importância do caráter cogente com que se lhe dão a produzir os procedimentos na manufatura das decisões e outras manifestações essenciais no manejo do processo.” (*Op. cit.*, pp. 207/8.)

Essas são as diretrizes básicas fornecidas pelo Código de modo a definir a discricionariedade do juiz em face da instrução processual. A partir de então, o que se verifica é uma orientação setorizada, cujo destinatário é quase sempre o próprio julgador, no sentido de que este tenha a independência necessária para julgar de forma justa. São inúmeras as situações que poderíamos trazer à colação; contudo, haja vista a obrigatoriedade de limitação do presente estudo a fins determinados, optamos, como já vimos de dizer, por apreciarmos a instrução probatória, o poder geral de cautela e a antecipação da tutela jurisdicional.

Somos de opinião que, nessas três hipóteses, o juiz detém os poderes mais amplos e significativos na condução do processo. Essa é a premissa de que partimos para tentar viabilizar, no âmbito desta pesquisa, a idéia de que o moderno magistrado, ao presidir o processo, traz consigo um grande poder discricionário, ao invés da errônea concepção de que é ele um “escravo da lei”, “a boca da lei”, ou coisas que tais. Em verdade, ainda é corrente a tese que se filia a um formalismo exacerbado, havendo um reflexo direto nas decisões de muitos dos magistrados brasileiros. Em contrapartida, é cada vez maior o movimento em prol de um juiz ativo, participante e independente, nos moldes do que exige a sociedade, notadamente a brasileira, que começa por exercitar a democracia.

## 2 — A instrução probatória

De início, devemos aqui reconhecer que *Liebman* sempre se contrapôs à idéia de que o juiz deve deter um poder amplo na instrução processual, sobretudo no que tange à instrução probatória. No seu famoso ensaio *O Fundamento do Princípio*

*Dispositivo*, o mestre italiano afirma que esse princípio é o sustentáculo da imparcialidade do magistrado; ao contrariá-lo, o juiz está negando a sua necessária imparcialidade. Segundo *Liebman*, não deve o julgador reprimir iniciativas em busca de provas ou sair em campo com vistas à obtenção dessas provas, sob pena de ficar envolvido a ponto de decidir de forma parcial.

Entendemos, contudo, que deve haver temperança na aplicação não só desse, mas de todos os princípios basilares da ciência jurídica. Afinal, os princípios se compensam de forma a atingirmos o bem maior que o Direito deve alcançar: a paz social. Assim, estamos em que o poder discricionário de que deve dispor o magistrado na instrução probatória é um dos corolários diretos da instrumentalidade do processo, preconizada pelo professor Dinamarco, que cada vez mais se erige em necessidade mesma da condução processual. Aliás, o próprio professor Cândido Rangel Dinamarco apresenta um caso interessante, numa narrativa coloquial, em que ele se apartou dos ensinamentos de *Liebman* e, na sua avaliação, chegou a bom termo. Permitimo-nos transcrever sua experiência como Desembargador:

“Evidenciei um caso assim, aliás, uma situação psicológica muito favorável, por mera coincidência. No litoral do Estado de São Paulo existem muitos problemas fundiários, como tudo no Brasil, nas regiões mais atrasadas; o sistema de propriedade através de registro imobiliário é muitíssimo deficiente, há muita posse. Em torno disso, há muitos conflitos de posse e de propriedade e muitos dos famosos grilos. Era um litígio entre uma imobiliária e alguns caiçaras. Aquela idéia de que comprou uma posse aqui, outra ali, e depois vem uma ação de reintegração de posse; enfim, o problema estava posto dessa maneira. A ação estava muito mal conduzida — não me lembro se era ação ou defesa — pelos advogados dativos dos pobres caiçaras, e eles perderam. Ele apelou — uma apelação muito mal feita — e, como estavam os autos, seguramente o Tribunal manteria a decisão. Como relator, devolvi o processo à comarca inúmeras vezes para que o advogado diligenciasse isso, diligenciasse aquilo. Fiz o que *Liebman* dizia que o juiz não deveria fazer e não me estava lembrando dele — felizmente, não me lembrei o tempo todo. Quando tudo terminou e depois da última tentativa, o processo ainda continuou mal instruído, mantivemos a decisão, por unanimidade, e os caiçaras perderam. Talvez, se eu tivesse lembrado de *Liebman* no curso disso tudo, fosse ficar prejudicado com a imparcialidade. Como não lembrei, não fiquei e não perdi a imparcialidade. Então, isso serviu como um caso muito interessante na minha experiência para, nesse ponto, contrariar o velho mestre: o juiz não perde a imparcialidade, o juiz que sente necessidade de cumprir o art. 125, I, de compensar as desigualdades entre as partes, fazendo-o serenamente, não se está comprometendo.”<sup>23</sup>

De um simples caso podemos, de logo, inferir que a participação do juiz na instrução processual é não só cabível, como de resto imprescindível para que se

chegue à real garantia do princípio constitucional do contraditório. De ver-se, pois, que essa participação, longe de ser um risco de falta de imparcialidade, é uma investida legítima, pretendida já pelo legislador infraconstitucional, quando dispôs sobre a segurança de igualdade entre as partes no curso do processo.

### 2.1 — O juiz diante da prova

Os conceitos básicos relativos à teoria geral da prova não serão aqui colacionados haja vista o objetivo a que se propõe este estudo, qual seja, o de evidenciar que o juiz dispõe de poder discricionário no processo civil, salientando-se a tese voltada para a instrução probatória, o poder geral de cautela e a antecipação da tutela jurisdicional.

Podemos detectar que, a partir da lei, já nos deparamos com a realidade de que o magistrado não é um espectador diante da produção de provas no processo. O legislador de 1973 já incorporou ao Código essa idéia, fiel às mudanças que vimos abordando ao longo desta explanação. Vejamos a dicção do art. 130:

“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.”

O princípio dispositivo está ínsito nesse artigo, mas o que se pode deprender daí é que houve uma mitigação desse princípio, na medida em que o legislador determinou a participação do próprio magistrado na produção da prova que se faça necessária para a instrução processual. A respeito do tema, assim se pronuncia o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“O Código acolheu o princípio dispositivo, segundo o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium indicare debet*). Mas o abrandou, permitindo a iniciativa probatória do juiz...., haja vista que a publicização do processo e a socialização do direito implicam, cada vez mais, a busca da verdade real.... A iniciativa probatória do juiz pode ocorrer em qualquer fase, uma vez que a mesma não se sujeita à preclusão.” (*Op. cit.*, p. 83.)

Humberto Theodoro Júnior<sup>24</sup> também se manifesta no mesmo sentido. O eminente professor mineiro demonstra, de forma concisa e clara, que o princípio dispositivo não é absoluto em nosso Código, no que pertine à instrução da prova, lembrando que, no deslinde de uma controvérsia, não estão presentes somente os interesses das partes envolvidas, mas — e sobretudo — o interesse do Estado em que a lide seja resolvida de forma justa, seguindo os ditames do Direito pátrio. Conclui o ilustre doutrinador o seu pensamento da seguinte maneira:

“Eis por que o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa.”

O art. subsequente — 131 — vem complementar a idéia que vimos defendendo neste tópico. Dispõe a lei:

“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.”

Trata-se, como é consabido, do princípio da persuasão racional, ou do livre convencimento motivado. O fato de que o juiz deva fundamentar o seu convencimento, quando da prolação da sentença, em nada afeta o seu poder discricionário de livremente apreciar a prova; afinal, é princípio constitucionalmente garantido às partes a necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de retrocedermos aos tempos inquisitórios.

Sobreleva dizer, pois, que esse dispositivo legal, ainda sob a égide das disposições gerais acerca dos poderes, deveres e responsabilidades do juiz, demonstra, de plano, mais uma preocupação do legislador de atender aos conchavos da sociedade no sentido de ver o julgador como um ente ativo, participante da instrução do processo, com vistas à obtenção de um resultado que, efetivamente, vá ao encontro da justiça. Essa valoração da prova, que se perfaz no momento crucial do processo, vale dizer, a sentença, é uma confirmação concreta e prática de que o magistrado está imbuído de toda uma liberdade para fazer valer os influxos axiológicos sobre o que se trouxe ao processo à guisa de prova.

Barbosa Moreira<sup>25</sup> antevê o relacionamento do juiz com a prova em três fases específicas:

- \* admissão e determinação da prova;
- \* participação na produção da prova;
- \* realização da valoração da prova.

Sergio Alves Gomes procura demonstrar, ao longo do Código de Processo Civil, os momentos correspondentes a essas fases estipuladas por Barbosa Moreira. Diz aquele autor que a iniciativa do juiz se dá por intermédio das seguintes atitudes: “a) determinando, de ofício ou a requerimento da parte as provas que entender necessárias, indeferindo as inúteis ou meramente protelatórias (CPC, arts. 130 e 331, I e II); b) atuando ativamente no procedimento de produção da prova (v. g., CPC, arts. 342, 355, 382, 413, 415, parágrafo único, 416, 418, 426, II, 440 etc.)” (*Op. cit.*, pp. 242/43.) A terceira fase, como já aqui afirmado, dá-se no momento da sentença.

Por serem os dispositivos citados sob a alínea *b* auto-explicativos — e os citados na alínea *a* já terem sido aqui examinados — abstermo-nos de apreciá-los. Parece-nos válida, contudo, a transcrição de uma ementa interessante do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que bem ilustra o art. 440<sup>26</sup>:

“Violenta o princípio do livre convencimento a imposição ao juiz do uso de meio de prova que dependa de sua eleição, discricionariedade do condutor do tal como ocorre com a inspeção judicial, *ato afeto à discricionariedade do feito*.” (Ap. n. 25.094, TAMG, Rel. Ronaldo Campos, RJ 19/283.) (*Apud* Sálvio de Figueiredo Teixeira, *op. cit.*, p. 250.) (Grifos nossos.)

*Alcalá-Zamora*<sup>27</sup> distingue três tipos de juiz: o juiz espectador, o juiz ditador e o juiz diretor do processo, estando esta última figura numa posição intermédia entre as duas primeiras. De se observar que no Estado de hoje, que se propõe a ser democrático e de Direito, o magistrado não se pode circunscrever às características de um ditador nem de um mero agente passivo que a tudo assiste sem em nada interferir. A sua participação ativa é imprescindível para que seja possível a consecução dos fins a que o próprio Estado almeja. O ordenamento jurídico, contudo, indica que o ônus da prova incumbe às partes; analisaremos, então, a posição do magistrado em face dessa obrigação dos litigantes.

## 2.2 — O juiz e o ônus da prova

O art. 333 do Código de Processo Civil está vazado nos seguintes termos:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I — ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II — ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I — recair sobre direito indisponível da parte;

II — tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

Assim é que o Código disciplina como e quando devem as partes provar o alegado, não havendo referência, *in casu*, a uma possível atuação do juiz. Este agirá, como já aqui examinado, na admissão e determinação de prova, na produção e na valoração. Ora, se é dado ao julgador agir na esfera da produção da prova, muitas vezes, ele se desencumbrará, pela parte, do ônus que, na verdade, é desta. Na disciplina do Código, o que há, de fato, é uma regra geral no sentido de que o *onus probandi* é dever das partes, mas, na prática, o que se verá, por parte do moderno juiz, é a sua iniciativa pautada no bom senso de forma a atingir a verdade real e, assim, promover, de fato, a justiça, fim maior da instituição do processo.

A evolução do processo, com a sua conseqüente publicização e socialização, vem substituindo, cada vez mais acirradamente, a verdade formal, dita ficta, pela verdade real, que é comumente associada ao processo penal. Com isso, vem-se ampliando largamente a liberdade na investigação da prova. O ministro e processualista Sálvio de Figueiredo Teixeira, contudo, adverte-nos quanto ao fato de que o magistrado somente deverá ter a iniciativa quando se encontrar em estado de perplexidade (*Op. cit.*, p. 206.) Para esse autor, não deve o juiz suprir uma possível falta de iniciativa de uma das partes.

### 2.3 — *Excertos de jurisprudência*

Não é propósito deste estudo trazer à baila vasta jurisprudência acerca da matéria tratada, mas julgamos conveniente apresentar alguns acórdãos pertinentes, que se mostraram bem ilustrativos do que vimos de afirmar ao longo da exposição.

“Apelação Cível n. 19.761

Relator — Des. Valtênio Mendes Cardoso

Embargos à execução. Julgamento antecipado da lide.

À vista da literalidade do título, revestido de formalismo, prescindível se torna, no caso, a produção de provas, em audiência, uma vez que se trata de mera questão de direito, propiciando-se, dessarte, ao julgador conhecer diretamente do pedido, incorrendo, pois, o cerceamento ao direito de defesa dos embargantes.

Apelação conhecida e improvida.” (*In Revista de Doutrina e Jurisprudência*, set./dez./1991, n. 37, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, p. 404.)

“Processo Civil. Perícia. Indeferimento. Princípio do livre convencimento motivado. Provas suficientes.

(Reg. Ac. n. 73.481.) Relatora: Desa. Nancy Andrighi. Apelante: Elza Antônia Costa (Adv. Dr. Gilberto Alves de Souza). Apelado: Auto Escola Rally Ltda. — ME (Adv. Dr. Elias de Assis Neto e outro).

Decisão: Conhecida e desprovida. Unânime.

Indenização. Responsabilidade civil. Art. 159 do CC. Indeferimento de perícia não significa cerceamento de defesa, se o juiz, destinatário das provas, as avalia, considerando-as suficientes, segundo o princípio do livre convencimento motivado. Provada a culpa, configura-se a hipótese do art. 159 do Código Civil.”

(Apelação Cível n. 33.535/94; 3ª T. Cível; publ. em 09/11/94, *DJU* 3, p. 13.930.) (*In Ementário de Jurisprudência*, nov./jan. 1995, n. 04, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, p. 250.)

“Processual Civil. Ampliação de prazo para indicação de assistente técnico. Medida cabível no poder discricionário do juiz, ao presidir o processo.

Impedir o juiz de ampliar prazo para realização de prova, segundo sua convicção, seria esvaziar o conteúdo dos princípios da indagação e do livre convencimento (CPC, arts. 130 e 131).

Agravo improvido.” (AG n. 90.04.26181/SC, TRF — 4ª Região, 3ª Turma, Relator: Juiz Fábio B. da Rosa. Decisão unânime. *DJ* de 04/09/91, p. 21.066.)

### 3 — *O poder geral de cautela*

O processo cautelar, como um todo, traz em seu bojo situações inúmeras que mereciam um destaque à parte para se discorrer acerca do poder discricionário de que dispõe o juiz nessas situações. Entretanto, uma dissertação nesse sentido não se enquadra em um tópico ou em um capítulo no âmbito do estudo que estamos nos propondo realizar. Em verdade, trata-se de tema autônomo, compatível com uma monografia exclusiva. Essa a razão que nos leva a trabalhar sobre os primeiros dispositivos do Código de Processo Civil que tratam das disposições gerais dessa modalidade de processo. Estamos nos referindo, diretamente, aos arts. 796 a 799, inseridos no Capítulo I do Título Único do Livro III do Estatuto Processual Civil pátrio.

Somos de opinião que, não fora a inclusão, no nosso sistema, da antecipação da tutela jurisdicional, de que adiante falaremos, e o poder geral de cautela seria a maior demonstração do poder discricionário que está à disposição do magistrado, a partir da lei e da prática forense. Por isso optamos, ao lado da instrução probatória, que vimos de analisar, pelo poder geral de cautela, que se cinge ao exame dos arts. 798 e 799 do CPC.

Uma questão importante que merece, desde logo, nosso destaque é a concernente à abordagem do art. 804, que se refere à concessão de liminares *inaudita altera parte*, o que jamais poderia ser deixado de lado ao discorrermos sobre a discricionariedade judicial no processo civil. Fa-lo-emos com a intenção de não deixarmos por demais incompleto o tema a que nos estamos dedicando.

#### 3.1 — *Linhas gerais do processo cautelar*

Uma vez mais, fazemos ficar patente que não é nossa intenção, no âmbito deste estudo realizarmos uma análise profunda sobre os conceitos basilares que envolvem os institutos de que estamos tratando. Faremos, pois, uma breve revisão da literatura sobre o processo cautelar, com o fim único de introduzir o tema deste tópico.

Não é fácil dissertar acerca do processo cautelar, por variadas razões, mas, sobretudo, porque não encontramos, no nosso País, uma tradição no que respeita a essa modalidade de processo. Em verdade, o que se evidencia, em teoria, é uma aceitação do que existe no Direito italiano; não estamos com isso nos esquecendo da dedicação, quase exclusiva, do professor Ovídio Baptista da Silva, que ao longo de quarenta anos vem trilhando o caminho das cautelares no Brasil. Suas teses,

contudo, nem sempre encontram eco na doutrina e na práxis forense, uma vez que ele defende, por exemplo, ser possível, por meio do processo cautelar, obter-se prestação mais ou menos satisfativa. Trata-se, sob esse aspecto, de filiação à corrente liderada pelo mestre peninsular Alório.<sup>28</sup>

Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do CPC, item 11, explica genericamente o que vem a ser o processo cautelar. São suas palavras: "O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução. O seu elemento específico é a prevenção."

Se fizermos uma analogia com o processo de cognição, veremos que este (tanto quanto o de execução) busca a composição da lide, enquanto o cautelar se cinge à outorga de uma situação provisória que garante a segurança dos interesses em litígio. Trata-se, em síntese, da instrumentalidade hipotética anunciada por Calamandrei, ou seja, o processo cautelar visa à segurança e à eficácia da cognição ou execução.

Vicente Greco Filho bem elucida a matéria. Diz ele: "Com essa finalidade existem o processo cautelar e as medidas cautelares, que formam um tipo de atividade jurisdicional destinada a proteger bens jurídicos envolvidos no processo.

Essas medidas têm uma finalidade provisória e instrumental. Provisória porque devem durar até que medida definitiva as substitua ou até que uma situação superveniente as torne desnecessárias; instrumental porque elas não têm finalidade ou objetivo em si mesmas, mas existem em função de outro processo". (*In Direito Processual Civil Brasileiro*, 3º v., 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 151.)

Não há como encerrar um tópico acerca das linhas gerais do processo cautelar sem fazer menção aos seus pressupostos específicos: o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*. Sobre o primeiro, valemo-nos das lições do saudoso professor Ronaldo Cunha Campos,<sup>29</sup> que introduziu na doutrina brasileira um novo panorama do chamado retalho do bom direito ou fumaça do bom direito. De acordo com o citado doutrinador, o *fumus boni iuris* não se liga ao direito material, nem ao direito subjetivo. A Juíza Eliana Calmon bem explica a tese do professor Cunha Campos: "Não se deve perquirir se há *fumus boni iuris* dentro de uma visão do bem da vida querido pela parte autora; se o requerente tem direito material; se ele está sendo prejudicado etc. Tais aspectos não são objeto de especulação científica do julgador. A preocupação, quando se fala em processo cautelar, é a de que o *fumus boni iuris* se volte para a perspectiva de preservar a decisão jurisdicional, o bem da vida, objeto da ação principal, examinando-se, na cautelar, a probabilidade de eficácia da ação judicial."

Enrico Tullio Liebman,<sup>30</sup> que tanto influenciou a Escola Paulista, ao tratar do perigo na demora, demonstrou que "Para obtenção da tutela cautelar, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela". De se ver, pois, que o *periculum in mora* guarda sintonia com a instrumentalidade, isto é, ao magistrado

incumbe avaliar se existe a probabilidade de a sua sentença futura se tornar letra morta no mundo jurídico.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior,<sup>31</sup> “O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido”.

O que acabamos de expor é cristalizado no art. 796 do CPC, nos seguintes termos:

“Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.”

### 3.2 — *A discricionariedade do poder geral de cautela*

Para não perdermos a linha de raciocínio embasada no Código de Processo Civil, examinemos, desde logo, os artigos subseqüentes ao que vimos de apresentar ao encerrar o item anterior.

“Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.”

“Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar 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.”

“Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.”

No que respeita ao art. 797, é de se registrar que esse dispositivo não se relaciona às medidas cautelares disciplinadas no Livro III do CPC, que, por sua vez, no dizer autorizado do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, “constituem ação, formam relação processual e reclamam procedimento regular (arts. 801 e segs.)”. (*Op. cit.*, p. 467.) Diferentemente, são as medidas cautelares anômalas, que são simples incidentes processuais, podendo ser concedidas de ofício pelo julgador.<sup>32</sup>

A propósito, já se chegou a afirmar que, sob a égide desse art. 797, não pode o juiz agir de ofício. Entretanto, a melhor doutrina vem rebatendo essa assertiva, como pode ser confirmado nos comentários do professor Galeno Lacerda.<sup>33</sup> Em verdade, não se há de confundir as cautelares legais *ex officio* do art. 797 com a concessão de liminares *inaudita altera parte* nas ações cautelares, conforme dispõe o art. 804, que será apreciado no próximo item, como já anteriormente anunciado.

O poder geral de cautela do magistrado vem insculpido no art. 798 do Código de Processo Civil, estando a doutrina a entender que se trata de um verdadeiro cheque em branco dado pelo legislador ao juiz, chegando a se antever um caráter absoluto de discricionariedade conferido ao julgador. Galeno Lacerda aprecia o tema com maestria e afirma: "... no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas.... para evitar dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricionariedade do juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do *imperium*, decretava a *interdicta*."<sup>34</sup>

O art. 799 do CPC é tão-somente uma complementação do dispositivo antecedente. Trata-se da contracautela, também prevista no art. 804, objeto da nossa próxima apreciação. É, a nosso sentir, uma proteção que o legislador dá ao requerido de uma garantia pleiteada que, por algum motivo, possa correr algum risco de dano. Dois aspectos merecem relevo: primeiro, o fato de a lei preceituar que o juiz pode exigir, de ofício, a garantia, não significa dizer que a mesma não possa ser demandada pelo promovido na hipótese de inércia do magistrado; segundo, que a relação apresentada no art. 799 não é exaustiva. Nesse sentido, merece destaque a posição de Galeno Lacerda<sup>35</sup> que entende ser o poder geral de cautela servível à tutela dos direitos fundamentais do homem previstos pela Carta da República e desamparados de remédio específico.

### 3.2.1 — *A concessão de liminares*

O tema relativo às liminares é dos mais controversos e amplos na teoria geral do processo. Vamos restringi-lo, como soa óbvio, à presença, ou não, da discricionariedade do juiz ao conceder uma liminar. Firmamos, desde o início, nosso posicionamento no sentido de que o poder discricionário está presente em casos que tais, não obstante a vasta doutrina respeitável contrária a esse entendimento. Os argumentos expendidos no Capítulo I do presente estudo sustentam nossa posição.

Além do art. 798 já aqui abordado, julgamos útil a análise do art. 804 do Código de Processo Civil, que se vem juntar às hipóteses de concessão de liminares sem a oitiva da parte contrária,<sup>36</sup> o que, a princípio, pode surgir como negação do contraditório, princípio constitucional basilar do ordenamento jurídico pátrio e consectário direto (ao lado da ampla defesa) do princípio do *due process of law*. Assim está posto o art. 804:

“Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificacão prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caucão real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.”

Antes de adentrarmos o tema da concessão em si da liminar sem a audiência da parte contrária, queremos fazer um breve registro acerca da prestação de garantia. Voltamos aos comentários feitos no item anterior, ao anotarmos de passagem o art. 799 e transcrevemos a seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça, a título de ilustração:

“Medida cautelar. Caução como contracautela. Prestação, em curso o procedimento, determinada pelo juiz, em pedido de reconsideração da parte contrária, após deferida liminarmente a medida cautelar. Inexistência de ilegalidade. A exigência de caução como contracautela é ato de discricção do juiz, se recomendável, podendo ocorrer após a concessão da liminar. Mandado de segurança denegado, originariamente. Recurso ordinário improvido.” (RMS n. 539-RJ, Rel. Min. Nilson Naves, *DJU* de 17/12/90). (In Sálvio de Figueiredo Teixeira, *op. cit.*, p. 473.)

Já vimos as diferentes correntes sustentadoras das teses que envolvem o poder discrecionário judicial. Betina Rizzato Lara,<sup>37</sup> com apoio em Teresa Arruda Alvim, sustenta a idéia de que no caso da concessão de liminares, o legislador munuiu-se de conceitos indeterminados e não de discricionariedade para estipular as normas respectivas. Assim preleciona a autora:

“O juiz não tem, segundo nosso entendimento, a discricionariedade de escolher entre conceder ou não a liminar se verificar que os pressupostos para a sua concessão estão presentes. Não há, nestes casos, aquele tipo de discricionariedade em que é facultado ao aplicador da norma agir ou omitir, tomar ou não uma medida. Ele terá sempre a obrigação de conceder a liminar se concluir pela existência dos requisitos e a obrigação de indeferir-la se estes requisitos estiverem ausentes.”<sup>38</sup>

*Concessa maxima venia* da abalizada posição da citada autora, estamos em que o poder discrecionário do juiz no caso em tela está além da possibilidade (ou obrigatoriedade) de conceder ou não a liminar na presença ou ausência dos requisitos para sua concessão. A discricionariedade, aí, relaciona-se à própria atividade interpretativa da lei, do caso concreto e de todas as circunstâncias extrínsecas e intrínsecas que o envolvem. Para não repetirmos idéias já aqui lançadas, remetemos o leitor para o item 2 (Discricionariedade e indeterminação) do Capítulo I (Poder Discrecionário) deste trabalho, onde manifestamos nossa visão do tema em questão. E para complementarmos nossa linha de raciocínio, valemo-nos das próprias palavras da autora, que, indireta e paradoxalmente, vêm reforçar a tese que defendemos:

“Para que as liminares possam cumprir o papel que lhes foi designado pelo legislador, os juízes devem estar, mais do que nunca, sintonizados com a realidade, devem enfrentar as constantes mudanças dos valores so-

ciais com espírito aberto, devem aguçar sua sensibilidade de modo a interpretar a lei em consonância com os anseios da sociedade.” (*Op. cit.*, p. 62.)

Não ignoramos, como já antes reconhecido, que um grande segmento da mais respeitada doutrina nacional não compartilha da posição que estamos defendendo. O Professor Nelson Nery Junior mostra-se radicalmente contrário: “A propósito, convém salientar que, presentes os requisitos exigidos pela lei para a concessão de liminar cautelar ou antecipatória (em ação de conhecimento pelo rito comum, ação cautelar, mandado de segurança, ação civil pública, ação popular ou ação possessória, *e. g.*), o juiz fica obrigado a concedê-la. Não há discricionariedade como alguns enganadamente têm apregoado ou entendido, pois discricionariedade implica possibilidade *livre* de escolha, com dose de subjetividade entre dois ou mais caminhos legítimos a serem seguidos, mencionados pela lei que confere o poder discricionário.” (*Op. cit.*, p. 136.) (Grifo do autor.)

Além das razões de ordem teórica que aqui já deixamos registradas, estamos em que a jurisprudência nos auxilia, de forma direta, na comprovação daquilo que ousamos defender. Vejamos, então, alguns excertos de julgados, que vêm em nosso apoio:

“Efeito suspensivo. Cláusula normativa. Cassação via mandamental. Direito adquirido. Inexistência.

No atual ordenamento jurídico, a concessão ou não de efeito suspensivo a cláusula normativa enquadra-se no âmbito do poder discricionário do julgador que, no uso deste, não pratica *error in procedendo*, quando cassa a eficácia normativa, concedendo liminar *inaudita altera pars* nos autos de medida cautelar.

Direito adquirido à retomada dos efeitos de cláusula coletiva, via mandamental, não caracterizado.

Segurança denegada.” (TST, MS n. 920060801; Rel.: Ministro Francisco Fausto; Turma: Dissídio Coletivo; *DJ* de 19/03/93; p. 04370.)

“Mandado de segurança. Concessão de liminar condicionada ao propósito do *quantum* discutido.

Inclui-se no poder discricionário do juiz, condicionar a concessão de liminar a garantias de que o direito da parte contrária, se reconhecido afinal, seria satisfeito plenamente, apesar de sua suspensão determinada pela liminar.

Segurança denegada.” (TRF-4ª Região; MS n. 910410096/PR; Rel.: Juiz Rubens Hadad Vianna; 1ª Turma; *DJ* de 24/06/92, p. 18.666.)

“Medida Cautelar.

A medida cautelar tem função de segurança e, por isso, somente se justifica quando indispensável, na ausência de outro meio, para assegurar o resultado útil, a eficácia da decisão a ser proferida na ação principal (CPC, art. 798).

Extrapassa o poder discricionário do juiz a concessão de liminar para impedir que o credor leve a protesto o seu título de crédito e exerça o seu direito de ação segundo o rito admitido pelas leis de regência, notadamente quando o devedor pode opor, nos respectivos embargos, as exceções que contende necessárias. Recurso conhecido e provido.” (STJ, Rel.: Ministro Torreão Braz, REsp n. 920018665/ES; 4ª Turma; DJ de 07/02/94, p. 01184.)

“Processual Civil. Indeferimento de liminar. Censura através de mandado de segurança. Inviabilidade.

O indeferimento de liminar, em ação cautelar, é ato que se insere no poder discricionário do juiz. Não se presta o mandado de segurança como remédio para forçar o Tribunal a conceder a provisional, no lugar do juiz que a denegou.” (TRF-2ª Região; MS n. 930216370/RJ; Rel.: Juiz Clelio Erthal; 1ª Turma; DJ de 12/04/94.)

“Mandado de segurança. Revogação de medida liminar (ação cautelar).

Estando a liminar concedida em ação cautelar nos limites da faixa de liberdade de ação concedida ao relator, como titular do poder discricionário, denega-se a segurança requerida.” (TST; MS n. 940102001; Rel.: Ministro Ursulino Santos; Turma: Dissídio Coletivo, DJ de 1º/07/94, p. 17.710.)

Não nos podemos, porém, apartar da realidade prática da vida forense. Muito se tem reclamado da excessiva concessão de liminares, das cautelares satisfativas, que, para alguns, fazem do Poder Judiciário um alvo de acirradas críticas e incomensurável desconfiança. A Juíza Eliana Calmon, grande estudiosa do processo civil, entende que a discricionariedade insita no poder geral de cautela só se defronta com limites dentro de uma interpretação sistemática e racional. Diz ela: “Se interpretada sistematicamente a Teoria Geral do Processo, verificar-se-á que o limite do juiz está exatamente em não poder passar do provisório, do instrumental, do serviço ao direito material, sem mutilações ao contraditório”. (*Op. cit.*, p. 15.)

Lembra a eminente Magistrada que as cautelares são uma garantia do acesso útil à Justiça, como quis o legislador constituinte de 1988 e, dessa premissa, deve-se inferir que a responsabilidade do juiz, nesse caso, é tamanha, de modo que ele deve estar atento ao seu poder e aos seus próprios limites, sob pena de dar a mais ou outorgar a menos — o julgador deve agir com o escopo de não tornar inócua a ação principal.

Há, entretanto, o reverso da medalha. Veja-se, a propósito, este relato da Juíza Eliana Calmon: “As liminares açodadas semeiam um antagonismo entre a sociedade e o Poder Executivo, ao tempo em que colocam em xeque o próprio Poder Judiciário, que é a todo momento acusado de agir de forma arbitrária. O mal-estar pelas liminares satisfativas fez nascer uma série de idéias, todas no sentido de reduzir o poder geral de cautela. Dentre as idéias temos a de designar, nos Tribunais, um juiz-corregedor somente para fiscalizar a concessão de liminares, proposta essa

de iniciativa de advogados do Rio de Janeiro, conforme noticiado no *Jornal do Brasil*, na edição de 12/11/92. No meu entender, tal providência representaria a suprema desmoralização da Justiça, pela adoção de um estado provisório institucional e o desprestígio dos juízes de primeiro grau." (*Op. cit.*, pp. 15/16.)

#### 4 — A antecipação da tutela jurisdicional

Como já aqui acentuado, a antecipação da tutela jurisdicional, recentemente inserida no nosso ordenamento jurídico,<sup>39</sup> é, sem sombra de dúvida, o maior exemplo vivo do poder discricionário de que dispõe o juiz no âmbito do processo civil. Trata-se de instituto novo, que aos poucos vem-se incorporando à vida forense.

Já se encontram bons estudos acerca da matéria, mas a literatura é ainda escassa, haja vista mesmo a novidade do tema. Nosso propósito, como já dito aqui inúmeras vezes, é demonstrar o poder discricionário do juiz ao conceder a antecipação da tutela; entretanto, parece-nos válido, até pelo caráter de novidade da questão, tecer alguns comentários gerais sobre o instituto, pautando-nos, como soa óbvio, nos ilustres doutrinadores que se vêm dedicando à pesquisa do assunto.

O professor e desembargador federal Carreira Alvim, que fez parte da comissão de reforma do CPC, em sua obra *Código de Processo Civil Reformado*, faz breves notas acerca da preocupação de se buscar a agilização da Justiça, quando da reforma do Código. Ao referir-se à antecipação da tutela, assim se posiciona:

"A antecipação, enquanto fenômeno processual, ensejou entre nós, num primeiro passo, o julgamento antecipado da lide, logo após o encerramento da fase postulatória — com o que se sepultaram as provas procrastinatórias —, e agora, num passo de gigante, antecipa *initio litis* a própria tutela jurisdicional, com o que diminuirá o número das defesas infundadas, também imbuídas de propósitos meramente protelatórios." (2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 99.)

Para efeitos sobretudo didáticos, permitimo-nos aqui transcrever o atual art. 273:

"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.

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

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

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

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

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.”

Entre outras, a discussão inicial que trouxe à baila uma série de polêmicas foi a questão da subsistência do processo cautelar em face da existência da antecipação da tutela jurisdicional. O já citado professor Carreira Alvim, na mencionada obra<sup>40</sup>, adverte quanto ao fato de que a inovação inserida no CPC, no que tange à tutela antecipada, não teve o condão de neutralizar o processo cautelar; para ele, esse instituto veio completar o elenco do gênero tutelas de urgência “... destinadas a atender a situações que não possam aguardar o término do processo principal, para obviar ou reparar eventual lesão de direito”. (p. 100.)

Há divergências, contudo. O também juiz e professor Teori Albino Zavascki<sup>41</sup> entende que as cautelares inominadas deixam de ter assento no ordenamento jurídico. Diz ele que as pretensões de antecipação satisfativa do direito material somente poderão ser deduzidas na própria ação de conhecimento. Em estudo acerca desse trabalho do professor Teori, assim nos pronunciamos: “Essa tese, contudo, não é pacífica na doutrina e, de imediato, suscita nos leitores a seguinte dúvida: os provimentos de caráter satisfativo podem ser todos antecipados, a despeito de uma possível irreversibilidade do mesmo? À primeira vista, a resposta parece ser negativa em face do § 2º do art. 273.”<sup>42</sup>

Apenas a título de complementação, trazemos à baila o posicionamento de Theotonio Negrão: “A medida cautelar e a tutela antecipada se completam. A primeira não dispensa o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*..., bem como a menção, na inicial, da lide principal...; não pode, porém, antecipar a prestação jurisdicional pleiteada no processo principal.... Diversamente, a tutela específica pode ser concedida exatamente como antecipação da prestação jurisdicional .... (In *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 562.)<sup>43</sup>

Pouco antes do advento da Lei n. 8.952/94, precisamente em 13/09/94, o TRF da 2ª Região publicava acórdão da lavra do Juiz Sérgio D'Andrea, como se estivesse pugnando pela antecipação da tutela em processo de conhecimento: “... Medida cautelar convalidada *ex officio* em processo cognitivo .... Uso da medida cautelar inominada, por falta de uma visão mais ampla da espécie de ação mandamental cognitiva em face do poder público; .... Daí, a índole necessariamente antecipatória das liminares nos *procedimenta d'urgenza*....” (AC n. 93.02.05784/RJ, 2ª Turma, DJ de 13/09/94, p. 50.425.)<sup>44</sup>

Bem antes disso, aliás, Sonia Kasov Sandoval Peixoto, em tese de mestrado (“A Tutela Cautelar”) apresentada em 1978 à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, parecia prever os dias de hoje: “A função cautelar representa uma conciliação entre as duas exigências, em si contrastantes, da realização da justiça: a celeridade e a ponderação, pois, num ordenamento em que a sentença pudesse ser dada no momento em que a tutela jurisdicional foi demandada, não haveria lugar para a tutela cautelar, já que esta não teria qualquer serventia.”<sup>45</sup> Registramos, por oportuno, que não compartilhamos da tese, por alguns defendida, de que a antecipação tutelar veio elidir o processo cautelar. Filiamo-nos, *in casu*, à corrente sustentada pelos professores Ovídio Baptista e Carreira Alvim.

#### 4.1 — A discricionariedade na antecipação da tutela

Em verdade, todo o art. 273 traz insito o caráter da discricionariedade de que disporá o magistrado ao conceder a tutela antecipada. Estamos, porém, que o tema atinge foros de estudos mais aprofundados (e por isso merecedores de registro no âmbito do presente trabalho) nos conceitos de prova inequívoca e verossimilhança da alegação.

É de se inferir, numa apreciação perfunctória, que a prova inequívoca será sempre a documental. Já foi dito, porém, que essa ilação não corresponde à realidade e, muito menos, à *mens legis*. Afinal, temos que concordar que alegações há que prescindem de documento, *ex vi* dos fatos incontroversos que se apóiam tão-só em questão de direito.

Ademais, como ensina Carreira Alvim, “A expressão prova inequívoca deve ser entendida em termos, porquanto se ‘inequívoco’ traduz aquilo que não é equívoco, ou o que é claro, ou o que é evidente, semelhante qualidade nenhuma prova, absolutamente nenhuma, a reveste, pois, toda ela, qualquer que seja a sua natureza (*Juris tantum* ou *iusuris et de iure*), deve passar pelo crivo do julgador.” (*op. cit.*, p. 114.) (Grifos do autor.) E é nesse crivo, a nosso sentir, que reside o poder discricionário do juiz. Haverá ele de interpretar a prova para que, julgando-a inequívoca, possa conceder antecipadamente a tutela.

Vale salientar que o exame a ser feito em torno da prova, com vistas à formação da convicção judicial acerca da certeza ou veracidade não está diretamente relacionado à natureza dessa prova. Não se pode desconsiderar que uma prova pré-constituída, inserta em um documento público, que obedece a todas as formalidades legais, a princípio é inequívoca, transmutando-se um ótimo instrumento de convencimento da verossimilhança da alegação, no que pertine à antecipação da tutela.

Por outro lado, como alerta Carreira Alvim, “Nem sempre, contudo, o fato de se tratar de um instrumento público significa que a prova seja incontestada ou inequívoca. *A contrario sensu*, nem sempre a prova constante de documento particular, pelo só fato de ser particular e não subscrito por testemunhas, traduz uma prova equívoca, de forma a desautorizar a concessão da tutela antecipada.” (*Op. cit.*, p. 115.).

O ponto nodal da discricionariedade do juiz ao examinar a prova para a concessão ou não da tutela antecipada está na verificação da credibilidade (*Calamandrei* e *Malatesta*) ou atendibilidade (*Chiovenda*) do instrumento probatório. Fazer o juízo de atendibilidade é, no campo probatório, exercitar o poder discricionário na antecipação da tutela jurisdicional<sup>46</sup>.

Enfrentemos, pois, o conceito da verossimilhança. Na matéria da antecipação da tutela, esse tem sido o tema mais debatido, existindo, inclusive, certas críticas ao uso do termo, que, para alguns, pode ensejar toda e qualquer interpretação, haja vista a sua fluidez exacerbada. Em verdade, ao avaliar a verossimilhança de uma alegação, ao fazer o seu juízo de delibação em torno da verossimilhança de uma alegação para decidir acerca da concessão ou não da antecipação da tutela, o juiz está exercendo o seu mais amplo poder discricionário.

É por demais consabido que a fonte inspiradora da verossimilhança do art. 273 é o Direito italiano. Para *Malatesta*<sup>47</sup> esse conceito está ligado à idéia de probabilidade mínima. De se ver, contudo, que uma mera aparência de verdade não pode ser a base de que deve partir o magistrado para a concessão da tutela antecipada. Carreira Alvim é de opinião que a doutrina e a jurisprudência tratarão de graduar o conceito. Esse mesmo autor evidencia a discricionariedade do julgador, nesta passagem:

“... para se constatar que o conceito de verossimilhança depende do subjetivismo de cada autor, e continuará a depender do de cada juiz, no momento de decidir sobre o pedido de antecipação de tutela. O que é verossímil para um, pode não ser para outro, dependendo do grau de percepção individual.” (*Op. cit.*, p. 105.)

E já que falamos em juízo de delibação, é importante aqui deixar claro que esse juízo é o ato de valorar a situação fático-jurídica, buscando a segurança de que exista probabilidade de êxito na causa. Sob esse aspecto há uma divergência doutrinária. Carreira Alvim sustenta a tese de que esse juízo pode ter lugar de plano e sem a audiência da parte contrária; pode, também, ter lugar em outro momento, citando o insigne autor a hipótese do instante após a contestação. Segundo ele, essa possibilidade encontra entendimento manso e pacífico nos tribunais.

Sérgio Bermudes, contudo, in *A Reforma do Código de Processo Civil*, 1ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 36, adverte: “O juiz, todavia, em nenhuma hipótese a concederá liminarmente (a antecipação da tutela) ou sem audiência do réu, que terá a oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação, caso ele tenha sido formulado na inicial, ou no prazo de cinco dias (art. 185), se feito em petição avulsa.”<sup>48</sup>

Teori Albino Zavascki, no texto já acima reverenciado, no subtítulo “Momento da antecipação” assume uma terceira posição, a depender se se trata de antecipação assecuratória ou antecipação punitiva.

Ao se deparar com a avaliação da verossimilhança, para efeitos de concessão de tutela antecipada, o juiz lida com probabilidades e opinião. E é aí que podemos

encontrar a etiologia da discricionariedade, vale dizer, a atuação do magistrado, ao conceder ou não a tutela antecipada é pautada notadamente no poder discricionário de que dispõe para escolher entre a opção de conceder ou não, a depender da existência de probabilidades de que a alegação seja verdadeira; a decisão do julgador será corolário de opinião sua emitida em face dessas probabilidades. Carreira Alvim assim explica a questão:

“É que o intelecto de cada julgador se posiciona de forma diversa diante da alegação e da prova, fazendo diversa avaliação dos motivos que convergem ou divergem relativamente à pretensão do requerente.” (*Op. cit.*, p. 108.)

Para finalizar, valemo-nos das lições de Teori Albino Zavascki (*op. cit.*) no sentido de que, ao analisar o caso concreto, quando requerida a tutela antecipada, o juiz deve decidir entre dois direitos fundamentais constitucionalmente assegurados aos litigantes: a efetividade da jurisdição e a segurança jurídica. A decisão será produto da discricionariedade posta à disposição daquele a quem incumbe essa mesma decisão<sup>49</sup>.

### Conclusão

Há correntes de pensamento, ainda na atualidade, que buscam na postura do magistrado uma total imparcialidade, no sentido de que este se apresente como um mero aplicador da lei, repetidor incontestado da letra da lei. Há, em contrapartida, todo um movimento que já se sustenta na idéia básica de que o Direito não é estritamente a letra da lei. É muito mais do que isso, o que leva o julgador a persegui-lo de acordo com a direção apontada pela comunidade que o cerca.

E como se aponta essa direção? Aponta-se no rumo dos costumes, da analogia, dos princípios gerais do Direito, da equidade; aponta-se no rumo da razoabilidade, do bom senso sustentado pela ciência; aponta-se no rumo da discricionariedade do julgador.

Ao longo do presente estudo, tentamos demonstrar que, no âmbito do processo civil, o magistrado não mais se pode quedar inerte, distante em tudo das partes, como se o processo fosse um fim em si mesmo, e não um instrumento de toda uma engrenagem, sem qualquer envolvimento com o que se pretende realizar ao se ingressar em juízo. *A contrario sensu*, nas mais das vezes, o juiz deverá se envolver, sim, já que é ele o presidente do instrumento chamado processo.

Pelas razões já expendidas na introdução, optamos por delimitar a presença da discricionariedade em três momentos distintos do processo, quais sejam, a instrução probatória, o exercício do poder geral de cautela (quando discutimos a questão controvertida da concessão de liminares *inaudita altera parte*) e a antecipação

da tutela jurisdicional. Os motivos que nos levaram a indicar esses três momentos estão explícitos nas justificações apresentadas ao longo desta monografia.

A título de conclusão, todavia, gostaríamos de fazer nossas as palavras do professor e juiz Dr. José Renato Nalini, já citado na introdução e autor de um excelente texto doutrinário a ser publicado na *Revista do Tribunal Regional Federal — 1ª Região*, v. 7, n. 4, pertinente ao último trimestre do ano de 1995, atualmente em fase de acabamento.

Ao tratar da crise que assola o Poder Judiciário como um todo, o aludido Professor demonstra, à saciedade, que esta não é, como querem alguns, produto de fatores externos ao próprio Poder, mas, sim, provocada pela estrutura mesma da Justiça. Diz ele:

“Talvez, contudo, a mácula mais intensa da Justiça venha a ser uma certa *insensibilidade* de seus maiores. Alheios à realidade, infensos aos reclamos, resistentes a traduzir concretamente os anseios comunitários, passivamente confortados por uma *cultura da reverência*. O juiz nasce para ser homenageado. Para ser reverentemente ouvido e respeitado. Visão distante da concepção do magistrado como *servidor público*, qualificado sim. Mas *operário da Justiça*, tendo o *povo como patrão*. Obrigado pelo sistema normativo a desempenhar sua missão em nome da maioria e a prestar contas dela quando solicitado.” (Grifos do autor.)

Como já referido na introdução do presente estudo, o Professor Nalini diagnostica os problemas inerentes à crise do Judiciário e sugere algumas medidas saneadoras, que têm fulcro na adoção de três posturas por parte dos juizes brasileiros: postura processual, postura funcional e postura mental. Entendemos que suas opiniões em muito se assemelham, no que tange à postura processual, àquelas que vimos defendendo neste trabalho, partindo da premissa básica de que o julgador dispõe de um amplo poder discricionário, ao interpretar a lei e aplicá-la ao caso concreto, na tentativa de sempre “dar a cada um o que é seu”. Senão, vejamos:

“Na *solução do litígio*, o juiz deve atentar para as *iniciativas instrutórias oficiais*. Depois de proposta a ação, o processo é governado pelo *impulso oficial*. Incumbe ao juiz *dirigir o processo*, assim como *determinar a produção de provas*, com ênfase para a atribuição de velar pela rápida solução do litígio, prevista no inciso II do dispositivo, *apreciá-las livremente, fixar prazos, quando não expressos, extinguir o processo, julgá-lo antecipadamente ou sanear-lo*, quando o caso.

Dispõe hoje o juiz brasileiro de um notável poder, o da *antecipação da tutela*, que praticamente fez desaparecer a cautelar inominada de que a parte se servia para obtenção do mesmo objetivo. É instituto acelerador de justiça, de nitidez inquestionável.

Existem, ainda, os *grandes poderes quase esquecidos de determinação de medidas provisórias adequadas, preencher as lacunas da lei e considerar fato posterior à instauração da lide*. Todos eles podem auxiliar o juiz a tomar a sua decisão algo de *incidência concreta* na vida da parte, auxiliando-a a remover um obstáculo à sua realização em plenitude." (Grifos do autor.)

### Bibliografia

BOBBIO, Norberto *et alii*. *Dicionário de Política*, trad. de João Ferreira e outros, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*, trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

\_\_\_\_\_. *Juízes Legisladores?*, trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Código de Processo Civil Reformado*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CICLO DE CONFERÊNCIAS PARA JUÍZES FEDERAIS, *Série Cadernos do CEJ* 8, Brasília: Conselho da Justiça Federal - Centro de Estudos Judiciários, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et alii*. *Teoria Geral do Processo*, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ENGLISH, Karl. *Introdução do Pensamento Jurídico*, trad. de J. Baptista Machado, 6ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*, 1ª ed. (14ª impressão), Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 3º volume, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

GOMES, Sergio Alves. *Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, vol. I.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, vol. II.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no Processo Civil*, col. Estudos de Direito de Processo “Enrico Tullio Liebman”, São Paulo: Revista dos Tribunais.

LOPES, Mônica Sette. *A Equidade e os Poderes do Juiz*, Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

OLIVEIRA, Juarez de, (org.). *Código Civil*, 41ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

RESENHA DO TRF - 1ª REGIÃO - *Órgão de Divulgação de Doutrina e Jurisprudência* - v. 2, n. 6, dezembro de 1995, Brasília: Gabinete da Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 1995.

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 1ª REGIÃO, v. 7, n. 3, janeiro-setembro 1995, Brasília: Gabinete da Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1ª v., 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

#### Notas:

- 1 — Podemos fazer uma comparação com a atividade administrativa. Valemo-nos, para tanto, das palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe a interferência de uma apreciação *subjetiva* sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos...” (in *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1992, p. 9.) (Grifo do autor.)
- 2 — O *Novo Dicionário Aurélio* assim explica o verbete *Manifestar*: *Manifestar*. [Do lat. *Manifestare*.] *Vt.d.* 1. Tornar manifesto, público, notório; divulgar, declarar: .... 2. Dar sinais de; apresentar, revelar, exprimir, patentear:.... 3. Dar ao manifesto .... 4. .... 5. Declarar, mostrar, revelar: .... 6. Fazer-se conhecer; revelar-se, mostrar-se:.... 7. Patentear-se, exprimir-se. 8. .... (1ª ed., 14ª impressão, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 880.)
- 3 — A título de ilustração ao citado art. 125 e sob a retranca *Jurisprudência*, o autor apresenta a seguinte ementa: “O juiz pode, a qualquer tempo, sob prudente discricção de ofício ou a requerimento da parte, determinar a realização de prova pericial, ou reconsiderar anterior decisão que a havia dispensado. Recurso especial de que não se conhece” (REsp 5.268-SP; Rel. Min. Athos Carneiro, DJ de 11.11.91). *Op. cit.*, p. 81.
- 4 — *Apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 22.

- 5 — *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali; apud* Mônica Sette Lopes, *A Equidade e os Poderes do Juiz*, Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 113.
- 6 — *Manual de Direito Administrativo; idem.*
- 7 — O autor apresenta quatro categorias desses “modos de expressão legislativa”: conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários e cláusulas gerais.
- 8 — *Apud* Karl English, *op. cit.*, pp. 216/17.
- 9 — *Idem*, p. 217.
- 10 — O verbete Poder foi elaborado por *Mario Stoppino.*
- 11 — *Apud* Paulo Bonavides, *Ciência Política*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 107.
- 12 — *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I; *apud* Sérgio Alves Gomes, *Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 17.
- 13 — *Op. cit.*, p. 42.
- 14 — *Instituzioni del Processo Civile Italiano*, v. I; *apud* Sergio Alves Gomes, *op. cit.*, p. 43.
- 15 — *Novissimo Digesto Italiano; apud* Sérgio Alves Gomes, *op. cit.*, pp. 43/44.
- 16 — *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, *idem*, p. 45.
- 17 — *Exegese do Código de Processo Civil, ibidem*, pp. 44/45.
- 18 — *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism, apud* Mauro Cappelletti, *op. cit.*, p. 31.
- 19 — *The Judge as Law Maker, idem.*
- 20 — *Lord Diplock* chegou a afirmar, em 1965, que em razão de sua própria função, os tribunais estão contrangidos a agir como legisladores, *in The Courts as Legislators, apud* Mauro Cappelletti, *op. cit.*, p. 73.
- 21 — Essas lições foram tiradas do texto de autoria do Professor Dinamarco intitulado “A Instrumentalidade do Processo”, publicado na Série Cadernos do CEJ, 8 — *Ciclo de Conferências para Juizes Federais*, do Conselho da Justiça Federal, 1995, p. 115.
- 22 — “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (LICC)
- 23 — *In* “A Instrumentalidade do Processo”, Série Cadernos do CEJ, *op. cit.*, pp. 121/22.
- 24 — *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, pp. 417 e seguintes.
- 25 — *Apud* Sérgio Alves Gomes, *op. cit.*, p. 242.
- 26 — “Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.”
- 27 — *Apud* Sérgio Alves Gomes, *op. cit.*, p. 243.
- 28 — Essas informações foram colhidas no texto intitulado “Medidas Cautelares”, de autoria da Juíza Federal do TRF - 1ª Região, Eliana Calmon, publicado na Série Cadernos do CEJ, *op. cit.*, p. 13.
- 29 — *Apud* Eliana Calmon, “Medidas Cautelares”, *op. cit.*, p. 14.
- 30 — *Apud* Humberto Theodoro Júnior, *op. cit.*, v. II, p. 367.
- 31 — *Idem.*
- 32 — Vejam-se, a título de exemplos, os arts. 266, 653, 793 e 1.039 do CPC.
- 33 — *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, vol. VIII, t. I, 2ª ed., pp. 135/36.
- 34 — *Apud* Humberto Theodoro Júnior, *op. cit.*, p. 373.

- 35 — *Apud* Sálvio de Figueiredo Teixeira, *op. cit.*, p. 469.
- 36 — Podemos destacar como exemplos que ensejam a concessão de liminares *inaudita altera parte*: antecipação da tutela de mérito (CPC, art. 273), liminares em ação possessória, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva (CDC, art. 81, parágrafo único) e ação civil pública. Esses são casos em que o Professor Nelson Nery Junior vê uma limitação imanente à bilateralidade da audiência no processo civil. Segundo esse autor, o termo limitação imanente é de *Ekkehard Schumann*. (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 135 e nota de rodapé n. 42, à mesma página.)
- 37 — *Liminares no Processo Civil*, Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, volume 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 61.
- 38 — A própria autora, em nota de rodapé ao seu texto (n. 164, p. 61), cita decisão em sentido contrário, ou seja, presentes os pressupostos, o juiz pode deferir ou não a liminar: *RJTJESP* vol. 99/246.
- 39 — Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, art. 273 do Código de Processo Civil. Em verdade, o instituto já existia no nosso ordenamento, nas ações possessórias.
- 40 — E também no texto “Tutela antecipada”, publicado na seção Noticiário da *Revista do Tribunal Regional Federal — 1ª Região*, v. 7, n. 3, julho-setembro 1995, pp. 444/460.
- 41 — Na mesma *Revista*, o autor apresenta o texto “Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais”, pp. 15/32.
- 42 — Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes. in *Resenha do TRF — 1ª Região — Órgão de Divulgação de Doutrina e Jurisprudência*, v. 2, n. 6, dezembro de 1995, pp. 21/22.
- 43 — *Apud* Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes, *op. cit.*, p. 22.
- 44 — *Idem*.
- 45 — *Idem* nota 44.
- 46 — *Chiovenda* entende que no juízo de atendibilidade estabelece-se a credibilidade ou não de uma alegação. (*Apud* Carreira Alvim, *op. cit.*, p. 116.)
- 47 — *Lógica de las pruebas en materia criminal, apud* Carreira Alvim, *op. cit.*, p. 102.
- 48 — *Apud* Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes, *op. cit.*, p. 22.
- 49 — *Idem*.