

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

**O PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO INTERSUBJETIVA NO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE ACERCA DA SUA INFLUÊNCIA NO PODER
GERAL DE CAUTELA DO JUIZ**

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

Aluno(a): Érika de Sá Marinho

Recife

2007

ÉRIKA DE SÁ MARINHO

**O PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO INTERSUBJETIVA NO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE ACERCA DA SUA INFLUÊNCIA NO PODER
GERAL DE CAUTELA DO JUIZ**

Dissertação apresentada à Pró-Reitoria de
pesquisa e Pós-Graduação da Universidade
Católica de Pernambuco como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

Recife
2007

M 338p

Marinho, Érika de Sá

O princípio da colaboração intersubjetiva no processo civil brasileiro: uma análise acerca da sua influência no poder geral de cautela do juiz / Érika de Sá Marinho; orientador Gustavo Ferreira Santos, 2007.

121 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado em Direito Processual, 2007.

1. Direito processual. 2. Processo civil – Brasil. 3. Processo judicial. 4. Juiz – Decisões. I. Título.

CDU 347.9(81)

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

**O PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO INTERSUBJETIVA NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE ACERCA DA SUA INFLUÊNCIA NO PODER GERAL DE
CAUTELA DO JUIZ**

Érika de Sá Marinho

Dissertação defendida e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

Gustavo Ferreira Santos, Doutor em Direito
Orientador

Alexandre Freire Pementel, Doutor em Direito
Examinador Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP

André Pires Rosa, Doutor em Direito
Examinador externo – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Dissertação aprovada no dia 23/01/2008, no departamento de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desse trabalho.

“Convém que a justiça seja *pronta*; mais do que isso, convém que seja justa. O problema fundamental da política processual consiste exactamente em saber encontrar o equilíbrio razoável entre as duas exigências: a celeridade e a justiça.”

José Alberto dos Reis

RESUMO

Esta pesquisa situa-se no âmbito do direito processual e toma como pressuposto identificar a existência do princípio da colaboração intersubjetiva no processo civil brasileiro, promovendo uma análise acerca da sua influência no poder geral de cautela do juiz como forma de assegurar o resultado útil do processo.

Busca-se, ainda, constatar as modificações que já vêm sofrendo o ordenamento jurídico, direcionando a pesquisa para uma maior reflexão quando à finalidade do instrumento processual face à nova postura colaboradora do juiz. Trata-se também de um estudo crítico a respeito da problemática do tempo e formalismo jurídico acentuado no âmbito da relação jurídica processual, que dificultam o exercício de uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

A obtenção de resultados efetivos e a materialização justa dos direitos são fins do processo que devem ser perseguidos pelas partes, serventuários, peritos, intérpretes e juízes refletindo a influência do princípio da colaboração intersubjetiva marcado por atitudes discricionárias do juiz no processo e que, implicitamente, já pode ser identificado em vários dispositivos do nosso Código de Processo Civil.

O combate às práticas abusivas, à morosidade da prestação jurisdicional possibilitando a aplicação eficiente desta como expressão do princípio da colaboração e do ativismo do judiciário é o que propõe este trabalho de pesquisa.

PALAVRAS - CHAVE: colaboração intersubjetiva – processo civil – poder geral de cautela - ativismo do judiciário.

ABSTRACT

This search is on the scope of procedural law and takes as assumption identify the existence of the principle of collaboration intersubjective in civil procedure Brazil, promoting an analysis about its influence on the general power of caution of the judge as a way to ensure the outcome of the process useful.

Search is still, see the changes that are already suffering the legal system, directing the search for greater consideration when the purpose of the procedural tool on the new cooperative attitude of the judge. It is also a critical study regarding the issue of time and legal formalism sharp under the legal relationship procedure, which impede the exercise of a provision court faster and efficient.

The achievement of results and effective materialization of the rights are just ends of the process to be pursued by the parties, servers, experts, interpreters and judges reflecting the influence of the principle of collaboration intersubjective, Marked by discretionary attitude of the judge in the process and that, implicitly, can already be identified in several devices of our Code of Civil Procedure.

The fight against abusive practices, the length of the court provision enabling efficient implementation of this as an expression of the principle of collaboration and the activism of the judiciary is proposing that this work of research.

KEYWORDS: collaboration intersubjective, civil procedure, general power of caution, the judicial activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I. O princípio da colaboração intersubjetiva: a importância deste princípio diante da problemática do tempo no âmbito da relação jurídica processual.....	11
1.1. Dos fatores responsáveis pela demora do processo.....	13
1.2. Dados estatísticos que refletem o aumento exagerado de demandas perante o judiciário.....	16
CAPÍTULO 2. A busca da “verdade” dos fatos levados a juízo como fundamento do papel colaborador do juiz e das partes no processo.....	22
2.1. A participação ativa do juiz no esclarecimento dos fatos em juízo frente aos efeitos negativos do retardamento do processo.....	24
2.2. A postura ativa do juiz como mecanismo de realização do interesse social do processo.....	26
2.3. A aplicação imediata dos direitos constitucionais garantida pelo artigo 5º, § 1º da Constituição Federal: o fundamental papel do juiz na efetivação.....	27
2.4. A atuação do juiz como pressuposto para a efetividade do processo.....	29
CAPÍTULO 3. A interação entre sistemas jurídicos diversos para a construção de um modelo satisfatório de prestação jurisdicional.....	30
3.1. O equilíbrio das partes no processo.....	31
3.2. Os efeitos do modelo de Stuttgart na atitude participativa do juiz no processo.....	33
CAPÍTULO 4. A influência dos procedimentos orais no processo.....	38
4.1. A oralidade no sistema jurisdicional de Stuttgart.....	39
4.2. A justiça na aplicação racional da norma.....	40
CAPÍTULO 5. A finalidade do instrumento processual face à postura colaboradora do juiz.....	41
5.1. O juiz ativo e a instrumentalização do processo.....	41

5.2. A eficiência da prestação jurisdicional decorrente do mecanismo da colaboração no processo.....	43
5.3. O ativismo e a indeclinabilidade do juiz.....	45
5.4. A colaboração do juiz e o acesso à justiça.....	47
5.5. Efetividade do processo e a concretização de direitos.....	48
CAPÍTULO 6. A materialização justa dos direitos como resultado da colaboração das partes na decisão do juiz.....	50
6.1. Dos deveres do juiz no processo como expressão do princípio da colaboração intersubjetiva.....	52
6.2. Da identificação do princípio da colaboração intersubjetiva no Código de Processo Civil brasileiro.....	54
6.3. A justiça e a pacificação dos conflitos.....	61
CAPÍTULO 7. O poder geral de cautela: expressão do princípio da colaboração e do Ativismo do judiciário.....	64
7.1. A finalidade do processo cautelar.....	68
7.2. O poder geral de cautela e a liberdade de atuação do juiz no processo.....	71
7.3. A influência dos modelos europeus no poder geral de cautela do juiz.....	74
7.4. A adstrição da decisão do juiz ao pedido da parte.....	76
7.5. Da fungibilidade das cautelares como reflexo do poder discricionário do juiz e as suas limitações legais.....	83
7.6. O poder-dever do juiz de concessão de ofício das medidas cautelares.....	84
7.7. A fungibilidade das cautelares e o princípio dispositivo.....	90
7.8. A atuação de ofício e a imparcialidade do juiz.....	96
7.9. Os pressupostos de admissibilidade das medidas cautelares.....	97
CAPÍTULO 8. A importância da técnica no processo e o formalismo desnecessário nos procedimentos das cautelares para a realização efetiva dos direitos.....	105
8.1. Da distinção entre a forma e o formalismo excessivo.....	106
CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS.....	117

SUMÁRIO DE TABELAS

TABELA Nº 1.....	17
TABELA Nº 2.....	18
TABELA Nº 3.....	18
TABELA Nº 4.....	18
TABELA Nº 5.....	19
TABELA Nº 6.....	20

INTRODUÇÃO

Não obstante os reforços que se vêm empreendendo na tentativa de trazer maior celeridade ao processo e promover a realização efetiva dos direitos, constata-se que isto continua sendo um desafio para os operadores do direito. Assim, o presente trabalho, em um primeiro momento, pretende identificar os problemas que levam à tensão entre os direitos contidos no ordenamento jurídico, cujo ideário teórico é o acesso à justiça e realização concreta desses direitos e a prática usual do nosso sistema jurídico marcado pela demora na sua prestação.

Antes de pontuarmos os principais problemas que dificultam a prestação jurisdicional, é necessário observar que há uma diminuição considerável do grau de tolerância da população para com a baixa eficiência do sistema judicial e, simultaneamente, tem aumentado o desgaste do prestígio do Judiciário.

Vale ressaltar, portanto, a importância de se reconhecer tais deficiências do nosso sistema e identificar meios de prestação jurisdicional mais eficiente, sejam voltados para a utilização de procedimentos mais simplificados e céleres, sejam voltados para a modificação da própria postura do julgador diante dos conflitos emergenciais decorrentes de direitos violados ou ameaçados.

Ocorre que não basta apenas reconhecer e garantir direitos, é preciso que os dispositivos que integram o ordenamento jurídico prevejam a garantia de sua efetiva e imediata realização, utilizando procedimentos mais flexíveis e mais condizentes com os imperativos de uma sociedade desenvolvida.

Não é difícil notar que, cada vez mais, as situações conflituosas levadas a juízo têm exigido do julgador a prática de atos decisórios imediatos, aptos a atender aos anseios da sociedade no que tange à praticidade e agilização processual. Observe-se que as situações de urgência se tornaram rotineiras, o que demanda atitudes cada vez mais ativas do juiz, na solução do conflito, colaborando mais diretamente com a elucidação dos fatos levados a juízo.

O poder geral de cautela - conhecido no direito português como providências cautelares não especificadas, - surgiu como reflexo desse novo modelo de prestação jurisdicional que prioriza a eficiência e rapidez no exercício

dos atos processuais, como forma de enfrentar os males do decurso do tempo em prejuízo dos interesses dos jurisdicionados.

Diante da necessidade de se franquear acesso rápido à justiça para os cidadãos, os procedimentos cautelares foram os meios alternativos de solução de conflitos que muito se aproximaram desse propósito, implicando no mandamento que assegura o resultado útil e eficaz da decisão a ser proferida no processo principal.

O poder geral de cautela do juiz permitiu que, diante do fundado receio de que fatos ou atos venham a prejudicar o desenvolvimento regular do processo ou ainda o resultado útil deste, o magistrado tivesse a liberdade para determinar de ofício medidas assecuratórias da eficácia da prestação jurisdicional a ser manifestada no processo principal, ainda que não previstas no nosso ordenamento jurídico, mesmo que não solicitadas pela parte.

Cabe ressaltar ainda, que tal procedimento de ofício, exercido pelo julgador, pressupõe grande influência do princípio da cooperação ou da colaboração, com origem no direito alemão, apesar de ter se difundido também em outros ordenamentos jurídicos como em Portugal e na Itália, caracteriza-se pela relação mais aproximada entre juiz, partes e demais sujeitos processuais, no intuito de solucionar o litígio de forma mais rápida e, dessa forma, garantir que o processo principal não tenha um resultado inútil ou inócuo.

O Código de Processo Civil Português, em seu artigo 266, consagra de forma expressa o postulado em epígrafe, trazendo em seu texto o conceito deste princípio, *in verbis*: “Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.”¹

Ocorre que, ainda com relação às cautelares, a redação do dispositivo contido no Código de Processo Civil brasileiro, art. 798, quando relaciona as medidas cautelares específicas não esgota todas as suas hipóteses de aplicação, deixando claro o caráter meramente exemplificativo do artigo.

¹CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, atualizado até 2006 (incluindo Dec.-Lei n.º 38/2003, de 8/03 (Reforma da Acção Executiva) e o DL 199/2003, de 10/09, o DL 324/2003, de 27 de dezembro, o DL 53/2004, de 18 de março, a Lei 6/2006, de 27/02, a Lei 14/2006, de 26/04, e, finalmente, o DL 76-A/2006, de 29/03). <http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>.

Logo, concede-se ao juiz a liberdade para determinar as medidas provisórias que entender mais adequadas, diante do fundado receio de que, antes do julgamento da lide, um demandante promova grave lesão ou de difícil reparação ao direito do outro.

Pode-se afirmar ainda, que a amplitude desse poder geral de cautela alcança o direito de conceder medida cautelar diversa da solicitada pela parte, consagrando a fungibilidade das cautelares e demonstrando, dessa forma, que a atuação do juiz não se limita a acompanhar os rigores processuais. Além da preocupação que já existe com a efetivação do processo, não se pode ignorar a necessidade de segurança conferida aos direitos ameaçados e em situação de risco que exigem solução imediata do julgador.

Diante desse entendimento, pode-se afirmar que o processo é o instrumento mediante o qual o julgador, dotado de capacidade técnica e equilíbrio para tanto, poderá contribuir para a modificação do nosso sistema jurisdicional, no sentido de acelerar o andamento do processo, aparelhando-o com procedimentos voltados para o melhor funcionamento da justiça.

CAPÍTULO 1. O princípio da colaboração intersubjetiva: a importância deste princípio diante da problemática do tempo no âmbito da relação jurídica processual.

A morosidade da prestação jurisdicional tem frustrado direitos, descreditado o poder público, principalmente o Poder Judiciário, e afrontado os indivíduos.

A demora da prestação da tutela jurisdicional resulta em vários prejuízos às partes, seja quanto aos prejuízos materiais, seja quanto aos psicológicos, tornando-se, portanto, um dos maiores dissabores experimentados pelos que recorrem ao Judiciário.²

É conhecida a problemática do tempo no âmbito da relação jurídica processual. Este constitui um dos maiores obstáculos ao acesso à justiça, pois o processo deverá se mostrar apto a atingir os seus fins dentro de um espaço de tempo razoável, que não prejudique as partes, observando-se os parâmetros de justiça no sentido de, efetivamente, conceder o direito ao seu titular.

Conforme lição de Humberto Theodoro Júnior, o processo é indissociável da idéia de tempo, sendo inevitável que entre a propositura da ação e a prestação jurisdicional medie um espaço de tempo que podem refletir negativamente sobre os bens ou relações jurídicas em conflito³.

Nesse sentido, a compreensão da duração do tempo do processo, considerando o seu uso racional pelas partes e pelo juiz, é um fator fundamental para tornar a prestação jurisdicional mais célere possível, de forma a não prejudicar o regular andamento processual e, evitando assim, sentenças tardias ou ainda providências inócuas que inutilizariam o resultado do processo como obstáculos ao alcance de uma justiça efetiva.⁴

²Nesse sentido: PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: 2001.p.33. Afirma o autor: “El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se <<haga justicia>> ; a que cuando pretenda algo de otra. Esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas.”

³THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 21ª Edição.Revista e Atualizada.São Paulo-2004.Livraria e editora Universitária de Direito.pág.77.

⁴Fernando da Fonseca Gajardoni assevera: “Notório que há direitos que sucumbem de forma irremediável quando a tutela não é prestada oportunamente; outros que se tornam menos úteis diante de uma tutela tardia; há aqueles, ainda, que, reconhecidos somente após longo *iter* procedimental, em vez de satisfazerem de plano o direito declarado, ficam na dependência de posterior processo de execução (sentenças condenatórias); e,

Como bem afirma Lebre de Freitas:

o apelo ao prazo razoável aponta para a sua cooperação no sentido de, sem dilações inúteis, proporcionarem as condições para que uma decisão seja proferida no menor período de tempo compatível com as exigências do processo.⁵

Observa-se que Lebre de Freitas trata da necessidade de se evitar atos processuais meramente protelatórios que, muitas vezes, não contribuem para o regular andamento do processo, transformando-se em entraves para a sua conclusão.

Vale ressaltar que o transcurso do tempo no processo poderá ensejar efeitos irretroativos, seja às coisas, seja às pessoas ou às relações jurídicas envolvidas no litígio, quais sejam: a deterioração de bens, o extravio de documentos indispensáveis à elucidação dos fatos, a morte de testemunhas que possam contribuir para o esclarecimento dos fatos, a alienação de bens, entre outros.

Diante dessa abordagem, cabe ressaltar que houve uma preocupação com a celeridade processual, o que se expressou com a edição da Emenda Constitucional nº 45/04 que, tratando do princípio da razoável duração dos processos, inseriu no art. 5º da Magna Carta, o inciso LXXVIII, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Nesse sentido, a demora na prestação jurisdicional é elemento nocivo à pacificação social, sendo capaz de atingir, inclusive, um outro direito fundamental previsto constitucionalmente que é o acesso à justiça. Logo, o processo lento é instrumento de pressão e ameaça social nas mãos daqueles que têm melhores condições, prejudicando os menos favorecidos.

Uma prestação jurisdicional muito lenta resulta da conjugação de diversos fatores, entre os quais, destacam-se: os problemas atinentes à má distribuição da renda, o baixo nível cultural dos jurisdicionados, a escassez de órgãos judiciais face ao crescente número populacional, e também ao despreparo de muitos

finalmente, aqueles que, por reconhecimento tardio, em vez de pacificarem, só inspiram no jurisdicionado desgaste emocional, gerado por um constante estado de dúvida e incerteza com a demora." *Técnicas de Aceleração do Processo*, São Paulo:Lemos & Cruz, 2003, p. 16-17.

⁵PESSOA, Flavia Moreira Guimarães. Pode o juiz considerar na sentença matéria de direito ou fato não alegada pelas partes sem observar o contraditório substancial? Boletim jurídico. Uberaba/MG,a.3,nº206.Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.Br/doutrina/texto.asp?id=1650> Acesso em 12 jan.2007.

operadores do direito que, somado à grande carga de trabalho mantêm em baixo nível a produtividade e ainda compromete a forma de atuação no processo, muitas vezes marcado por procedimentos formais desnecessários que emperram o andamento regular do processo.⁶

No entanto, é preciso reconhecer que foram reduzidos prazos e recursos, e canceladas as oportunidades para manifestações das partes, quando as informações trazidas ao processo são suficientes para formar o convencimento do juiz, admitindo o julgamento antecipado da lide, tudo em favor da redução do tempo do processo, apesar de os nossos códigos ainda conservarem resquícios de um formalismo que, muitas vezes entorpece os processos e, é nesse sentido, que se busca fazer tudo o que for necessário para reduzir os seus excessos.

1.1. Dos fatores responsáveis pela demora do processo.

A insuficiência estatal de prover a justiça àqueles que a ela recorrem, visando alcançar uma solução célere para seus conflitos, constitui uma das grandes insatisfações da sociedade brasileira, o que espelha um modelo obsoleto de prestação jurisdicional diante da realidade atual, acerca da grande quantidade de demandas judiciais, já que o processo civil brasileiro não tem conseguido atender de forma satisfatória às expectativas de seus usuários.⁷

⁶Retratando os fatores da letargia da tutela jurisdicional, Gajardoni afirma que:” O primeiro deles é em relação à atividade legislativa. Nenhum Poder Judiciário, por mais organizado e estruturado que seja, tem capacidade de dar vazão à demanda quando o país, como o nosso, é pródigo em fracassos legislativos, leis mal elaboradas e que geram interpretações controvertidas. Deficiências técnicas na formulação das normas acarretam dúvidas e controvérsias hermenêuticas de que se costumam alimentar incidentes processuais, e concorrem para multiplicar recursos para o controle difuso da legalidade/constitucionalidade das leis.” “(...) Não se trata apenas do prolongamento excessivo deste ou daquele pleito: a sobrecarga de trabalho que tudo isso atira sobre os órgãos judiciais, designadamente sobre os tribunais superiores, afeta por força a qualidade do produto, sacrificando a curiosidade intelectual e a reflexão madura à pressão das pautas intermináveis, afogando no pantanal da rotina quaisquer esperanças de desenvolvimento jurisprudencial.” (*Técnicas de Aceleração do Processo*, São Paulo, Lemos & Cruz, 2003.p.65-66).

⁷Rogério Cruz e Tucci, analisando o tema, agrupou três fatores que envolvem as relações entre tempo e processo: “a) fatores institucionais;b) fatores de ordem técnica e subjetiva; e c) fatores derivados da insuficiência material.

Afirma o autor que a ausência de vontade política em se criar e adaptar novos mecanismos legais a serviço da aceleração da tutela jurisdicional, o desprestígio e a fraqueza do Judiciário perante os demais poderes (fatores institucionais), a desvalorização do juiz de primeiro grau – tanto no tocante à remuneração quanto à exequibilidade de suas decisões - , a falta de preparo técnico do magistrado (fatores técnico-subjetivos) e a ausência de investimentos materiais no Judiciário (fatores derivados da insuficiência material) estariam a comprometer a pronta tutela dos direitos. (TUCCI, José Rogério Cruz e, *Tempo e processo*, São Paulo:Revista dos Tribunais,1997.p.99-110).”

No campo do processo civil, reformas marcantes se deram na simplificação do procedimento da citação, que passaram a ter como regra geral citação mediante correios, extinguiu-se a liquidação por cálculo do contador, deu-se ao agravo disciplina menos burocrática quando, por força da Lei nº 11.187/2005, cuja intenção foi restringir o acesso à superior instância, foram admitidos agravos, como regra geral, apenas retidos; apenas lesão grave e de difícil reparação justifica, diante da nova lei, a interposição de agravo diretamente nos Tribunais.

Não se pode deixar de citar, ainda, a generalização da possibilidade de antecipação de tutela sob determinados requisitos, entre os quais os genéricos - prova inequívoca e verossimilhança da alegação e os específicos – perigo de dano irreparável ou difícil reparação e abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, entre outras mudanças, visando sempre contribuir para uma maior agilidade na prestação jurisdicional.

Trata-se de modificações que são reflexos da tentativa de simplificar o nosso sistema judiciário, no sentido de reduzir os formalismos desnecessários, com o intuito de facilitar o acesso à justiça, modelo cuja expressão é ainda maior nos sistemas europeus, com a ampla utilização da oralidade nos procedimentos judiciais e ainda com o ativismo do juiz no processo, temas que abordaremos mais adiante.

Não se pretende aqui fazer um estudo comparativo dos sistemas jurisdicionais vigentes em países estrangeiros diante do brasileiro, no entanto, há relevância em citar a experiência de países como Alemanha, Inglaterra, Portugal, Àustria e Itália, no que tange aos procedimentos voltados para a eficiência da prestação jurisdicional. Estamos nos referindo, neste trabalho, a reformas que traduzem esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais.

A Inglaterra e a Alemanha introduziram reformas relacionadas à assistência judiciária de forma a proporcionar auxílio jurídico aos pobres. A Alemanha deu início a um sistema de remuneração pelo Estado dos advogados que fornecem assistência judiciária e esta seria extensiva a todos que a pleiteassem; já na Inglaterra, a principal reforma foi a criação da *Legal Aid and Advice Scheme* confiada à Associação Nacional dos Advogados, voltada não só à compensação

dos advogados pelo aconselhamento jurídico, mas também pela assistência nos processos.⁸

Segundo Mauro Cappelletti, o maior reflexo das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental foi o apoio ao sistema *judicare*, segundo o qual, a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem na lei e cujos advogados são pagos pelo Estado.

O autor afirma, ainda, que a finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado.⁹

Outro tipo de reforma, que poderia ser mencionado, pois receberá especial atenção neste trabalho, é o chamado “Modelo Stuttgart, do processo civil germânico, cada vez mais difundido entre os países, entre os quais a Itália e Portugal, cujas características são identificadas no princípio da colaboração.

Eduardo Grasso desenvolveu o conceito de colaboração, atribuindo a idéia antiga a Carnelutti, defendendo a necessidade do diálogo entre os operadores do direito, da comunicação de idéias sobre a matéria que cada um, com seus próprios meios, forneceu e pôde elaborar no âmbito processual - juízos históricos e avaliações jurídicas que se concentram na atitude dos elementos introduzidos a serem utilizados convenientemente na decisão.¹⁰

No entanto, antes de tratarmos desse método de procedimento, cabe-nos, inicialmente, entender a causa do insatisfatório desempenho da máquina judiciária, constatando que este não se restringe aos problemas do tempo no processo. Na realidade, este problema se deve a fatores diversos, alguns já citados anteriormente, que, somados, resultam na realidade com que nos deparamos atualmente, marcada pela morosidade processual, sentenças tardias que inutilizam o direito pleiteado pela parte, decisões que expressam parcialidade do juiz, e sentenças que beneficiam, na maioria das vezes, aos jurisdicionados com melhores condições econômicas para manter as custas de um processo.

⁸CAPPELLETI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução, Ellen Gracie Northfleet, editora Sergio Antonio Fabris Editor. São Paulo, 2002.p.31-33.

⁹ CAPPELLETI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução, Ellen Gracie Northfleet, editora Sergio Antonio Fabris Editor. São Paulo, 2002.p.35.

¹⁰GRASSO, Eduardo. *La Collaborazione Del processo civile, Rivista di diritto processuale*, Vol. XXI, Padova, CEDAM, 1996, pp 581-609.

Nesse contexto, vale acrescentar que a lentidão do processo pode ser convertida em custo econômico adicional que, proporcionalmente, será mais gravoso para aqueles menos providos de recursos, pressionando os economicamente mais débeis a aceitar acordos nem sempre razoáveis.

Diante de tais considerações, devemos estar cientes de que essa situação não é a mesma para todos os ordenamentos jurídicos, pois diversificam-se em face do contexto econômico, social e cultural em que ela se projeta.

Logo, não há uma fórmula de validade universal. As estratégias devem ser combinadas de forma a compatibilizá-las com a realidade de cada sociedade e seu ordenamento jurídico específico. Neste contexto, deve-se observar os costumes judiciários, a formação profissional e a postura a ser exercida pelos juízes e advogados cuja colaboração é essencial para o êxito do processo.

1.2 O aumento exagerado das demandas perante o judiciário.

Um dos principais focos deste trabalho é o acesso universal à Justiça. É necessário aproximar mais o Judiciário do cidadão comum, pois este continua vendo a Justiça de longe, considerado-a complexa, burocrática, demorada, ela o assusta e o afasta.

Portanto, a dificuldade em alcançar resultados efetivos e rápidos de uma prestação jurisdicional pode ser sentida mediante uma análise dos dados estatísticos abaixo, que refletem o aumento excessivo das demandas judiciais.

Com base nas informações prestadas pela presidência do STF, acerca da sobrecarga de processos no âmbito do judiciário, o Ministro Carlos Mário Velloso informou que, apenas no ano de 1997, havia recebido 33.963 processos, efetuando 40.815 julgamentos, informou ainda que, entre 2002 e 2005, os ministros do STF julgaram 346,3 mil processos¹¹.

Prosseguindo nesta análise, vale ressaltar, que em 7 de abril de 1989, o Superior Tribunal de Justiça havia recepcionado a distribuição de 6.103 feitos, julgando 3.711, enquanto que em 1990 lhe foram distribuídos 14.087, com

¹¹ NAVES, Nilson. Panorama dos problemas no Poder Judiciário e suas causas – O Supremo, o Superior Tribunal e a reforma. *In: Fórum de debate sobre a modernização do direito*, 2000, Camboriú - SC. Conferência Magna. Apud. MORAES, Carlos Frederico Gonçalves de, *O precedente judicial e sua contribuição à efetividade do processo*. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Católica de Pernambuco. Recife/PE: 2007.p.49.

juízo de 11.742, destacando que entre 1989 e 2000 esse número chegou à incrível marca de 753.242 processos¹².

Trata-se de um reflexo do aumento excessivo das demandas judiciais, que se transformaram em uma preocupação para todos que lidam com o direito, sejam advogados, juízes, doutrinadores, e ainda as partes litigantes que esperam que o processo realize a sua finalidade social, que é promover uma solução rápida e justa do conflito.

Quanto ao número de processos distribuídos nos tribunais e instâncias inferiores da Justiça brasileira, até o dia 31 de dezembro de 2004, existiam precisamente 57.475.882 processos. Os números informados, naquela ocasião, representavam a média de um processo em tramitação para cada três habitantes do país.¹³

Naquele ano, segundo a notícia divulgada, os diversos tribunais federais e estaduais receberam 1,8 milhões de recursos, o que correspondeu a uma taxa de recorribilidade de 13,5% do total de 13,2 milhões de processos julgados. A média dos recursos é liderada pela Justiça do Trabalho, que apresentou uma taxa correspondente a 46%. Na primeira instância, a taxa alcançou 51%, a mais alta em todo o sistema judiciário. Em âmbito geral, de cada 100 processos julgados, 7 recursos alimentam os acervos dos tribunais. Eis os números divulgados¹⁴:

Número de processos

Números por competências		Processos	
Justiça	Novos	Pendentes	Total
Federal	3.196.525	5.334.135	8.530.660
Estadual	14.079.073	28.810.447	42.889.520
Trabalho	3.139.511	2.916.191	6.055.702

¹²MORAES, Carlos Frederico Gonçalves de, *O precedente judicial e sua contribuição à efetividade do processo*. Dissertação de mestrado apresentada perante a banca avaliadora da Universidade Católica de Pernambuco, 2007.p.49.

¹³“Justiça em Números: Indicadores Estatísticos Do Poder Judiciário – Ano 2004”, elaborado e divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, segundo matéria exibida no site da Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.consultorjuridico.com.br>, Acesso em 03 maio 2007.

¹⁴NÚMEROS da Justiça. Para cada 100 processos julgados há 13 recursos. Notícia divulgada com base na estatística elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça. Apud. MORAES, Carlos Frederico Gonçalves de, *O precedente judicial e sua contribuição à efetividade do processo*. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Católica de Pernambuco. Recife/PE: 2007.p.51.

Total	20.415.109	37.060.773	57.475.882
--------------	-------------------	-------------------	-------------------

Tabela nº 1 – Números por competência - Conselho Nacional de Justiça. Apud. MORAES, Carlos Frederico Gonçalves de, *O precedente judicial e sua contribuição à efetividade do processo*. Dissertação de mestrado apresentada perante a banca avaliadora da Universidade Católica de Pernambuco, 2007.p.51

Processos por juiz

Justiça	Juízes	Processos	Processo por Juiz
Federal	1.185	8.530.660	7.199
Estadual	9.909	42.889.520	4.328
Trabalho	2.633	6.055.702	2.300
Total	13.727	57.475.882	4.187

Tabela nº 2 – Processos por juiz - JUSTIÇA em números. Apesar dos esforços, cresce quantidade de processos. Notícia divulgada com base na estatística elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em:< <http://conjur.estadao.com.br/static/text/52871,1>> Acesso em: 23 de setembro de 2007.

Taxa de congestionamento

Justiça	Processos	Sentenças	Taxa
Federal	8.530.660	2.329.100	72,70
Estadual	42.889.520	9.658.633	77,48
Trabalho	6.055.702	2.774.221	54,19
Total	57.475.882	14.761.954	74.32

Tabela nº 3 –Taxa de Congestionamento- JUSTIÇA em números. Apesar dos esforços, cresce quantidade de processos. Notícia divulgada com base na estatística elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em:< <http://conjur.estadao.com.br/static/text/52871,1>> Acesso em: 23 de setembro de 2007.

Taxa de recorribilidade

Decisões Processos	Processos Julgados	Recursos	Taxa
Federal	2.365.890	606.290	25,63%
Estadual	ferências 684.116	684.116	7,02%
Trabalho	1.060.168	487.663	46,00%
Total	13.173.866	1.778.069	13,50%

Tabela nº 4 –Taxa de recorribilidade- JUSTIÇA em números. Apesar dos esforços, cresce quantidade de processos. Notícia divulgada com base na estatística elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em:< <http://conjur.estadao.com.br/static/text/52871,1>> Acesso em: 23 de setembro de 2007.

Acrescenta-se ainda, os dados estatísticos de 2005, também objeto de reportagem da mesma revista eletrônica citada pelo referido juiz, que o número de processos existentes nos três principais ramos do judiciário brasileiro, de

primeira e segunda instância, que englobam as Justiças Estaduais, Federal e Trabalhista, aumentou em 1,3 milhões. Em 2004, havia em tramitação quase o total de 57,5 milhões de processos, enquanto que, em 2005, chega-se a soma de 58,8 milhões.

Apesar de o número de juízes e desembargadores aumentar em 655 de um ano para o outro, indo de 13.727 em 2004, para 14.382 em 2005, a taxa que mede a recorribilidade entre o número de julgamentos proferidos e o de recursos manejados aumentou, passando de 13,5% em 2004, para 19,08% em 2005. Logo, os dados apresentados levam em conta uma população de 184 milhões de brasileiros, existindo 1 processo para cada nove cidadãos.

A análise dos dados em questão também revela os gastos com o funcionamento da máquina Judiciária. Houve crescimento das despesas em cerca de 10% no período.

De modo geral, as despesas com processos passaram de R\$ 20,7 bilhões em 2004, para R\$ 23 bilhões em 2005. Nestes termos, pode-se afirmar que a despesa com o Poder Judiciário custou R\$ 125,00 para cada brasileiro, em 2005. Veja abaixo os números revelados pela reportagem da Revista Consultor Jurídico¹⁵.

Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário		
	2004	2005
Processos novos	20.415.109	20.391.056
Processos pendentes	37.060.773	38.387.825
Total de processos	57.475.882	58.778.881
Número de juízes	13.727	14.382
Processos por juiz	4.187	4.087
Taxa congestionamento	74,32	68,57
Sentenças	14.761.954	18.476.422
Processos julgados	13.173.866	14.462.057

¹⁵JUSTIÇA em números. Apesar dos esforços, cresce quantidade de processos. Notícia divulgada com base na estatística elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/52871,1>> Acesso em: 23 de setembro de 2007.

Recursos	1.778.069	2.759.629
Taxa de recorribilidade	13,50%	19,08%
Despesas (R\$)	20.670.504.293	22.969.192.633

Tabela nº 5 - Justiça em números. Tabela divulgada com base na estatística elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/52871,1>> Acesso em: 23 de setembro de 2007.

Conforme se pode constatar, os indicadores estatísticos revelam que a quantidade de processos vem crescendo aceleradamente, sobrecarregando o aparelho judiciário brasileiro nas instâncias inferiores, tribunais regionais, estaduais e superiores.

Também como fonte de pesquisa utilizada neste trabalho, o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário -BNDPJ, no *site* do STF - reflete o foco do problema que atormenta e compromete a funcionalidade desse tribunal. Os dados trazidos abaixo chegam a 31.01.2007¹⁶:

Ano	Processos recebidos	Total de julgamentos (mérito + homologação)
1989	14.721	17.432
1990	18.564	16.449
1991	18.438	14.366
1992	24.447	18.236
1993	24.377	21.737
1994	24.295	28.221
1995	27.743	34.125
1996	28.134	30.829
1997	36.490	39.944

¹⁶Brasil. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/MovProcessos.asp>>. Acesso em: 03 maio 2007.

1998	52.636	51.307
1999	68.369	105.307
2000	105.307	86.138
2001	110.771	109.743
2002	160.453	117.484
2003	87.186	158.785
2004	83.667	106.228
2005	95.212	104.057
2006	127.535	124.046
2007*	7.162	2.184
Total	1.115.507	1.186.618

Tabela nº 6 - Brasil. Supremo Tribunal Federal. Disponível

em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/MovProcessos.asp>>. Acesso em: 03 maio 2007.

Face às demonstrações estatísticas apresentadas neste trabalho, pode-se ter uma idéia da extensão do problema, levando-nos a entender que as tentativas de se identificar mecanismos aptos a agilizar e trazer efetividade ao processo, precisam ainda ser intensificadas, logo, esta realidade atual tem justificado as insatisfações dos indivíduos que buscam o exercício concreto dos seus direitos, os quais se encontram ameaçados ou lesionados, em prol da realização do interesse social do processo, no intuito de solucionar os conflitos. Trata-se, como se pode observar, de um problema que se mostra como fator decisivo para o pleno exercício da cidadania no país.

À luz dessas premissas, propõe-se transformar o processo em instrumento de efetividade da tutela jurisdicional, em combate ao excesso de formalismo, buscando, dessa forma dar uma solução ao aflitivo problema em torno da busca da “verdade material” dos fatos e realização concreta dos direitos e valores constitucionais.

CAPÍTULO 2 A busca da “verdade” dos fatos levados a juízo como fundamento do papel colaborador do juiz e das partes no processo.

Com relação à “verdade”, importa ressaltar que nos referimos à força persuasiva das provas, ou seja, à sua capacidade para determinar o convencimento do juiz. O que se quer demonstrar é a impossibilidade do alcance de uma verdade clara, definitiva e inquestionável.

Nessa perspectiva, a verdade real é uma idéia irrealizável do ponto de vista prático, pois passado não se repete. Desse modo, os fatos não podem ser reproduzidos fielmente conforme ocorreram, já que a forma como estes aparecem no processo decorre da percepção de quem os presenciou, levando-se em consideração que não existe posição de neutralidade na atitude de quem decide, o que é decorrência das próprias experiências pessoais, ideologia, preconceitos, frustrações ou diversas outras características que acabam influenciando o julgador no momento de decidir.

Cabe observar, portanto, que a realização de um direito mediante a utilização de uma prestação jurisdicional rápida e eficiente passa por procedimentos com caráter eminentemente dialético, ou seja, que prioriza o diálogo, a contraposição e contradição de idéias com uma ampla participação das partes, que devem colaborar com o juiz na busca da “verdade provável”, devendo a atuação deste ser marcada pelo ativismo processual.

Vale notar, portanto, que a verdade obtida no processo é falível, de modo que o instrumento probatório de cada processo deve tentar aproximar-se, o máximo possível, da verdade entendida como “real”, não esquecendo, no entanto, que a verdade a que estamos nos referindo é apenas relativa.

Vista sob esta perspectiva, a verdade tem estreita relação com a idéia de certeza do magistrado no ato de decidir, pois o critério de certeza se expressa quando são afastados todos os questionamentos ou divergências acerca dos fatos levados a juízo, restando a aceitação racional dos motivos que irão produzir o estado de certeza a ser alcançada pelo juiz ao proferir a sua decisão.

Como bem afirma Cândido Rangel Dinamarco, a certeza propriamente inexistente, o que existe é uma razoável previsibilidade acerca da verdade dos fatos.¹⁷

Com base nessa idéia, pode-se afirmar que a certeza, muitas vezes traduzida no papel imperativo da sentença diante da adequação do fato à norma, não se restringe a isso, face à necessidade de se formar a convicção do magistrado acerca dos fatos, o que será possível com base no que se pôde comprovar no curso do processo.

Diante dessa abordagem, pode-se entender que é ilusão acreditar que a sentença se baseará na certeza quanto aos fatos, pois, na realidade a decisão utilizará o critério de mera probabilidade que, com base na razoabilidade, foi possível atingir.

Nesse particular, ensina Dinamarco que probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes.¹⁸

Face este entendimento, pode-se observar que a certeza gira em torno do processo de formação da convicção do juiz acerca dos fatos. Esta convicção irá se basear nos motivos que, segundo o entendimento do magistrado, convergem para o seu esclarecimento e para a formação da certeza quanto aos fatos levados a juízo. Logo, a formação da convicção do juiz pressupõe a desconsideração dos motivos divergentes que apenas trazem mais dúvidas acerca dos fatos, não contribuindo para o seu esclarecimento.

Acrescente-se, portanto, que basta o juiz ter alcançado um grau suficiente de convicção acerca dos fatos levados a juízo, e ainda baseando-se em fundamentos de prova e demais argumentos jurídicos, os quais convergem para a maior elucidação desses fatos, para que o juiz, observado os seus critérios de racionalidade e razoabilidade, possa decidir de forma mais justa.

¹⁷DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*. 5. ed, São Paulo. Malheiros, 1996,p.288.

¹⁸DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*. 5. ed, São Paulo. Malheiros, 1996,p.291.

2.1. A participação ativa do juiz no esclarecimento dos fatos em juízo frente aos efeitos negativos do retardamento do processo.

Voltando à questão do ativismo, cabe considerar que, diante da postura ativa adotada pelo juiz no processo, com base na prova colhida nos autos e ainda quando os fatos não lhe parecerem devidamente esclarecidos, ele tem o dever de esclarecê-los, determinando a produção de provas de ofício quando reputar necessárias.¹⁹

O princípio da colaboração intersubjetiva é caracterizado pela cooperação dos juízes e tribunais com as partes, correspondendo ao poder-dever do juiz de perguntar e esclarecer os fatos, objeto da demanda processual.

Com a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, que trataremos mais adiante, e do princípio da colaboração, passamos a aproximar cada vez mais o processo do direito material pretendido, evitando assim, uma inadequação processual que traria incerteza para as partes ao provocar o retardamento quanto à realização do direito material.

Nesse sentido, o que se pretende afirmar aqui é que diante da idéia de que o processo é instrumento voltado para a realização do direito material, o princípio da instrumentalidade das formas aproxima o processo da sua finalidade, tornando-o meio hábil a realizar rápida e efetivamente o direito pretendido pela parte.

Nessa perspectiva, a técnica processual assume grande relevo, em especial quando nos referimos à tutela cautelar que surge como uma proposta de garantia de efetivação de direitos, de modo a afastar um dano capaz de prejudicar a

¹⁹Afirma Luciana Amicucci Campanelli: “O Código de Processo Civil apresenta também algumas cláusulas gerais que, em razão de sua abstração intencional, precisam ser complementadas pelo julgador, exatamente como ocorre com o Código Civil atual.

O art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil é um exemplo, pois traz o conceito aberto ao não definir os atos que o juiz deve praticar para assegurar a igualdade de tratamento às partes. Assim, as ações oficiais no sentido de concretizar a referida isonomia processual acarretam muitas divergências, que servem como verdadeiro estímulo para a não utilização dos poderes judiciais necessários à efetivação do referido mandamento constitucional. A interpretação do dispositivo acima referido deve ser feita à luz do processo civil contemporâneo, sendo a solução da lide de interesse do estado e não apenas dos litigantes. Por este motivo, a participação judicial tem que ser efetiva e não meramente homologatória dos atos praticados pelos contedores. Assim, o juiz no exercício da jurisdição e como representante do próprio Estado, deverá realizar os atos necessários à materialização da isonomia processual, bem como investigar a verdade dos fatos ocorridos, sendo uma forma para alcançá-las, a iniciativa probatória oficial - art. 130 do Código de Processo Civil”). (*Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006. p.59).

pretensão material deduzida em juízo, antes que seja efetivamente satisfeita e ainda assegurando o resultado positivo da decisão a ser proferida no processo principal.

A tutela cautelar, tema que será tratado mais adiante, está relacionada à idéia de tempo razoável, já que, diante da necessidade de transformar a tutela em realização efetiva de direitos, é necessário reduzir o tempo entre a propositura da ação e a satisfação do direito. Dessa forma, o razoável transcurso do tempo não acarretará variações fáticas capazes prejudicar o resultado útil decorrente do processo principal.²⁰

Cabe ressaltar, no entanto, que não se deve hiperdimensionar a malignidade do tempo no processo, atribuindo a este maior carga de responsabilidade por uma prestação jurisdicional ineficiente e, por uma decisão que não decorre de procedimentos justos, uma vez que identificamos várias outras causas da ineficiência da prestação jurisdicional anteriormente citadas.

Diante dessa abordagem, pode-se afirmar que se uma justiça lenta demais resulta numa justiça má, não se pode afirmar que uma justiça muito rápida, necessariamente será uma boa justiça. Nesse sentido, o que se pretende é tornar a prestação jurisdicional melhor do que ela é. Se para isso é preciso acelerá-la, é necessário dar condições para que tal fato aconteça, sem implicar afronta a outros princípios igualmente importantes para uma adequada prestação

²⁰Em passagem da obra de Fernando da Fonseca Gajardoni, o autor afirma que: "Outros ordenamentos europeus tutelam, ainda que em nível infraconstitucional, o tempo no processo. O Código de Processo Civil Português, por exemplo, prevê, expressamente (art. 2.1) que - a proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar". (*Técnicas de aceleração do processo*, São Paulo, Lemos & Cruz, 2003.p.54).

Entende ainda Gajardoni: "Contudo até o presente momento não foi fixado, em nenhum dos ordenamentos jurídicos mencionados, um prazo razoável para a duração do processo, um lapso temporal que possa ser considerado ideal para que o procedimento transite, do começo ao fim, sem dilações indevidas." (*Técnicas de Aceleração do Processo*, São Paulo, Lemos & Cruz, 2003.p.57).

Já o conceito de prazo razoável para a Corte Européia dos Direitos Humanos foi criado pela jurisprudência internacional, à margem das regulações processuais de cada país. Trata-se de critério autônomo, abstrato, não prefixado, de modo que a violação deve ser analisada segundo as circunstâncias do caso concreto. Quatro critérios devem nortear tal análise:

- a) a complexidade do assunto (complex litigation);
- b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores;
- c) o comportamento do órgão jurisdicional; e
- d) a importância do objeto do processo para o recorrente (este, mais como critério de fixação do *quantum indenizatório*)."

(*Técnicas de Aceleração do Processo*, São Paulo, Lemos & Cruz, 2003.p.57-58).

jurisdicional.²¹ Trata-se, portanto, de compatibilizar tempo razoável e técnica procedimental adequados e necessários para o curso regular do processo.

Assim, pode-se afirmar que o direito a uma tutela jurisdicional efetiva abrange o direito à tempestividade, à economicidade e à imparcialidade do juiz, que podem atribuir maior eficiência ao processo, como forma de garantir o seu caráter instrumental e efetivamente promover a aplicação do direito material, dando a cada um o que é seu, da forma mais adequada e célere.

É importante notar que a economia processual está relacionada ao ideário de propiciar às partes uma prestação jurisdicional rápida e mais barata, uma vez que se busca obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividades processuais.

2.2. A postura ativa do juiz como mecanismo de realização do interesse social do processo.

Como expressão do princípio da economicidade, cabe observar o disposto no artigo 130 do CPC, segundo o qual se permite ao juiz, uma vez entendendo ser determinada prova meramente protelatória, dispensá-la, em função da sua inutilidade para o processo ou mesmo para o esclarecimento do caso em tela, expressão do papel colaborador do juiz com as partes, no que tange à realização do interesse social do processo, uma vez que este deverá prevalecer face à realização do interesse particular de qualquer das partes, já que o exercício de atos processuais onerosos, inúteis e desnecessários gera embaraço à rápida solução do litígio e, por sua vez, provoca a demora da prestação jurisdicional.

Cabe ainda observar que, sendo a jurisdição, atividade desinteressada do conflito, tendo por fundamento colocar em prática a vontade concreta da lei dirigida aos sujeitos do processo, o juiz se mantém eqüidistante àqueles, pois o seu compromisso é com a manutenção da ordem jurídica, fundada na realização justa do direito, não tendo, portanto, interesse direto ou imediato na relação

²¹MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: oitava série – São Paulo: Saraiva, 2004. P.5

jurídica material controvertida, expressão da sua imparcialidade diante da causa em juízo. “De tal sorte, a atividade jurisdicional é sempre ato superpartes”.²²

Vê-se que a instrumentalidade é a base para o aprimoramento do sistema processual diante da sua capacidade de aumentar as vias de acesso ao Judiciário com a maior flexibilidade atribuída ao processo e ao juiz, que passa a exercer a sua função de forma mais participativa na instrução do processo e com uma maior liberdade para decidir de acordo com o seu livre convencimento.

Dentro desse contexto, podemos observar que a celeridade e a eficiência, responsáveis pela efetividade da decisão proferida no processo, são elementos capazes de garantir o devido processo legal, permitindo um julgamento rápido e justo.

Vale reiterar a necessidade de se encarar o processo sob um prisma instrumentalista, pois sua principal função é servir como meio de pacificação de conflitos individuais ou sociais, por meio da efetivação do seu objetivo.

A efetividade do processo que aqui nos referimos está relacionada à necessidade de que este processo desempenhe com eficiência o papel instrumental que lhe compete na realização do direito material e, por sua vez, será socialmente efetivo o processo que se mostre apto a satisfazer, com justiça, as aspirações da sociedade.

2.3. A aplicação imediata dos direitos constitucionais garantida pelo artigo 5º, § 1º da Constituição Federal: o fundamental papel do juiz na efetivação deste dispositivo constitucional.

Podemos afirmar: para que o processo possa realmente atingir os objetivos desejados, é importante levarmos em consideração que ele não é um fim em si mesmo e que, portanto, as suas regras não podem se sobrepor ao direito material e às exigências sociais de pacificação dos conflitos fundamentais que regem o instrumento processual.

²²THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro:Forense, 2007. 1v. p.42.

Não se pode associar o processo a um mero ordenamento de atividades, com simples caráter formal, técnico, cujas regras são estabelecidas de forma arbitrária pelo legislador.

Logo, a estrutura técnica do nosso processo civil não se limita a adequar o instrumento processual a um objetivo determinado, mas a partir da visualização da técnica processual e das necessidades do direito material, é marcado pela busca de técnicas capazes de otimizar o processo e permitir que a efetividade ocorra do modo menos gravoso para as partes.²³

Dessa premissa, cabe ressaltar a necessidade de se identificar instrumentos procedimentais capazes de fazer valer o conteúdo da norma contida na constituição, concretizando-a.²⁴

Pelo exposto, observa-se que a Constituição traz dispositivos que buscam reforçar o caráter imperativo das normas voltadas à tutela de direitos e garantias fundamentais quando instituiu no art. 5º, § 1º o princípio da aplicabilidade imediata das normas.²⁵

Trata-se da tentativa de se estabelecer uma relação entre processo e Constituição, no intuito de promover a mais rápida e eficiente realização do que ela assegura, isto é, o direito de acesso ao judiciário e, como decorrência dessa garantia, o dever do Estado de promover a materialização efetiva dos direitos.

Cabe observar que a procedimentalização é o resultado de uma série de mudanças pelas quais o sistema jurisdicional tem passado, sempre voltadas para a modernização do ordenamento jurídico, principalmente quanto ao seu modo de

²³Nesse particular afirma Ingo Wolfgang Sarlet: “em virtude de sua vinculação com a concepção de um Estado social e democrático de Direito, como garante da justiça material, os direitos fundamentais sociais reclamam uma postura ativa do Estado, visto que a igualdade material e a liberdade real não se estabelecem por si só, carecendo de uma realização”. Acrescentando que “os direitos sociais estão vinculados com a necessidade de se assegurar as condições materiais mínimas para a sobrevivência e, além disso, para a garantia de uma existência com dignidade”. (*Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*, in Revista Diálogo Jurídico, ano I, vol. I, nº 1, 2001).

²⁴Nesse sentido, por exemplo, Flávia Piovesan. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.p.90.

²⁵Konrad Hesse abordava a questão da força normativa da Constituição, afirmando que: “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”; aduzindo que “a Constituição transforma-se em força ativa se estas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem”. Concluindo que “pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição”. (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Fabris: 1991. p. 19).

realizar o objetivo expresso pelo próprio dispositivo constitucional em seu artigo 5º, § 1º.²⁶

Não se pode negar, portanto, que diante do que propõe o citado dispositivo, a maneira como o órgão judicial conduz o processo para a sua efetividade social é de grande importância. Neste sentido, a lei concede ao juiz muitas oportunidades para intervir no processo, como forma de atenuar desvantagens relativas às disparidades de armas entre os litigantes, ou seja, proporcionando a ambos igualdade de tratamento para que não incorra na censura de parcialidade.

2.4. A atuação do juiz como pressuposto para a efetividade do processo.

A participação ativa do juiz no processo, caracterizada pela sua colaboração com as partes demandantes para o esclarecimento dos fatos, está presente em vários dispositivos do ordenamento processual alemão, que adota o princípio da colaboração intersubjetiva como fundamento para conceder efetividade ao processo.

O CPC alemão (ZPO – Zivilprozessordnung) ressalta a responsabilidade do juiz pelo esclarecimento dos fatos, que acentua o poder-dever do juiz de incitar as partes a manifestar-se o máximo possível acerca dos fatos, de forma tempestiva, e ainda forçar as partes a suprir as deficiências quanto a procedimentos ou aos dados constantes no processo, indicar provas e ainda formula pedidos cabíveis.²⁷

Trata-se de procedimentos inovadores, ou seja, transformações que atingiram significativamente o papel do juiz no processo que cresceu notavelmente de importância. Acrescente-se a isto, que o processo passou a ser instrumento de exercício do poder estatal eminentemente voltado para o alcance do seu interesse social, que é a solução do conflito, no sentido de efetivar o direito material contido na norma.

²⁶Ingo Wolfgang Sarlet ensina ainda que:“há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, da CF) de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais” (*Os direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*, In. Revista Diálogo Jurídico, ano I, vol. I, nº 1, 2001).

²⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: oitava série – São Paulo: Saraiva, 2004. p.26.

Dentro desse contexto, efetividade configura-se em um mecanismo concreto, viável e eficaz de pacificação social. Assim, considera-se uma justiça efetiva quando o provimento conferido por ela afigura-se contemporâneo à lesão ou à ameaça de lesão ao direito, do contrário perderá a sua utilidade prática.²⁸

A efetividade configurada na prestação célere, eficaz e justa se materializa por meio de decisões judiciais amplas, capazes de tratar das questões da vida concreta e ainda, como bem atesta Cândido Rangel Dinamarco, evitando "o passar do tempo, que realmente é inimigo declarado e incansável do processo".²⁹

Diante dessa abordagem acerca do tempo, da sua relação com a celeridade processual e ainda com o acentuado ativismo do judiciário na elucidação dos fatos, torna-se clara a necessidade de se estabelecer um constante concurso de atividades dos sujeitos envolvidos no processo, criando uma relação de colaboração vivificada pelo diálogo ou ainda pela troca de idéias, sempre no intuito de melhor solucionar o litígio levado a juízo.

CAPÍTULO 3. A interação entre sistemas jurídicos diversos para a construção de um modelo satisfatório de prestação jurisdicional.

Outro ponto que deve ser frisado é que a autonomia do sistema jurídico não pode ser entendida no sentido de isolamento deste diante dos demais sistemas adotados em sociedades igualmente complexas, já que o desenvolvimento de um ordenamento jurídico depende também da observância dos resultados positivos alcançados por novas medidas e procedimentos aplicados em sistemas jurídicos vigentes em sociedades mais avançadas.

É necessário se reconhecer também a importância do direito estrangeiro na modernização do ordenamento jurídico brasileiro, em especial do Alemão e do

²⁸Em importante passagem de sua obra, Fernando da Fonseca Gajardoni assevera: "Com efeito, ao lado da efetividade do resultado, imperioso é também que a decisão do processo seja tempestiva. É inegável "que, quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória, pois um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial do direito; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão. Conforme já se assinalou no passado, para que a justiça seja injusta, não é necessário que atue equivocadamente. Basta que não julgue quando deva."(Fernando da Fonseca Gajardoni, *Técnicas de Aceleração do Processo*, São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p.47.

²⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*.12ªed. revista e atualizada. Malheiros Editora Limitada. São Paulo-SP.2005. p.301.

Português, no que diz respeito à atuação dos juízes no processo. Neste aspecto, em diversos dispositivos do Código de Processo Civil, que serão citados e analisados no decorrer do nosso estudo, o legislador se preocupou em fixar normas que norteiam a atividade dos juízes, o que nos leva a constatar a existência de dispositivos que refletem o princípio da colaboração advindo da Alemanha, mas difundido em diversos outros países como Portugal, que consiste, entre outros fundamentos, no direito de questionar do juiz, ou seja, no seu poder-dever de perguntar no intuito de melhor esclarecer os fatos levados a juízo.

Vale observar que, no nosso entendimento, essa expansão do direito estrangeiro resultou numa sensível influência, no âmbito do direito processual brasileiro, em especial no que se refere ao papel colaborador do juiz que foi responsável pela construção de um novo modelo de prestação jurisdicional, marcado pelo ativismo.

Diante dessa circunstância buscou-se identificar novas alternativas de pacificação justa dos conflitos não apenas retiradas do ordenamento jurídico brasileiro, mas também mediante análise e adaptação dos mecanismos jurídicos adotados em outros ordenamentos.

3.1. O equilíbrio das partes no processo.

Outra questão que deve ser analisada é que, tanto no plano material quanto no plano processual os “interesses” sociais se transformaram em “direitos” sociais, e ainda o avanço quanto a estes direitos não mais se limitava ao seu reconhecimento constitucional, mas passaram a ser objeto de realização processual efetiva da justiça.

Daí a idéia de que o processo tem que ser, para a sociedade, reflexo de um instrumento ágil e confiável de eliminação de litígios, capaz de enfrentar um dos seus maiores desafios, que é o desequilíbrio de forças entre as partes litigantes, a comprometer a igualdade de oportunidades de êxito no pleito.

Nessa concepção, importa ressaltar que a aplicação do princípio do devido processo legal traduzida pela garantia da justa composição do litígio, expressa pela chamada paridade de armas, em que se permite o exercício do contraditório

e da ampla defesa, concede às partes igualdade de tratamento, considerando para isso circunstâncias diferenciadas, como o baixo nível econômico da parte interessada, as inibições psicológicas e culturais que os tolhem, dificultando ainda mais o acesso à justiça. Logo, não é lícito ao juiz desprezar tais diferenças.

Nesse sentido, a maneira como o juiz conduz o processo é de extrema importância para a efetividade social deste. Assim, a lei concede ao juiz muitas oportunidades de intervir no processo, a fim de atenuar desvantagens relacionadas com a disparidade de armas entre os litigantes, como no caso do próprio art. 125 do CPC que prevê os chamados poderes ordinatórios do juiz, por meio dos quais este irá impulsionar o processo, velando pela sua rápida conclusão:

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.

Ressalte-se ainda o disposto no art. 130 do CPC que também pode ser citado como expressão da necessidade de um juiz com uma postura mais ativa no processo, o que deixa clara a necessidade de priorização do interesse social deste, que se expressa na eliminação da situação conflituosa.

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.

Observa-se que houve uma profunda alteração dos procedimentos judiciais além de uma redefinição das atividades atribuídas ao juiz de quem se exige hoje uma participação ativa na concretização das normas, uma postura mais diferenciada no que tange à realização efetiva dessas normas, no intuito de solucionar o caso concreto.

3.2. Os efeitos do modelo de Stuttgart na atitude participativa do juiz no processo.

O poder atribuído ao magistrado não poderá comprometer a sua imparcialidade, que é imprescindível para a obtenção de justiça. Assim, cabe frisar que o juiz não é neutro face à idéia de que diante da situação conflituosa ele adotará uma postura ativa, abandonando a observância da estrita legalidade que até então era regra condicionante da sua atuação e passando a se responsabilizar pelo alcance da finalidade última do processo, que é uma decisão eminentemente justa, e a entrega efetiva do direito ao seu titular.

Trata-se, como se pode observar, de um processo de rejeição gradativa ao Positivismo Dogmático e conseqüente aumento dos poderes de interpretação atribuídos ao juiz.

Numa rápida passagem quanto ao enfoque dogmático do direito, cabe ressaltar que este aspecto do positivismo dogmático é marcado por conceitos fixados, premissas estabelecidas, inquestionáveis, verdadeiros dogmas. Trata-se, portanto, do direito como dogma, algo que é imposto e que, uma vez positivado transforma-se em ordenamento a ser seguido por determinada sociedade.

É significativo registrar a seguinte passagem de Tércio Sampaio Júnior sobre esta questão: “Logo, diante de um posicionamento dogmático, não há questionamentos porque se veicula uma verdade, mas porque ele impõe uma certeza sobre algo que continua duvidoso”.³⁰

Assim, é correto dizer que a dogmática está relacionada à dúvida que, não podendo ser comprovada, transforma-se em imposição de verdade ainda que duvidosa.

Ocorre que, diante do ativismo do judiciário, aos poucos se está abandonando esse dogmatismo, avançando para um sistema processual marcado, principalmente, pelo aumento dos poderes do juiz na direção do processo.³¹

³⁰FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 3. ed. – São Paulo:Atlas, 2001.p.43.

³¹Sobre o assunto, Rui Portanova. *Princípios do processo civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 77-82. Não há que se falar, ademais, em quebra da imparcialidade e da independência judiciais por obra da possibilidade de instrução por iniciativa oficial, como o ambiente social do modelo isonômico chegava a sugerir,

Nesse íterim, pode-se constatar que houve uma mudança na maneira de ver o processo, que passou a ser instrumento não apenas de aplicação rigorosa da norma à situação concreta, mas principalmente em instrumento de aplicação justa dos direitos.

Nessa perspectiva, a faculdade-atribuída às partes e ao magistrado - de intervir ativamente no processo, colaborando com a instrução deste, que é reflexo do princípio da colaboração intersubjetiva, contribui para a formação de um processo mais flexível e ponderado. Dessa maneira, garante-se às partes a possibilidade de atuar no processo, adotando uma postura crítica no exercício do seu direito de contraditório e de defesa e não apenas serem tratados como simples alvos de um pronunciamento judicial.

É fundamental a colaboração das partes com o juiz ativo para a elucidação dos fatos e para o alcance de uma decisão justa, sem que essa atuação do juiz implique parcialidade, já que a liberdade de atuação atribuída ao juiz permite o equilíbrio das partes³² e a garantia de “paridade de armas”, de forma a lhes proporcionar iguais oportunidades de defesa dentro do processo.³³

Pode-se observar que esta afirmação cuida das reformas que continuam trazendo sistemas novos e mais modernos de aplicação do direito, como forma de reduzir custos pela utilização de meios de solução de conflitos mais eficientes, como a criação de novos tribunais caracterizados pela simplificação de procedimentos e maior rapidez na solução dos conflitos, considerando a matéria a ser tratada em juízo, como é o caso dos Juizados Especiais, que ampliam a adoção da oralidade nos seus procedimentos, na tentativa de concentrar o maior número de atos processuais em procedimentos orais.

O Modelo de Stuttgart - adotado no sistema processual alemão - representou mais uma tentativa de modernização do sistema jurídico que tem se transformado em objeto de estudo por outros ordenamentos, inclusive pelo sistema judiciário brasileiro.

O Modelo de Stuttgart propõe o maior diálogo entre partes, advogados e juízes sobre os fatos levados a juízo e sobre o direito relativo a estes fatos, no

porquanto imparcialidade e neutralidade são conceitos que não se confundem. O juiz ativo é o contrário de juiz neutro; um e outro, todavia, podem ser imparciais.

³²BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 96-105.

³³MATTOS, Sérgio. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro:Forense, 2001, p.82.

intuito de acelerar o procedimento e tornar o judiciário mais acessível às pessoas, de forma que as partes em litígio tenham a possibilidade de compreender as decisões e de aceitar, sem recorrer, diante de uma decisão que entenda ser a mais adequada e racional possível.

O Código de Processo Civil alemão (ZPO), no seu § 139 dispõe que:

o presidente deve fazer com que as partes se expressem inteiramente sobre os fatos decisivos (*Erhellliche Tatsachen*) e formulem pedidos úteis e particularmente completem as alegações insuficientes dos fatos invocados e indiquem meios de prova.³⁴

Diante dessas informações, cabe ressaltar que o magistrado deve, se necessário, trazer às partes a situação litigiosa em seus aspectos factuais e jurídicos e ainda, quando indispensável para melhor esclarecer os fatos, fazer perguntas além de, quando necessário, chamar atenção para os meios mais adequados ou úteis a serem utilizados, permitindo aos agentes processuais que formulem perguntas quanto às suas pretensões, procedimento previsto no Código de Processo Civil alemão.

Segundo Lebre de Freitas:

regula a ZPO alemã que o juiz deve, nomeadamente, solicitar o esclarecimento ou o completamento de alegações de fato ambíguas ou incompletas, promover a alegação de todos os fatos relevantes com interesse para a causa, fixar com as partes o sentido dos conceitos de direito por elas utilizados (a fim de determinar divergências que possam levar à necessidade de alegar os fatos que neles se subsumem, pois que, não sendo controvertido um conceito de direito da linguagem vulgar que não constitua do '*thema decidendum*' essa alegação pode ser dispensada), dar a conhecer às partes e com elas discutir as possibilidades de solução do pleito, quer no plano da apreciação da prova, quer no do direito a aplicar (prevenindo assim as decisões-surpresa) e, excepcionalmente, aconselhar as partes à alteração da causa de pedir ou do pedido (de modo a evitar a propositura duma segunda ação). Embora a lei não distinga, para o efeito, entre os processos em que as partes se fazem representar e aqueles em que não se fazem representar por advogado, o dever de perguntar e esclarecer adquire,

³⁴GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*, Apud. Fredie Didier Jr. *Processo civil: Leituras complementares para concursos II*, Jus PODIVM, Salvador: 2004.p. 79-93.

obviamente, mais importância nos segundos. Os limites do dever judicial são controvertidos, mas afirma-se inequivocamente que o juiz não pode assumir o papel de consultor jurídico de uma das partes (não lhe é lícito, por exemplo, aconselhar a dedução da exceção de prescrição). O § 139 da ZPO é corretamente considerado conter um dos aspectos mais importantes do direito processual civil.³⁵

Nesse diapasão, o juiz tem o poder-dever de incitar as partes a complementarem as informações ou ainda produzir novas provas para que, com base nessas informações, possa solucionar o litígio.

Cabe ainda ao juiz esclarecer os fatos associados ao litígio o que se expressa no poder de nomear advogado, quando as partes não estiverem devidamente representadas, colaborando dessa forma para que se solucione de forma correta o conflito, principalmente nas hipóteses em que as partes não tenham produzido as provas necessárias para poder atingir os objetivos efetivos no processo.

Nessa vertente, o juiz, no exercício de seu papel de colaborador no processo, irá alertar ao autor quanto à inconsistência das suas alegações que servem de motivo para o seu pedido.

De outro modo, no que tange ao réu, compete ao juiz alertar que as suas negativas não possuem força suficiente para formar o juízo de convencimento do julgador. Logo, provavelmente, limitando-se a essas alegações, o litígio se dirigirá à procedência do pedido. Nesse sentido, o ativismo se expressa quando o juiz procura fazer com que as partes se pronunciem integralmente sobre os pontos necessários à solução do litígio.

No que se refere à matéria de prova, com base no ativismo do judiciário pode-se afirmar que o juiz tem o dever de advertir o litigante que suporta o ônus da prova que, por exemplo, não pode deixar de trazê-la quando referente a um fato decisivo contestado: efetivamente, as partes - ou seus defensores - têm diante das incertezas a necessidade de trazer concretamente a prova de tal fato da demanda.

A intervenção do juiz não modifica, em princípio, o objeto do litígio, ela pode, apesar disso, ocorrer de forma diferente, até que o juiz incite as partes a

³⁵FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil* – Conceitos e princípios gerais à luz do Código revisto, Coimbra editora, Coimbra: 1996 p. 152.

formular pedidos úteis, pois ele pode aconselhar a parte a modificar seu pedido, se aquele for o único meio para que o autor atinja seu objetivo processual.

Cabe observar, no entanto, que a jurisprudência é bastante cuidadosa ao aceitar uma intervenção persecutória do juiz, pois isto poderia implicar uma afronta ao princípio da imparcialidade, conforme disposto no art. 125, I do CPC, caso ele interfira excessivamente no pedido ou defesa de uma parte.

Dispõe o Art. 125, I do CPC: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

Não podemos deixar de citar o entendimento do italiano Sigismondo Scaccia segundo o qual o processo deverá ser pautado no diálogo, na discussão e na persuasão direcionados ao alcance da verdade provável.³⁶

A constituição alemã (Art. 103), também influenciou esta nova perspectiva atribuída ao processo, quando prevê o papel fundamental do contraditório no processo como sendo um direito a influenciar efetivamente o juízo sobre as questões da causa e sendo ainda responsável pelo incremento dos poderes das partes tornando-o mais cooperativo³⁷ quando nos referimos à elucidação dos fatos e à realização concreta do direito como característica do formalismo-valorativo ressaltado por Carlos Alberto de Oliveira.³⁸

Segundo entendimento desse autor, cabe ao juiz conhecer o direito e investiga-lo de ofício, caso não o conheça, tornando-o também totalmente independente na sua aplicação dos pedidos e alegações das partes a respeito, permitindo-lhe extrair do material fático trazido pelas partes conclusões jurídicas não aportadas por elas aos autos.³⁹

³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo*. Tese (Doutorado em direito) Faculdade de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre:2007.p.61.

³⁷ A respeito do tema, Daniel Mitidiero: *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo*. Tese (Doutorado em direito) Faculdade de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre:2007.p.67 “...tem-se entendido que as partes têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica das questões postas em juízo, mesmo sobre aquelas questões que deve conhecer de ofício. Objetiva-se assim, evitar decisões que apanhem de surpresa as partes, havendo aí evidente concretização da cooperação no processo pela mão do dever de consulta às partes que toca ao órgão jurisdicional, inerente à construção de um processo civil pautado pela colaboração”.

³⁸ No mesmo sentido, Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 88-89.

³⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, *O juiz e o princípio do contraditório*. Revista de Processo, São Paulo, nº 71, 1993, p. 235-236.

É evidente a tendência ao incremento dos poderes do juiz nas reformas do nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, um sistema processual se revelará socialmente efetivo, quanto maior for o empenho dos juízes em fazê-lo funcionar nessa direção.

Capítulo 4. A influência dos procedimentos orais no processo.

O tribunal tem o dever de esclarecimento, no entanto, este dever vem acompanhado de um direito de questionar em razão da necessidade de esclarecimento dos fatos no intuito de alcançar a solução concreta do litígio.

É importante deixar claro que o dever de esclarecimento do juiz não significa o fim do princípio dispositivo, pois o tribunal não pode, livremente, introduzir fatos e provas novos, no entanto, ele tem o direito de solicitar às partes que completem informações ou provas a partir dos fatos alegados por elas.

O Código de Processo Civil alemão, no seu § 139 (ZPO) dispõe:

§ 139 — CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados.⁴⁰

Observe-se que a lei se refere ao princípio da colaboração, em que o juiz se propõe a discutir com as partes as matérias fáticas e jurídicas necessárias ao deslinde da causa.

Não obstante o disposto no § 139 da ZPO, cabe consignar que ao juiz é oportuno assegurar que as partes se pronunciem e apresentem os respectivos

⁴⁰PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Pode o juiz considerar na sentença matéria de direito ou fato não alegada pelas partes sem observar o contraditório substancial?* Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5. nº 206. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1650> Acesso em: 21 jun. 2007.

articulados sobre todos os fatos relevantes da causa e, em especial, que completem as deficiências dos fatos descritos, indicando os meios de prova. Para este fim, deve, na medida do necessário, ouvir as partes sobre matéria de fato e de direito, sobre a relação controvertida e fazer perguntas.

4.1. A oralidade no sistema jurisdicional de Stuttgart.

Importa frisar que o direito processual civil brasileiro realizou notável progresso no âmbito da adoção do princípio da oralidade, no entanto, este avanço ainda se mostra tímido, pois os juízes, muitas vezes, reduzem a importância do citado princípio a limitadas perguntas, dirigidas aos advogados e às partes, restringindo sobremaneira o papel do magistrado como controlador do processo.

Ocorre que, com essa postura, o juiz mantém a passividade diante da persecução jurisdicional, tendente a solucionar os litígios com base unicamente nas provas trazidas ao processo como fundamento do princípio da “verdade formal”.

Nesse contexto, vale ressaltar que o modelo de prestação jurisdicional alemão que tem o princípio da oralidade como elemento prioritário na solução rápida do conflito, foi responsável por uma mudança nos mecanismos de instrução processual, ampliando os poderes do juiz a quem se permitiu determinar a produção de todas as provas necessárias para a fundamentação da sua decisão, seja juntando documentos, seja ouvindo as partes, para melhores esclarecimentos quando houver dúvidas acerca dos fatos.

O modelo de Stuttgart prioriza um só julgamento oral, neste sentido, todas as provas deveriam ser apresentadas em um só momento, forçando o réu a se defender em tempo hábil de forma a simplificar o processo, reduzindo o prazo de conclusão do mesmo.

Com a simplificação do processo, cabe ao juiz a fixação dos limites temporais para a realização dos atos das partes e das audiências, podendo ainda

convidá-las a completar ou corrigir as suas alegações, o que permite um contato direto e oral entre o juiz e as partes no ato de esclarecimento dos fatos.

4.2. A justiça na aplicação racional da norma.

No que se refere ao conceito de justiça, vale observar o posicionamento adotado por Mauro Cappelletti em sua obra “Acesso à justiça”, onde ele afirma que justiça deixou de ser a mera aplicação da norma positiva tida como correta aos fatos, passando a significar a busca de procedimentos capazes de proteger os direitos das pessoas⁴¹.

Trata-se de uma mudança de valores atribuída ao direito que, até então, era marcado pela adequação pura da norma ao caso concreto levado a juízo.

Diante do que foi abordado, fica evidente que a atividade do juiz no exercício da prestação jurisdicional não pode se limitar ao simples reconhecimento de um direito, de modo que a função de julgar não seja unicamente uma declaração pura da lei. Trata-se, na realidade, do exercício de uma atividade que é, acima de tudo, realizadora do direito garantido pela norma.

Há, portanto, uma estreita relação entre o papel ativo do juiz com a necessidade de aceleração do processo diante da sua função social.

As reformas adotadas no sistema judiciário brasileiro têm promovido a adoção de procedimentos mais simples e o surgimento de julgadores menos tradicionais, fatores essenciais para que se alcancem mais rapidamente os resultados pretendidos quando da aplicação da norma ao caso concreto analisado em juízo.

Um sistema que tem como pressuposto básico de justiça a aplicação racional da norma positiva ao caso concreto, analisando cada caso, de acordo com as suas particularidades e destinado a servir às pessoas envolvidas no processo, que deverá ser marcado pela celeridade e pela informalidade, não deixando de reconhecer que a forma é essencial para o regular andamento do processo e para se atribuir segurança jurídica a este, questão que será analisada mais adiante.

⁴¹CAPPELLETI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução, Ellen Gracie Northfleet, editora Sergio Antonio Fabris Editor. São Paulo: 2002.p. 93.

Importa ainda observar que a eficiência da prestação jurisdicional será possível mediante a atuação de juízes ativos, isto é, com novos perfis, embasados nos seus conhecimentos técnicos, jurídicos e, acima de tudo morais, dada à diversidade de situações litigiosas complexas a serem analisadas diariamente pelo magistrado.

Capítulo 5. A finalidade do instrumento processual face à postura colaboradora do juiz.

A forma de atuação do juiz, na dinâmica do processo, é fator condicionante do sistema judicial de determinada sociedade.

Em um primeiro momento, é importante considerar que esse papel ativo do juiz no processo está relacionado à idéia de instrumentalidade. No entanto, cabe observar que o termo “instrumentalidade”, que se pretende ressaltar aqui, relaciona-se à forma de exercício da jurisdição pelo juiz no processo.

Averbe-se de início que, conforme entendimento de Dinamarco, o processo é instrumento que se legitima em função dos fins a que se destina.⁴² Observe-se que o processo existe em função dos seus propósitos norteadores, que consiste na realização justa dos direitos e será mais ou menos útil na consecução destes objetivos conforme a conduta dos agentes estatais que o utilizam. Logo, as formas constituem um instrumento a serviço dos objetivos.

Nesse aspecto, é interessante destacar que os fins do processo têm mais importância do que o processo em si como meio; portanto, não cabe nulificar um ato viciado de plano, quando o objetivo visado houver sido alcançado.

5.1. O juiz ativo e a instrumentalização do processo.

Deve ser consignado que as regras formais do processo não têm um valor absoluto que sobrepuje o do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos.

⁴²DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ªed. revista e atualizada. Malheiros Editora Limitada. São Paulo-SP:2005. p.182.

Assim, pode ser afirmado que o processo, enquanto instrumento formal, não constitui um fim em si mesmo, mas está voltado à sua efetividade, esta entendida, conforme Dinamarco, como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político.⁴³

Embora o autor reconheça a importância das regras formais do processo como “penhor de segurança para os contendores”, a petição inicial, a citação, intimação, contestação entre outros procedimentos indispensáveis à condução do processo até a decisão final, deve-se extrair do sistema jurisdicional todo o proveito que ele possa oferecer, considerando as formas apenas como meios pré-ordenados aos objetivos específicos, no intuito de acabar com as insatisfações geradoras dos conflitos.

Neste sentido, reza o art. 154 do CPC: “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

Há uma tendência em aproximar o processo e o direito nele controvertido, devendo aquele estar “a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica” como bem afirma Chiovenda.⁴⁴

Diante dessa abordagem, vale reiterar que, para o processo atingir os objetivos a que se destina é importante levarmos em consideração as suas regras, as quais não podem se sobrepor ao direito material e às exigências sociais de pacificação dos conflitos fundamentais que regem o instrumento processual.

Além do mais, é importante destacar que o processo precisa seguir uma ordem determinada, de forma a impedir que eventuais excessos de uma das partes possam atingir direitos constitucionalmente assegurados à outra e não se transforme num entrave à efetivação da justiça. Posto que, sem normas que direcionem e disciplinem os atos processuais, o litígio se transformaria numa

⁴³DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. Revista e atualizada. Malheiros Editores Ltda. São Paulo-SP. 2005.p.326.

⁴⁴CHIOVENDA Giuseppe. Livro de Teses – Cível. Ministério Público e a Cidadania Plena. Recife: 2001. p.297.

disputa desordenada, podendo inclusive prevalecer arbitrariedades e parcialidade do órgão institucional⁴⁵.

Acresce ainda que, face à importância do ativismo do juiz no processo frente à problemática do tempo, não se pode deixar de associar o princípio da liberdade das formas com o papel assumido pelo juiz dentro da relação processual, mais aberto ao diálogo com as partes no intuito de melhor instruir o processo para decidir da forma mais justa possível.

Assim, como manifestação do princípio da instrumentalidade, uma vez inobservada a forma, mas atingido o seu fim, o ato não será desconsiderado, uma vez estando sob a égide de um ordenamento que, em sua essência, busca ser eminentemente eficaz na concretização da justiça.

5.2. A eficiência da prestação jurisdicional decorrente do mecanismo da colaboração no processo.

Diante do exposto, pode-se considerar que o papel do juiz no processo tem extrema relevância no alcance da sua finalidade, face à realidade vivenciada pelo nosso sistema jurisdicional marcado pela morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia das decisões.⁴⁶

⁴⁵Como bem destaca Cândido R. Dinamarco: “o processo aparece como algo sem o qual não terá vida prática o direito substancial, na sua imposição concreta e efetiva”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ªed. revista e atualizada. Malheiros Editora Limitada. São Paulo-SP.2005. p.252.

⁴⁶Gajardoni chama a atenção para a importância da mudança do perfil do operador jurídico ao afirmar: “Três ordens de idéias devem ser trabalhadas, quando se pretende identificar as modificações no perfil do operador jurídico que interessam aos propósitos aceleradores do presente estudo. A primeira delas refere-se à tormentosa questão da preparação do profissional *nos bancos escolares, nas faculdades de direito*. Já tivemos a oportunidade de concluir que ao revés de darem aos bacharéis de direito uma formação humanista consistente, habilitando o profissional para o entendimento das transformações sociais, políticas e econômicas, possibilitando-lhe um distanciamento crítico, uma conscientização de suas funções nessa sociedade em constante mutação, marcada pelo descompasso entre igualdade econômica, as faculdades de direito ainda zelam por uma formação puramente contenciosa-normativista-formalista de seus alunos, preocupadas com o ensino eminentemente técnico (...). A segunda ordem de idéias seria referente à *conscientização dos advogados a respeito da importância de seu papel na luta de um processo mais célere*. Seja na atuação em si considerada, seja na fiscalização da atividade judicial, o advogado deveria (em um modo ideal), ao lado do juiz, ser o principal guerreiro na luta contra a eternização das demandas. (...)Finalmente, uma terceira ordem de idéias que deve ser encadeada na alteração do perfil dos profissionais jurídicos é a *conscientização dos juízes do primordial papel que têm no oferecimento de uma tutela jurisdicional tempestiva*.(...) O juiz deve estar cômico que distribuir justiça não é somente oferecer uma decisão com grande qualidade intrínseca, mas também uma decisão tempestiva, efetiva, com qualidade extrínseca e que possa, realmente, recompor a situação lesionada.(GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Técnicas de Aceleração do Processo*, São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p.92,93,94,95).

Nesse contexto, compete ao Estado, como detentor da jurisdição, não apenas garantir a tutela jurídica de direitos, instituindo o processo e assegurando o direito de ação, mas identificar mecanismos mais eficientes de solução dos conflitos.

Um desses mecanismos que passou a ser adotado em nosso ordenamento jurídico e que demonstra resultados positivos no que tange à eficiência na prestação jurisdicional é a oralidade como reflexo do princípio da colaboração.

Com base nesse princípio o juiz passou a assumir uma maior responsabilidade quanto à construção do ato decisório face à sua nova postura colaboradora na instrução do processo. Com esta percepção, a legislação processual passou a admitir a concessão de medidas judiciais aptas a promover a maior eficiência na prestação jurisdicional.

A priorização da oralidade, da concentração dos procedimentos e do contato imediato entre juiz, partes, testemunhas e demais intervenientes no processo foram inovações que revolucionaram o sistema processual, inicialmente na Europa e, atualmente, no Brasil.

Hoje já se admitem condutas mais ativas do juiz no sentido de promover uma melhor persecução da “verdade” dos fatos, possibilitando a tomada de decisões mais justas e racionais.

Ao juiz incumbe dirigir o processo, de tal maneira, que se torne útil para aqueles a quem se destina servir. Neste aspecto, vê-se claramente uma tendência atual em reforçar os poderes do juiz no processo, o que tem que ser visto como instrumento de boa prestação jurisdicional, tendo como um dos primeiros reflexos dessa mudança a duração dos processos, já que tudo se volta para que este não se delongue mais do que o necessário.

O modelo Stuttgart (alemão), que entendemos ter trazido grande influência para o nosso ordenamento jurídico, é voltado para um processo movido pela proximidade entre juiz e partes. O diálogo passa a integrar a relação processual, o que foi responsável pela maior agilidade na solução dos conflitos, tornando-se mais comum a solução amigável dos litígios, fato que valorou sensivelmente o princípio da oralidade no processo.

O princípio prevê ainda a possibilidade de solução do pleito mediante o diálogo entre partes e juiz, no intuito de discutir a melhor maneira de solucionar o

conflito, muitas vezes até aconselhando as partes a modificarem a causa de pedir ou pedido, quando este poderá implicar um meio meramente protelatório ao andamento do processo, não contribuindo para a solução justa da demanda.

No mesmo sentido, o princípio da colaboração ou cooperação português significa o aumento dos poderes do juiz no processo, que deixa de ser mero espectador e assume uma postura mais ativa, no que diz respeito à instrução do processo, à solicitação de esclarecimentos ou complementação das alegações que considera ambíguas ou incompletas.

O modelo de Stuttgart e o princípio da colaboração, a nosso ver, têm integrado ao nosso ordenamento jurídico dispositivos que prezam pela liberdade de atuação do juiz e atribuição de maiores poderes a este, no que tange à própria instrução do processo, além de terem contribuído para a modificação da sua postura diante das partes envolvidas na demanda, no intuito de assegurar a utilidade do seu resultado.

5.3. O ativismo e a indeclinabilidade do juiz.

Nesse particular, outra questão que merece ser frisada é que se o dever de viabilizar o acesso de todos à justiça cabe ao Estado, é necessário prever procedimentos diferenciados e adequados, capazes de proporcionar a todos uma decisão que mais se aproxime dessa justiça, principalmente para aqueles que têm dificuldades para enfrentar as formalidades do procedimento comum.⁴⁷

São diversas as situações carecedoras de proteção jurisdicional. Se não houver fatores de compensação, tais como: um juiz bastante ativo ou técnicas processuais mais modernas e diferenciadas, os autores, ao intentarem uma ação, sentirão a falta de uma espécie de auxílio que lhes poderá ser fundamental para serem bem sucedidos.

Segundo o entendimento de Anna Cândida da Cunha Ferraz, a inércia constitucional estará configurada quando há inatividade consciente na aplicação da Constituição, ou seja, quando uma disposição constitucional deixa de ser

⁴⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. GENESIS – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba. (28), abril/junho de 2003.p. 307.

plenamente aplicada por falta de atuação do poder competente para esse fim, por um tempo mais ou menos longo.⁴⁸

Observe-se que se trata de base do princípio da inafastabilidade, que consiste em responsabilidade atribuída àquele que tem o dever de observar e aplicar a norma jurídica como uma forma de impedir a violação de direitos ameaçados, alguns erigidos como fundamentais pela própria Constituição.⁴⁹

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, expresso pelo artigo 5º, XXXV da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, indica ao mesmo tempo o monopólio estatal na distribuição da justiça e o amplo acesso de todos à referida justiça.

Cabe observar, no entanto, que o acesso aos tribunais não se limita ao poder de movimentar a jurisdição por meio do direito de ação ou ainda mediante o direito de defesa, significando também que o processo deve se desenvolver de forma que assegure às partes o direito a uma solução justa de seus conflitos, que se viabilizará com a sua plena participação. Esta participação significa: direito de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem no convencimento do juiz entre outros procedimentos que resultam na garantia do devido processo legal, previsto no inciso LIV do artigo 5º, e que são reforçados

⁴⁸FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 218.

⁴⁹Não podemos deixar de frisar o entendimento de Canotilho ao afirmar que: As correntes interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos. O interpretativismo, embora não se confunda com o *literalismo* – a competência interpretativa dos juízes vai apenas até onde o texto claro da interpretação lhes permite -, aponta como limites de competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador. Estes limites são postulados pelo princípio democrático – a <<decisão judicial>>não deve substituir a decisão política legislativa da maioria democrática -, isto é, o papel da *rule of law* não pode transmutar-se ou ser substituída pela *law of judges*(...) De um modo geral, as posições não interpretativistas defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem <<valores e princípios substantivo>> - princípios da liberdade e da justiça – contra actos da responsabilidade do legislativo em desconformidade com o <<projecto>> da constituição. Para os defensores do sentido substancial da constituição deve apelar-se para os *substantive values* – justiça, igualdade, liberdade – e não apenas e prevalentemente para o princípio democrático, a fim de permitir aos juízes uma competência interpretativa. Na performativa formulação de um dos autores mais representativos de <<significado substancial da constituição>> - R.Dworkin, os pontos de partida são os seguintes: (...) (3) – de resto, a interpretação substancial da consituição deve perspectivar-se em moldes diferentes dos proclamados pelas teorias interpretativistas: direito não é apenas o <<conteúdo>> de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por prncípios jurídicos abertos como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade. A mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juízes.(...) Uma interpretação objectiva, previsível, democrática, vinculada às regras precisas da constituição é o tema do interpretativismo; uma interpretação - dizem os não interpretativistas – de uma constituição concebida como projecto de ordenação inteligível e susceptível de consenso, dirigida ao futuro, formada por regras concretas e princípios abertos e valorativos, dotada de lacunas e incompletudes, é necessariamente um processo de argumentação principal e objectivante, juridicamente concretizadora, a cargo de uma instância jurisdicional. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Revista. Livraria Almedina. COIMBRA: 1993. p.197-200.

mediante o contraditório e a ampla defesa conforme disposto no LV do mesmo artigo.

Todos os ordenamentos jurídicos necessitam de mecanismos processuais mais céleres, efetivos e com custos mais reduzidos. Neste particular, como já foi abordado, quem mais sente os efeitos de um sistema processual deficiente é a classe mais pobre, enquanto que as maiores vantagens acabam pertencendo aos grandes grupos organizacionais ou ainda a quem detém melhores condições financeiras, pois têm condições de utilizar melhores mecanismos judiciais.

Cabe ainda ressaltar, que as reformas do CPC buscam atender às exigências não só dos juristas, mas também pretendem acompanhar a tendência da sociedade em geral, já que o código não pode ficar à margem das mudanças que, constantemente, vão acontecendo no modo de agir e de pensar das pessoas. Logo, o nosso sistema jurisdicional deverá estar apto a acompanhar tais mudanças, no sentido de trazer procedimentos novos voltados à tutela e efetivação dos direitos.

5.4. A colaboração do juiz e o acesso à justiça.

O sistema jurisdicional moderno passou por paulatinas mudanças, buscando adaptar-se às novas exigências da sociedade que necessita de processos mais céleres e econômicos, na tentativa de resolver a sua justa insatisfação com a morosa e tradicional prestação jurisdicional já que não consegue compreender o porquê de um sistema o qual permite que, mesmo vencedor numa ação, o demandante não consiga efetivar concretamente o seu direito.

O art. 5º, inciso XXXV da CF, a que já nos referimos, consagra ainda o princípio constitucional do acesso ao judiciário que dispõe :“Não pode a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”.

Trata-se do direito de acesso efetivo à justiça, que tem sido progressivamente reconhecido como sendo de grande importância entre os direitos fundamentais, mantendo uma estreita relação com outro princípio já tratado anteriormente e de igual importância, que é o princípio da inafastabilidade ou indeclinabilidade, segundo o qual o juiz não poderá deixar de atender a quem venha a juízo trazer uma pretensão fundada no direito e pedir proteção para a lei.

Lodo, dispõe o art 126 do Código de Processo Civil que não se permite ao juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, recusar-se a proferir decisão.

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.

O direito de acesso à justiça e o princípio da indeclinabilidade asseguram não apenas o acesso ao judiciário e uma decisão efetiva; tais princípios garantem o direito a uma decisão proferida por um juiz independente e imparcial possibilitando, dessa forma, alcançar uma sentença mais justa.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o processo é o instrumento, é a técnica utilizada como forma de inibir os ilícitos cometidos contra os direitos fundamentais ou para a garantia de materialização destes.

Ocorre que, se o processo não demonstra capacidade de viabilizar uma tutela inibitória diante de tais ilícitos, estaremos diante de uma negação ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Observe-se que o juiz não deve se limitar à mera aplicação da norma contida na Constituição sem interpretá-la ou sem analisar cada situação concreta, como expressão de uma postura positivista, procedimento hoje contestado por doutrinadores e demais aplicadores do direito.

Diante da nova dinâmica de exercício da atividade jurisdicional voltada para a produção efetiva e imediata de resultados, o juiz deverá adotar uma nova postura diante dos fatos levados a juízo, como reflexo do seu papel colaborador na solução útil do conflito.

5.5. Efetividade do processo e a concretização de direitos.

Cumprir observar, portanto, que se tornou essencial a descoberta de medidas que promovam a efetiva proteção dos direitos considerados fundamentais ao homem, mais importante do que a própria fundamentação desses direitos, como é o entendimento dos jusnaturalistas.

Numa breve abordagem histórica, cabe destacar que os jusnaturalistas acreditavam na idéia de que ao acumular e elaborar razões e argumentos, encontraríamos um fundamento único, absoluto e inquestionável dos direitos do

homem.⁵⁰No entanto, o termo “direitos do homem” é muito vago, pois não especifica claramente quais são esses direitos. Desse modo, cada intérprete irá atribuir um valor aos direitos questionados, de acordo com as suas aceções. Logo, o valor que se atribui à norma não estará livre de sofrer a influência advinda da ideologia assumida pelo intérprete, levando em consideração as suas experiências, preconceitos, complexos etc.⁵¹

Qualquer definição seria insuficiente para identificar precisamente os direitos fundamentais do homem, pois estes direitos se modificam de acordo com o seu momento histórico e de acordo com as exigências da sociedade. Desse modo, há direitos considerados fundamentais para determinada civilização em uma época específica, mas que não têm esse caráter essencial para uma outra sociedade ou em uma época diversa. Trata-se de direitos historicamente relativos, pois estão sujeitos a alterações na medida em que as condições históricas também se modificam.

Hoje, o que se observa é que não se trata apenas de direitos fundamentais à vida, à liberdade e à segurança, mas também de direitos à alimentação, ao trabalho, ao lazer, à cultura, à democracia e ao desenvolvimento.

Tornou-se, portanto, evidente, que ainda que se tenha uma regra constitucional que reconheça a aplicabilidade de um direito, a prática vai de encontro a essa afirmação, o que exige do Poder Judiciário uma atuação mais direta no sentido de sancionar o seu descumprimento. Por conseguinte, mesmo que a lei seja omissa na materialização do direito em algumas situações, faculta ao juiz suprir essa omissão da lei.

É preciso romper com as formas atrasadas e conservadoras de prestação jurisdicional e buscar adequar o sistema processual às necessidades do direito material, que requeira soluções mais rápidas, mas que não exige sacrifícios indevidos da posição de um dos sujeitos envolvidos na relação processual⁵².

⁵⁰Georges Ripert, em entendimento contrário, frisou: “ o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo”.(Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, pág 234. Apud. ACIOLI, José Vladimir da Silva, Subtema II – Tese 65, O Sigilo no Inquérito Civil e a Efetivação da Cidadania Plena. Livro de Teses – Cível, Ministério Público e a Cidadania Plena, Recife – PE, 2001. pág. 543.

⁵¹BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 15-24.

⁵²BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Garantia da amplitude de produção probatória*, 1. Direito Constitucional de Ação, Coordenador :Jose Rogério Cruz e Tucci, Garantias Constitucionais do Processo Civil), capítulo 5, p. 165. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2005.

Observe-se que se trata de um processo de modernização gradativa do ordenamento jurídico vigente, que se torna alvo de posicionamentos cada vez mais críticos acerca da sua aptidão para realizar direitos e garantias, cuja concretização imediata se encontra expressamente prevista na norma constitucional, em que pese o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal.

Como adverte Barbosa Moreira, “toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca”.⁵³

Ademais, pode-se afirmar que o caminho para a imediata realização dos direitos é a flexibilização do processo, no sentido de promover o melhoramento da prestação jurisdicional.

Logo, apenas se viabilizará a realização efetiva do ideário que serviu de inspiração para a elaboração da Constituição traduzidos em direitos, como: igualdade, justiça, acesso ao judiciário. Quando não, apenas que o sistema jurisdicional se ajuste ao operador do direito, mas que este se mostre disposto a acompanhar as mudanças, atendendo às exigências de um novo sistema jurídico mais flexível e rápido no exercício da prestação da atividade jurisdicional.

CAPÍTULO 6. A materialização justa dos direitos como resultado da colaboração das partes na decisão do juiz.

Podemos notar, diante do que foi até então abordado, que a utilidade do processo no que diz respeito à realização efetiva do direito pretendido pela parte passa por um estudo acerca da conduta do julgador na condução do processo e das partes, no que tange à sua colaboração para a mais rápida e justa solução do conflito levado a júízo.

O ordenamento processual não pode regular a instrução probatória concentrando esta responsabilidade exclusivamente na figura do juiz ou das partes. É necessário que se conceda espaço para que o juiz e também as partes atuem no processo, no sentido de participar ativamente da instrução deste e,

⁵³TUCCI, José Rogério Cruz e, Garantia do Processo sem dilações indevidas, 1. *Efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional*. (Coord.) Jose Rogério Cruz e Tucci, Garantias Constitucionais do Processo Civil, capítulo 8,p. 235, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

conseqüentemente, contribuindo para um resultado útil na realização efetiva do direito pretendido.

Cabe ressaltar que já está ultrapassada a idéia de um juiz passivo, que se atém a construir a sua convicção unicamente com base nas provas acerca dos fatos trazidos pelas partes a juízo, servindo, portanto, de fundamento para sua decisão.

Consiste em fator fundamental para que se profira uma decisão eminentemente racional e mais justa, que se outorgue ao juiz amplas faculdades de controle da atividade probatória.

O juiz deve demonstrar boa vontade em analisar as controvérsias que tem que enfrentar, criando mais oportunidades de participação das partes que são os maiores interessados na resolução do litígio, sem falar no juiz como representante do órgão estatal que tem todo o empenho em realizar o interesse público, o que está representado numa decisão resultante de uma repartição de atribuições entre partes e juiz na atividade instrutória e, conseqüentemente, numa atuação conjunta onde tanto o juiz quanto as partes participam da construção do ato decisório.

Ainda dentro da ótica do ativismo, além do que já constatamos acerca da importância do aumento dos poderes do juiz no processo, há que se observar os papéis cabíveis às partes na atividade instrutória, pois como já consideramos, se a intenção é atribuir maior eficiência à prestação jurisdicional, o ordenamento processual não pode regular a instrução probatória concentrando esta responsabilidade exclusivamente na figura do juiz ou das partes.

Nesse sentido, cabe observar que a participação na instrução processual-face ao ativismo do judiciário-deve ser tanto do julgador, que irá proporcionar mais oportunidades de atuação das partes no esclarecimento dos fatos, indicando às partes inclusive as questões que ainda se mostram imprecisas, ou ainda indicando o meio mais adequado à solução mais rápida da demanda, quanto das partes já que o dever de esclarecimento implica um dever recíproco, tanto do juiz ou tribunal perante as partes quanto destas perante aqueles, sempre no intuito de somar elementos indispensáveis para uma sentença justa e adequada ao direito pretendido.

O culto à oralidade subsistiu ocupando posição de destaque na instrução processual, pois inspirado na sua pretensa superioridade prática, no que tange ao objetivo maior das reformas dirigidas ao processo, que é a eficiência, consiste em fator fundamental para acelerar o exercício dos atos processuais dirimindo os efeitos do tempo no processo.

6.1. Dos deveres do juiz no processo como expressão do princípio da colaboração intersubjetiva.

O bom resultado do processo depende muito da cooperação das partes e o juiz espera delas a contribuição para a consecução do objetivo do processo.

Cabe citar aqui o sistema adotado no ordenamento jurídico português segundo o qual a cooperação intersubjetiva se configura em quatro deveres essenciais do tribunal/juiz no processo, quais sejam: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consultar as partes e dever de auxiliar as partes.

No intuito de evitar que pela falta de informação ou esclarecimento quanto às dúvidas que tenha acerca dos fatos, o juiz profira uma decisão inadequada ou injusta, o esclarecimento surge como um dever recíproco do juiz ou tribunal perante as partes e destas perante eles. Neste sentido, cabe observar o disposto nos artigos 266, nº 2 e 266, nº 3 do CPC português:

Art. 266, nº 2 do CPC português: o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir qualquer das partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

Art. 266º, nº 3 do CPC português: as pessoas às quais o juiz solicita o esclarecimento são obrigadas a comparecer e prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, salvo se tiverem uma causa legítima para recusar a colaboração requerida. Deve-se considerar legítima a recusa baseada em qualquer das circunstâncias do art.º 519º, nº 3 do CPC português.⁵⁴

⁵⁴GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*, Apud. Fredie Didier Jr. *Processo civil: Leituras complementares para concursos II*, Jus PODIVM, Salvador: 2004.p.84.

Cabe observar que, no primeiro artigo, não obstante a existência da expressão o juiz “pode” a qualquer altura do processo...; não se trata de uma faculdade, já que configura-se dever do Estado-juiz prezar pela realização do interesse social do processo com fundamento no sistema de paridade de armas. Logo, as partes terão as mesmas oportunidades de defesa e contraditório no processo de forma a solucionar o litígio dentro dos parâmetros de justiça.

Com base no segundo artigo, pode-se afirmar que se trata de dever das partes comparecerem e prestarem os esclarecimentos que lhes forem solicitados pelo juiz acerca dos fatos levados a juízo, salvo se houver um motivo legítimo para a recusa de colaboração.

As circunstâncias que legitimam a recusa de colaboração das partes ao juiz estão baseadas no art. 519, nº 3 do CPC português.

ARTIGO 519.º
(DEVER DE COOPERAÇÃO PARA A DESCOBERTA DA VERDADE)

1. Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspecções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados.

3. A recusa é, porém, legítima se a obediência importar:

- a) violação da integridade física ou moral das pessoas;
- b) intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações;⁵⁵
- c) violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no nº 4.

Logo, a parte financeiramente mais desprovida de recursos e, dessa forma, sem condições de contratar melhores escritórios de advocacia, terá como reduzir a distância que se instaura entre esta e a parte mais forte e melhor assistida quando se trata de suprir as despesas de um processo, quanto ao pagamento das suas custas, honorários de advogado, permitindo o equilíbrio de forças nesta disputa.

⁵⁵CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, atualizado até 2006 (incluindo Dec.-Lei n.º 38/2003, de 8/03 (Reforma da Acção Executiva) e o DL 199/2003, de 10/09, o DL 324/2003, de 27 de dezembro, o DL 53/2004, de 18 de março, a Lei 6/2006, de 27/02, a Lei 14/2006, de 26/04, e, finalmente, o DL 76-A/2006, de 29/03). <http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>.

Diante de um juiz mais atuante e mais interessado no esclarecimento dos fatos que motivam a pretensão da parte, estaremos também diante de alguém comprometido com a finalidade social do processo, que é a solução equilibrada e justa do conflito.

6.2. Da identificação do princípio da colaboração intersubjetiva no Código de Processo Civil brasileiro.

Apesar de não haver no nosso ordenamento jurídico previsão expressa da existência do princípio da Colaboração como mecanismo de instrumentalização do processo, não se pode deixar de identificar dispositivos integrantes do nosso Código de Processo Civil que, implicitamente, ratificam o papel colaborador do juiz com as partes no processo.

Um dos instrumentos que anunciam o princípio da colaboração é o interrogatório, posto que traduz a pretensão colaboradora do juiz, marcada pela sua participação ativa no ato de questionar para se esclarecer, promovendo o equilíbrio de posições das partes no processo.

Além do interrogatório, podemos citar também como expressão do dever de esclarecimento do juiz, o disposto no artigo 340, I do CPC brasileiro que prevê o dever da parte de comparecer em juízo para responder ao interrogatório do juiz, este último, podendo determinar o seu comparecimento em qualquer momento do processo, quando tal procedimento for indispensável para o esclarecimento dos fatos questionados em juízo.

Art.340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte:

I – comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

Ainda quanto ao dever de esclarecimento das partes, dispõe o art.342 do CPC brasileiro que, ao juiz de ofício e em qualquer momento do processo, permite-se determinar o comparecimento pessoal das partes, no intuito de interrogá-las acerca dos fatos envolvidos na causa.

Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Cabe ainda observar que o dever de esclarecimento do juiz não poderá fugir à sua finalidade que é “esclarecer” para julgar com justiça o processo.

Quanto aos dispositivos processuais que embasam o princípio da colaboração, vale citar o artigo 130 do CPC, que trata do dever do juiz de colaborar com as partes no esclarecimento dos fatos no processo, no momento em que se admite a produção de provas de ofício, dispensando, quando necessário, as questões meramente protelatórias, ou seja, que não contribuem para a solução do conflito.

Art. 130. Caberá a juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

O artigo 131 do CPC também constitui meio hábil a propiciar ao juiz o esclarecimento junto às partes para julgar, considerando que este julgamento deverá estar fundado no livre convencimento motivado deste, acrescentando ainda que o juiz não poderá se recusar a esclarecer e decidir justificando-se, unicamente, pela dúvida e incerteza, o que nos reporta ao princípio da indeclinabilidade do juiz e ainda ao princípio do acesso à justiça.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Como expressão ainda mais evidente da presença do princípio da Colaboração, no nosso Código de Processo Civil, é o que dispõe o artigo 339, segundo o qual, todos têm o dever de colaborar com o Poder Judiciário para a descoberta da verdade.

Outro dever atribuído ao tribunal/juiz no processo é o dever de prevenção, previsto pelo Código de Processo Civil português (arts. 508, nº 1, b, 508º-A, nº1, c, 690º, nº 4, e 701º, nº 1 do CPC português), ou seja, cabe ao tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos.

ARTIGO 508.º
(SUPRIMENTO DE EXCEPÇÕES DILATÓRIAS E CONVITE AO
APERFEIÇOAMENTO DOS ARTICULADOS)

1. Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho destinado a:

b) Convidar as partes ao aperfeiçoamento dos articulados, nos termos dos números seguintes.

ARTIGO 508.º-A
(AUDIÊNCIA PRELIMINAR)

1. Concluídas as diligências resultantes do preceituado no nº 1 do artigo anterior, se a elas houver lugar, é convocada audiência preliminar, a realizar-se num dos trinta dias subsequentes, destinada a algum ou alguns dos fins seguintes:

c) Discutir as posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na seqüência do debate;

ARTIGO 690.º
(ÓNUS DE ALEGAR E FORMULAR CONCLUSÕES)

4. Quando as conclusões faltarem, sejam deficientes, obscuras, complexas ou nelas se não tenha procedido às especificações a que alude o nº 2, o relator deve convidar o recorrente a apresentá-las, completá-las, esclarecê-las ou sintetizá-las, sob pena de não se conhecer do recurso, na parte afectada; os juízes-adjuntos podem sugerir esta diligência, submetendo-se a proposta à decisão da conferência.

ARTIGO 701.º
(EXAME PRELIMINAR DO RELATOR)

1. Distribuído o processo, o relator aprecia se o recurso é o próprio, se deve manter-se o efeito que lhe foi atribuído, se alguma circunstância obsta ao conhecimento do seu objecto, ou se as partes devem ser convidadas a aperfeiçoar as conclusões das alegações apresentadas.⁵⁶

Trata-se, segundo a legislação estrangeira, de atividade assistencial do tribunal/juiz e ainda em dever quando presentes irregularidades (art. 508º, nº 2 do CPC português) ou quando os dados trazidos ao processo se mostram insuficientes para esclarecer o fato alegado (art. 508º, nº 3 do CPC português).

⁵⁶CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, atualizado até 2006 (incluindo Dec.-Lei n.º 38/2003, de 8/03 (Reforma da Acção Executiva) e o DL 199/2003, de 10/09, o DL 324/2003, de 27 de dezembro, o DL 53/2004, de 18 de março, a Lei 6/2006, de 27/02, a Lei 14/2006, de 26/04, e, finalmente, o DL 76-A/2006, de 29/03). <http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>

ARTIGO 508.º
(SUPRIMENTO DE EXCEPÇÕES DILATÓRIAS E CONVITE AO
APERFEIÇOAMENTO DOS ARTICULADOS)

2. O juiz convidará as partes a suprir as irregularidades dos articulados, fixando prazo para o suprimento ou correcção do vício, designadamente quando careçam de requisitos legais ou a parte não haja apresentado documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa.

3. Pode ainda o juiz convidar qualquer das partes a suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido.⁵⁷

O dever de prevenção exigido do juiz estará configurado quando ao mesmo couber identificar o procedimento adequado no processo, logo, uma vez não observado tal procedimento, o êxito da ação poderá restar comprometido.

Pode-se configurar como dever de prevenção: a explicitação de pedidos pouco claros, a necessidade de reforçar provas acerca de fatos tidos como relevantes para o processo, e ainda a adequação do pedido formulado no processo à situação concreta vivenciada pela parte.

O CPC português, no seu art. 265º, nº2, prevê o dever do tribunal de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um fato, de esclarecer se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro.

ARTIGO 265.º
(PODER DE DIRECÇÃO DO PROCESSO E PRINCÍPIO DO
INQUISITÓRIO)

2. O juiz providenciará mesmo oficiosamente, pelo suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanção, determinando a realização dos actos necessários à regularização da instância ou, quando estiver em causa alguma modificação

⁵⁷CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, atualizado até 2006 (incluindo Dec.-Lei n.º 38/2003, de 8/03 (Reforma da Acção Executiva) e o DL 199/2003, de 10/09, o DL 324/2003, de 27 de dezembro, o DL 53/2004, de 18 de março, a Lei 6/2006, de 27/02, a Lei 14/2006, de 26/04, e, finalmente, o DL 76-A/2006, de 29/03). <http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>

subjectiva da instância, convidando as partes a praticá-los.⁵⁸

O nosso Código de Processo Civil, quanto ao dever de prevenção, admite, por exemplo, que se o juiz verificar que a inicial não preenche os requisitos dos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de dez (10) dias (art. 284 do CPC). Neste caso, como se pode perceber, trata-se do dever de cooperação do juiz com as partes, apesar de haver a obrigatoriedade das partes em sanar tal irregularidade.

O princípio da colaboração, segundo nosso entendimento, está também configurado na sua modalidade dever de prevenção, quando os juízes determinam que as partes esclareçam pedidos pouco claros e que acrescentem dados relevantes para o esclarecimento dos fatos.

Conclui-se, portanto, que em face da necessária garantia da paridade de armas no processo, não se deve impedir o exercício ativo da atividade jurisdicional pelo magistrado no processo.

Desse modo, a parte não poderá ser prejudicada por uma posição passiva do juiz, pois cabe a este, quando houver necessidade, criar oportunidades para que as partes possam sanar as deficiências e suprir as insuficiências existentes no processo.

O dever de consulta constitui mais uma das características do princípio da colaboração intersubjetiva, vez que, segundo o CPC português, o tribunal deve consultar as partes sempre que pretenda conhecer a matéria de fato ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem (art. 3º, nº 3).

Art. 3º,nº3, “salvo no caso de manifesta desnecessidade, o tribunal não pode decidir uma questão de direito ou de fato, mesmo que seja de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de se pronunciarem sobre ela”. Assim, evitam-se as “decisões-surpresa”, isto é, as decisões

⁵⁸CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, atualizado até 2006 (incluindo Dec.-Lei n.º 38/2003, de 8/03 (Reforma da Acção Executiva) e o DL 199/2003, de 10/09, o DL 324/2003, de 27 de dezembro, o DL 53/2004, de 18 de março, a Lei 6/2006, de 27/02, a Lei 14/2006, de 26/04, e, finalmente, o DL 76-A/2006, de 29/03). <http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>

proferidas sobre a matéria de conhecimento oficioso sem a sua prévia discussão pelas partes.⁵⁹

Com base no dispositivo do CPC português, é necessário que se dê à parte oportunidade para se manifestar. Ocorre que, concedida a oportunidade de manifestação à parte, se esta não se pronunciar dentro do prazo previsto, não pode alegar tratar-se de uma decisão inesperada, já que antes mesmo de prolatar a decisão, o juiz permitiu que a mesma pudesse influir no desenvolvimento da controvérsia e na elaboração da decisão.

Conforme tratado anteriormente, no referido sistema de Stuttgart o diálogo entre juiz e partes ocupou posição de destaque no processo, colocando o advogado, muitas vezes, em segundo plano, já que a parte passa a atuar diretamente no processo, discutindo, esclarecendo questões relevantes para a instrução do mesmo.

Cabe, portanto, observar que o exercício ativo do juiz no processo, dialogando com as partes, aproxima-o da realidade, permitindo uma mais eficiente reconstrução dos fatos deduzidos em juízo e favorecendo a solução amigável do conflito.

Os procedimentos orais no processo expressam a atuação pessoal das partes em juízo, característica típica do modelo de Stuttgart, em que o debate oral tem papel significativo na instrução do processo.

Vale acrescentar que o princípio da oralidade no processo está relacionado à necessidade de concentração dos atos processuais, ao princípio da economia processual e ainda ao princípio da imediatidade, caracterizado pelo contato direto do juiz com as partes, no sentido de contribuir para a agilização processual.

Assim, a colaboração entre juiz e partes-no esclarecimento dos fatos - não desprestigia o juiz,, já que estamos diante de um princípio voltado, principalmente à

⁵⁹CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, atualizado até 2006 (incluindo Dec.-Lei n.º 38/2003, de 8/03 (Reforma da Acção Executiva) e o DL 199/2003, de 10/09, o DL 324/2003, de 27 de dezembro, o DL 53/2004, de 18 de março, a Lei 6/2006, de 27/02, a Lei 14/2006, de 26/04, e, finalmente, o DL 76-A/2006, de 29/03). <http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>

realização do interesse social do processo, solucionando o conflito de forma rápida e mais justa possível.

No direito brasileiro, como vimos anteriormente, não há previsão legal expressa do princípio da colaboração intersubjetiva, no entanto ele pode ser encontrado implicitamente em vários de seus dispositivos, quando se tratar de procedimentos em que se permite atuação oficiosa do juiz.

Ainda quanto às características do Princípio da Colaboração, vale ressaltar o chamado dever de auxiliar as partes, marcado pela atuação do juiz, no sentido de remover as dificuldades ao exercício dos direitos das partes ou faculdades, ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais.

Nesse sentido, sempre que uma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de uma faculdade ou cumprimento de um ônus ou dever processual, o juiz deve, quando possível, providenciar a remoção do obstáculo (art. 266º do CPC português). Dessa forma, a parte não virá a ter uma decisão desfavorável pelo simples fato de não ter conseguido obter documento ou informação, devendo ser auxiliada pelo tribunal.

ARTIGO 266.º
(PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO)

4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.⁶⁰

O dispositivo legal exige que a dificuldade seja séria. O mesmo entendimento aplicar-se-ia ao processo civil brasileiro. Ou seja, a dificuldade deverá ser avaliada levando-se em consideração a idéia de um processo ágil. Portanto, se a obtenção do documento é possível pela própria parte, mas com um grau de dificuldade capaz

⁶⁰CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, atualizado até 2006 (incluindo Dec.-Lei n.º 38/2003, de 8/03 (Reforma da Acção Executiva) e o DL 199/2003, de 10/09, o DL 324/2003, de 27 de dezembro, o DL 53/2004, de 18 de março, a Lei 6/2006, de 27/02, a Lei 14/2006, de 26/04, e, finalmente, o DL 76-A/2006, de 29/03). <http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>

de comprometer a celeridade processual prevista no art. 20º, nº 4 do CPC português, deverá o tribunal mesmo assim solicitar a remessa deste a juízo, cooperando com a parte.

No processo civil brasileiro, permite-se que o juiz ordene a exibição de documento ou coisa em poder da parte ou de terceiro (arts. 355 e 360 do CPC), podendo inspecionar pessoas ou coisas para esclarecer fato relevante para a decisão da causa (art. 440 do CPC), dentre outros poderes. Deve-se assim impedir que a parte venha a ter contra si uma decisão por não ter conseguido obter documento ou informação imprescindíveis ao julgamento do processo.

Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.

Art. 360. Quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz mandará citá-lo para responder no prazo de 10 dias.

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.

Nesses termos, o dever de auxílio possibilita uma maior aproximação da “verdade material”, desprestigiando decisões meramente formais fundamentadas na ausência de provas que a parte não pôde obter.

6.3. A justiça e a pacificação dos conflitos.

Em que pese a questão da justiça, advirta-se que, seja diante de um aspecto jurídico, seja em um aspecto social, o processo serve para fazer atuar o direito no sentido de representar fator de benefícios em prol da sociedade.

Como bem afirma Dinamarco, a vida em sociedade é marcada por insatisfações. Diante desse fato, pode-se afirmar que os bens são limitados e a necessidade humana é ilimitada, daí surgem entre os homens relativamente a determinados bens, choques de forças que caracterizam o conflito de interesses.⁶¹

⁶¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 12ª Ed. Malheiros Editores. São Paulo: 2005, p.194

Logo, quando a satisfação de uma necessidade implica limitação ou exclui aquela situação que poderia satisfazer uma outra necessidade, estaremos diante de um conflito de interesses.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o conflito de interesses resulta da exclusão ou pelo menos da limitação de uma necessidade em face da satisfação de uma outra necessidade.

De acordo com essa idéia, pode-se concluir que a pacificação do conflito é o melhor resultado que se pretende alcançar quando não há a possibilidade de se conceder integralmente o direito pretendido pela parte demandante, dado que, na realidade, são as insatisfações que justificam a atividade jurídica do Estado, logo, a decisão busca eliminar tais insatisfações humanas.

O Estado, nesse quadro de relações jurídicas e sociais, posiciona-se no sentido de evitar condutas desagregadoras que gerem uma situação de conflito social.

Advirta-se ainda que um processo representando uma situação desvantajosa para uma das partes envolvidas na demanda, ainda assim, apesar de não se tratar de uma decisão que lhe tenha sido favorável, acabaria aceitando a sentença proferida em juízo, pois prevalece a consciência de que foram exauridos todos os meios juridicamente admissíveis de defesa e, nessa ordem, estariam diante de uma decisão pautada na racionalidade e na justiça.

Cumprir notar que a justiça está associada ao alcance da melhor decisão possível proferida pelo Estado – juiz, no sentido de acabar com a situação desagregadora, definindo situações concretas, decidindo e realizando os resultados que entender devidos em cada situação fática levada a juízo.

Com efeito, conscientes de que lhes foram dadas todas as oportunidades de defesa e, por sua vez, de participação no resultado final do processo, as partes aceitam a decisão proferida, pois acreditam que seja resultado da regular prestação jurisdicional, já que seria menos incômoda a própria privação de um direito do que a ansiedade de uma situação que não se resolve e que, muitas vezes acaba em um processo cansativo e oneroso que se arrasta por anos.

Atribui-se, portanto, igualdade de oportunidades de defesa garantida pelo procedimento equilibrado que, ao priorizar o diálogo na relação processual por

peças e interlocutores preparados para tal “mister”, promoverá o equilíbrio necessário de forças para conduzir a um resultado justo.

Cabe, portanto, frisar que o valor justiça deverá estar sempre presente nas sentenças, por outro lado, a ausência de um critério de justiça resultaria em decisões arbitrárias, o que apenas intensificaria o sentimento de insatisfação das partes envolvidas no litígio levado a juízo.

Nesse particular, entende Dinamarco que o fator indicativo do critério de justiça aceito por determinada sociedade, em seu tempo está relacionado às disposições contidas no ordenamento jurídico vigente. Logo, serão justas as medidas que, em determinada época e em determinado espaço territorial, forem reconhecidas pelo ordenamento jurídico positivado como adequadas às situações fáticas levadas a juízo.⁶²

Vê-se, pois, que a concepção do bem e do mal, de justo ou injusto, inerentes à conduta humana, em um primeiro momento, é formulada por quem elabora as normas contidas no ordenamento jurídico e não está livre de trazer em seu conteúdo um reflexo do juízo de valor do legislador, devendo-se considerar que o juiz, ao decidir, expressa seu juízo valorativo em cada uma das suas decisões, já que, hoje o juiz se apresenta mais como um intérprete e criador de direitos e não como seu simples aplicador, dada a influência do direito jurisprudencial.⁶³

Ressalte-se ainda, com relação ao processo, que a sua concepção não se concentra na idéia de que este seria uma luta arbitrada pelo juiz e sim na idéia de que, com a progressiva afirmação do princípio da colaboração, advindo do direito português, haveria a formação de uma comunidade de trabalho envolvendo as partes e os demais intervenientes no processo para a realização da função processual.

Como já tratado anteriormente, muitas vezes o fim perseguido pelo processo, que é a efetivação de direitos com justiça nas decisões, pondo fim à situação conflituosa, deixa de se conduzir mediante a utilização de procedimentos mais rápidos e eficientes, dando maior importância à observância

⁶²DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, 12ª Edição, Malheiros Editores LTDA, São Paulo/SP:1996, pág. 360

⁶³DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, 12ª Edição, Malheiros Editores LTDA, São Paulo/SP, pág. 360.

rigorosa da forma legal como reflexo de um formalismo processual que ainda existe no nosso sistema jurídico.

Cabe ainda destacar que a justiça não está representada unicamente pela aceitação de toda e qualquer decisão, mas sim pela certeza da utilização de procedimentos adequados e critérios justos de eliminação dos conflitos, priorizando o tratamento particularizado de cada indivíduo, aplicando-se o princípio da igualdade processual.

Dito isso, convém ressaltar que a sentença justa surge como resultado de uma cognição ampla e profunda, movida pela atuação das partes, a quem se oportunizou o contraditório e a ampla defesa, em conjunto com o magistrado e demais intervenientes da relação processual.

CAPÍTULO 7 – O poder geral de cautela: expressão do princípio da colaboração e do ativismo do judiciário.

Com base na abordagem até então realizada, pode-se concluir que não são raras as hipóteses em que a inevitável demora da prestação jurisdicional é capaz simplesmente de inviabilizar a proteção do direito postulado.

Ainda dentro dessa ótica, importa observar que, embora se reconheça a particular gravidade do problema do tempo necessário à realização do processo já tratado em passagens anteriores do nosso trabalho, um outro problema o contrapõe, qual seja a necessidade de ainda que célere, manter-se preservado o princípio da segurança jurídica, o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF).

Logo, vale apregoar que a rapidez contribui para a efetividade da tutela, mas poderá comprometer a segurança de justiça das decisões, pois limita a atividade cognitiva do juiz e o contraditório. Assim, é necessário compatibilizá-los utilizando-se das medidas acautelatórias, pois consistem em técnicas utilizadas para solucionar imediatamente aquela situação que põe em risco a materialização dos direitos pleiteados no processo principal.

Com isso, não se pretende menosprezar a importância das tutelas cautelares, ao contrário, é inegável a contribuição desse instrumento em nosso sistema para a maior efetividade da prestação jurisdicional.

Em um primeiro momento, cabe observar que entre os processos que o art. 270 do Código de Processo Civil discrimina como objeto de regulamentação do Código, está o processo cautelar que vem disciplinado nas normas do Livro III.

Art.270.Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), Cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV).

No que tange às medidas cautelares, o Código de Processo Civil consagra as medidas cautelares típicas ou nominadas, estas previstas nos art. 813 a 888 do CPC e medidas cautelares atípicas ou inominadas (art. 798 CPC).

Antes de analisarmos as características inerentes a esses institutos, cabe destacar, inicialmente, um primeiro ponto que está relacionado aos limites de poderes atribuídos ao juiz e na sua capacidade de conduzir o processo, pois, o que se observa é que o direito de acesso à justiça ou, por alguns entendido como direito a uma ordem jurídica justa, depende da sua maneira de atuar no processo de forma a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido.

Como anteriormente ressaltado, há a necessidade de um juiz participativo no que tange ao seu poder interpretativo e criativo inerentes ao ato de julgar, somando-se a isso a necessidade de um caráter moral norteador dos seus atos.

A princípio, é importante se reconhecer que há uma consciência da real função instrumental do processo e da necessidade de exercício efetivo dessa sua função. Nessa ordem de idéias, a necessidade de solução justa para as controvérsias requer a prática de atividades que demandam tempo, principalmente para permitir que o juiz alcance um adequado conhecimento quanto à realidade substancial que lhe é submetida à apreciação.

A idéia que se pretende formar aqui, é que na garantia do devido processo legal resta ínsita a função de disponibilizar às partes um instrumento apto a proporcionar liberdade de atuação e igualdade de tratamento para cada uma delas.

Além disso, vê-se que há uma grande vinculação da finalidade do processo, e esta consiste em solucionar os conflitos de interesses, realizando os direitos de forma célere e justa, com a idéia de devido processo legal que sobreleva o

interesse de proporcionar o verdadeiro acesso à justiça, assegurando ainda o tratamento igualitário das partes dentro do processo.

É com o desígnio de manter o tratamento igualitário e justo de todos os litigantes que o Código de Processo Civil impõe ao juiz deveres, no que diz respeito ao resguardo da conduta ética dos sujeitos do processo, conforme disposto no art. 125 CPC já tratado anteriormente.

Com base nessa afirmação, vale apregoar que a rapidez contribui para a efetividade da tutela, mas poderá comprometer a segurança de justiça nas decisões, pois limita a atividade cognitiva do juiz.

Diante dessa idéia inicial, cabe salientar que, mesmo adotando novos instrumentos processuais aptos a atender a urgência de uma situação que põe em risco a materialização de um direito, não estaríamos afrontando princípios igualmente relevantes e assegurados pelo nosso ordenamento jurídico, como o do devido processo legal que abrange a ampla defesa e o contraditório, da igualdade processual, e ainda o princípio do acesso à justiça que irá legitimar o amplo exercício do Poder geral de cautela pelo juiz.⁶⁴

Cumprindo observar, portanto, que a tutela cautelar está estreitamente vinculada à idéia de tempo razoável, já que para a tutela se transformar em concretização efetiva de direitos é necessário que o espaço de tempo-que medeia a interposição da demanda e a satisfação do direito de ação - seja razoável, para que não acarrete variações fáticas capazes de comprometer o resultado útil do processo.⁶⁵

Ressalta-se ainda, que a figura da tutela cautelar surge como uma proposta de garantia de efetivação de direitos de modo a afastar um dano capaz de prejudicar a pretensão material deduzida em juízo, antes que seja efetivamente

⁶⁴Observa Fernando da Fonseca Gajardoni que: “Certamente, o grande desafio do processo civil contemporâneo reside no equacionamento desses dois valores: tempo e segurança. A decisão judicial tem que compor o litígio o menor tempo possível. Mas deve respeitar também as garantias da defesa (*due process of law*), sem as quais não haverá decisão segura. Celeridade não pode ser confundida com precipitação. Segurança não pode ser confundida com eternização.” (*Técnicas de aceleração do processo*, São Paulo:Lemos & Cruz, 2003.p.41).

Ensina-nos ainda o autor que: brevidade e segurança são forças antagônicas que têm de conviver. Como operadores do direito, o nosso papel é mediar esse constante conflito, fazer com que essas forças se conciliem, da melhor maneira possível (*Técnicas de aceleração do processo*, São Paulo:Lemos & Cruz, 2003.p.42).

⁶⁵Quanto ao tempo razoável, anota Gajardoni que: “seja como for, parece-nos que fixar o lapso temporal aceitável do processo civil brasileiro, ou de qualquer outro país, exige, antes de tudo, a consciência de que, tanto quanto uma árvore para dar frutos, cada demanda tem seu tempo. Exatamente por isso que, nessa análise, fatores internos e externos a cada processo devem ser apreciados. (*Técnicas de aceleração do processo*, São Paulo:Lemos & Cruz, 2003.p.58).

satisfeita e ainda assegurando o resultado positivo da decisão a ser proferida no processo principal.

Dessa forma, pode-se afirmar que a tutela cautelar é instrumental, porque se destina a assegurar o resultado de outro processo; e provisória, porque a composição definitiva do litígio, no processo principal, substitui e extingue a prestação jurisdicional cautelar.

Antes de analisar a figura do poder geral de cautela, tema a ser tratado mais à frente, vale ressaltar as diferenças terminológicas entre o processo cautelar, a ação cautelar e a medida cautelar.⁶⁶

O processo cautelar existe como forma de exercício da jurisdição, possuindo um caráter instrumental, diferentemente da ação cautelar, que é o direito subjetivo à tutela jurisdicional.⁶⁷

A medida cautelar consiste na providência material concreta, ou seja, é a própria decisão do juiz, de caráter provisório, a fim de proteger um bem envolvido no processo, garantindo a efetividade ou a utilidade das decisões jurisdicionais.

O processo cautelar é “...a relação jurídica processual dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares”.⁶⁸

Nessa ordem de idéias, não se trata de um erro afirmar que o processo cautelar envolve também uma relação contenciosa, mesmo que baseada no cuidado ou na vigilância de um direito. Assim, a lide que se forma no processo cautelar é de caráter processual, pois a discussão se limita à necessidade ou não da própria medida de segurança.

⁶⁶Reis Friede, analisando o tema, afirma: “a medida cautelar se refere ao pedido específico da providência cautelar”. FRIEDE, Reis. *Medidas liminares e providências cautelares ínsitas em Habeas Corpus, Ações Possessórias, Desapropriação, Usucapião Especial, na nova Lei do Inquilinato e em Propriedade Industrial*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.p. 5.

⁶⁷“Pode-se afirmar que os efeitos do processo cautelar visam a proporcionar condições objetivas – na verdade, restaurar ou manter essas condições - , para a realização dos efeitos próprios do processo principal. Ou seja, o processo cautelar, também conhecido como processo de *asseguração*, diz com a utilidade real da execução forçada e não com uma utilidade nominal, avaliada essa utilidade em face de uma situação de fato, a que se tem direito o autor, ou a que se afirma ter direito, ou mesmo o exequente”.Eduardo Arruda Alvim/Angélica Arruda Alvim. *Notas para uma teoria geral do processo cautelar - Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência/coordenadores:Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim*. – Rio de Janeiro:Forense, 2006.p.80.

⁶⁸LUIZ, Helen Karina de Oliveira. Texto: *Requisitos das Cautelares. Temas sobre Tutela de Urgência*, Org. Pós-Graduação em Direito da Universidade Paulista-UNIP-Coordenação:Jorge Luiz de Almeida.Autores:Professores de Direito.Homenagem ao:Prof.Dr.Hermínio Alberto Marques Porto. Editora: Arte & Ciência. Coleção:Livros Jurídicos-UNIP. São Paulo/2002.pag.137.

7.1. A finalidade do processo cautelar.

Entende-se que, por meio do processo cautelar se permite assegurar a realização de outro direito, que será declarado na sentença definitiva, mantendo os elementos do processo aptos a serem úteis para a prestação jurisdicional.

Nesse particular, leciona CARNELUTTI que o objetivo do processo cautelar é a tutela do próprio processo e não a composição da lide objeto do processo principal.⁶⁹

Adverte o autor que o objetivo do processo cautelar, portanto, é evitar a alteração no equilíbrio mantido entre as partes, resultante da demora do processo, impedindo assim, o dano jurídico como decorrência da ineficácia ou deficiência na solução da demanda que integra o processo principal.

Ainda quanto ao tema, afirma Helen Karina de Oliveira que o processo cautelar é "...a relação jurídica processual dotada de procedimento próprio, que se instaura para a concessão de medidas cautelares".⁷⁰

O que se pode observar nesse sentido é que o processo cautelar exerce uma função auxiliar e subsidiária voltada à tutela do próprio processo que envolve o direito questionado, destinando-se à satisfação da pretensão à segurança da pretensão. Logo, seu elemento específico é a prevenção diante da necessidade de se atribuir segurança ou garantia ao desenvolvimento regular do processo e da função concretizadora de resultados atribuída à decisão final.

Logo, pode-se afirmar que o processo cautelar não tem como finalidade precípua resolver o litígio, objeto da atividade jurisdicional principal, mas proteger o próprio instrumento de solução do litígio, que é o processo, eliminando situações perigosas que possam afetar, eventualmente, a eficácia do provimento advindo do processo principal que, efetivamente, encarrega-se dos provimentos satisfativos no que tange ao mérito da principal, já que no processo cautelar os efeitos são apenas conservativos.

⁶⁹CARNELUTTI, Francesco. In: THEODORO Jr., Humberto. *Processo Cautelar*, 21ª ed. Revista e Atualizada, São Paulo – 2004. Livraria e editora Universitária de direito. p. 55.

⁷⁰LUIZ, Helen Karina de Oliveira. Texto: *Requisitos das cautelares. temas sobre tutela de urgência*, Org. Pós-Graduação em Direito da Universidade Paulista-UNIP-Coordenação:Jorge Luiz de Almeida.Autores:Professores de Direito.Homenagem ao:Prof.Dr.Hermínio Alberto Marques Porto. Editora: Arte & Ciência. Coleção:Livros Jurídicos-UNIP. São Paulo/2002.pag.137.

Por conseguinte, é essencial a garantia de um instrumento processual titularizado pelo Estado, capaz de assegurar de forma eficaz a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas antes mesmo de alcançar o fim do processo.⁷¹

Diante dessa abordagem, pode-se afirmar que o processo perde a sua característica fundamental, que é a tutela de direitos, se a sentença final condenar o obrigado a cumprir o que é devido, como entregar o bem, quando este já deixou de existir. No mesmo sentido, o processo perderia o seu significado se a sentença final declarasse o direito aos alimentos quando, durante o curso do processo, o alimentando viesse a falecer exatamente pela ausência desses alimentos. Logo, a precaução se transforma em foco principal do processo cautelar, como o seu caráter essencial na realização futura e efetiva de direitos por meio do processo.

Feita esta abordagem inicial, importa ressaltar a figura do poder geral de cautela (art.798), que surgiu da necessidade de generalização e sistematização da tutela cautelar, dotando o juiz de faculdades suficientes para evitar as

⁷¹A respeito, exatas são as palavras de Eduardo Arruda Alvim: “Acatando inteiramente a classificação proposta por Humberto Theodoro Júnior, apontamos como características de maior relevo do processo cautelar, as seguintes:

a)*Instrumentalidade*, na medida em que as cautelares não declaram direito algum, visam a preservar a utilidade do processo principal, pendente ou a ser ajuizado. Oportunas as palavras de Galeno Lacerda acerca da Instrumentalidade: “*Instrumento não constitui qualidade da matéria que modela, mas ente ontologimante distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade*”.

b)*Provisoriedade*, tendo em vista que as cautelares foram concebidas para ter uma existência limitada ao tempo, e enquanto existir a situação de perigo que lhe dá fundamento. Tendem a desaparecer, portanto, com o desaparecimento da situação de perigo (concreto ou iminente) que lhe dá vida e é precisamente a razão da sua existência, sendo substituída pela decisão definitiva sobre o mérito, sobre o direito material propriamente dito, ou pelo desaparecimento ou cessação do fato ou situação que, em determinado momento, justificaram a sua concessão. A noção de provisoriedade das cautelares deflui nitidamente dos art.s 805 e 807 do CPC.

c)*Revogabilidade*, outra característica peculiar do processo cautelar, e que o identifica e distingue em relação aos demais, traço este que emerge do texto do art. 807, segundo o qual as medidas cautelares conservam a sua eficácia na pendência do processo principal, podendo, todavia, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas. A medida poderá ser revogada sempre que a situação fática que ensejou a concessão da medida desaparecer, ou ainda, quando alterada a situação empírica, relativamente ao processo principal.

d)*Autonomia*: esta característica refere-se, principalmente, ao aspecto procedimental, por compreender-se, o processo cautelar, um instrumento em relação ao processo principal. Mas é indubitoso que o processo cautelar possui autonomia procedimental, do que deflui, em nosso entender, uma certa autonomia finalística, na exata medida em que detém escopo distinto do processo principal, que trata, via de regra, da realização do direito material da parte.” ALVIM, Eduardo Arruda, *Notas para uma Teoria Geral do processo cautelar-Inovações sobre o direito processual civil: Tutelas de Urgência/Coordenadores:Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim*, Rio de Janeiro:Forense, 2006 P.82.

situações de perigo de dano, mesmo fora das hipóteses específicas trazidas pelo Código.⁷²

Nesse sentido se manifestou o STJ, sendo relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, cujo teor do julgado ora se transcreve:

PROCESSO
REsp 148087 / SP
RELATOR(a)
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (280)
ÓRGÃO JULGADOR
TERCEIRA TURMA
JULGAMENTO
31/08/2000
PUBLICAÇÃO
DJ20.11.2000p.288
JBCC vol. 186 p. 223
EMENTA
PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. CPC, ARTS. 798 e 799.
I - Além dos casos específicos previstos na Lei Adjetiva Civil, poderá o juiz, verificando que uma parte, antes do julgamento da lide, poderá causar ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, **determinar as medidas provisórias que julgar adequadas.**
II - No caso, embora não se trate de arresto, nada impedia fosse concedida cautelar para proibir a alienação de caminhão do requerido, para assegurar a eficácia de decisão a ser proferida em ação indenizatória ajuizada pela viúva da vítima de acidente causado pelo citado veículo.
III - Recurso especial conhecido e provido.

Com relação ao tema, vale ressaltar que, durante muito tempo, a atividade do juiz por meio do poder geral de cautela foi conceder medida de caráter preventivo, no intuito de preservar elementos necessários à realização útil de uma decisão futura, no entanto, muitas vezes reclamavam maior elasticidade na concepção do poder geral de cautela, de modo a dotar as medidas cautelares concedidas pelo órgão jurisdicional de um poder não apenas de natureza preventiva, mas que abrangesse também a antecipação da satisfação do direito sempre que necessário.

⁷²“O poder cautelar geral e genérico do juiz é que deverá prover cada situação concreta de perigo jurídico, procurando ajustar a medida cautelar própria vindicada (poder cautelar geral) ou mesmo ex officio (poder cautelar genérico) para determinada situação apenas dispondo conservativamente, nada antecipando quanto à decisão final.”(FRIEDE, Reis. *Medidas liminares e providências cautelares ínsitas em Habeas Corpus, Ações Possessórias, Desapropriação, Usucapião Especial, na nova Lei do Inquilinato e em Propriedade Industrial*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.p.34).

A esse respeito anota CARNELUTTI, em sua obra “Diritto e processo”, que a tutela cautelar, diante de cada situação fática, compreende medidas que impedem a modificação de uma situação como o seqüestro, a antecipação de provas e a exibição de documentos; há medidas que eliminam uma mudança já ocorrida, como no caso da busca e apreensão e, por fim, medidas que antecipam uma futura e provável modificação de situação, como no caso dos alimentos provisionais, da guarda provisória de filhos etc.⁷³

Trata-se de providências respectivamente de fixação, de regressão e de aceleração do próprio tempo.

Entretanto, Carnelutti, diante da evolução do direito processual civil, passou a adotar um novo entendimento no sentido de que a medida de antecipação, anteriormente entendida como de caráter cautelar, passou a adotar um caráter eminentemente antecipatório, na modalidade de tutela antecipada, conforme disposto no art. 273 do CPC e dotadas de efeito satisfativo quanto ao mérito da ação principal.

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:...

Importa deixar claro, a princípio, que o nosso trabalho não pretende discutir o efeito satisfativo ou não das medidas cautelares que a princípio teriam efeito eminentemente acautelatório. Na realidade, o que se pretende neste momento é analisar os poderes do juiz no que diz respeito ao seu ativismo na condução do processo, em particular ao seu papel colaborador na instrução do processo, no intuito de, com base na influência do princípio da colaboração no poder geral de cautela do juiz, solucionar de maneira efetiva e justa o conflito.

7.2. O Poder geral de cautela e a liberdade de atuação do juiz no processo.

Diante desta breve abordagem, cabe asseverar que o poder geral de cautela veio ampliar as possibilidades de colaboração do juiz no processo, diante da faculdade que lhe foi dada para conceder qualquer medida apta a evitar as

⁷³CARNELUTTI, Francesco – *Diritto e processo*, n° 232, 1. ed. Napoli: Morano: 1958. 440 p. pág.354,

situações de dano ou de perigo de dano, ainda que não prevista pelo direito positivo e mesmo não pleiteada pela parte.⁷⁴

É indubitável, portanto, que se trata de uma ampliação dos poderes do juiz para defender a soberania do Estado como reflexo do ativismo do judiciário, face à influência do princípio da colaboração no que diz respeito à administração da justiça.

Vale ressaltar, ainda, que as medidas cautelares não são concedidas necessariamente mediante processo cautelar, pois podem ser determinadas dentro do processo de conhecimento, de execução, nos procedimentos especiais, quando se identifica a existência de “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”, que constituem seus requisitos específicos.

Trata-se de pressupostos autorizadores da efetivação da medida que serão analisados mais adiante, como limites legais ao exercício do poder geral de cautela, sendo imprescindível a sua presença. No entanto, se não estiverem bem consubstanciados, não quer dizer que a ação seja improcedente, mas que, momentaneamente, não atendeu aos requisitos necessários para a sua concessão, já que, durante a instrução processual, até o momento em que for prolatada a sentença, a existência dos requisitos poderá ser comprovada atribuindo segurança para tal provimento.⁷⁵

O que se pode observar, é que magistrado não poderá ser privado de poderes para aplicar a técnica processual adequada, já que a atuação do juiz não está subordinada à expressa previsão legal de meio executivo, do contrário se transformaria em empecilho à efetivação da tutela jurisdicional e desrespeito aos direitos fundamentais.

⁷⁴Nesse Sentido, Eduardo Melo de Mesquita afirma que: “ O atual sistema tem o viés da abstração, superando as concepções liberais de *segurança e certeza*, para alcançar padrões valorativos, como já se afirmou, à exaustão, voltados para a *efetividade e justiça*. O ponto nodal dessa mudança é a *proporcionalidade* aplicável às hipóteses em que o juiz se depara com *conceitos vagos* que o autorizam a ponderar valores em entrecabo normalmente pautado em juízo de probabilidade e não de certeza.”(*O princípio da proporcionalidade e as Tutelas de Urgência*. Curitiba:Juruá, 2006.p. 52).

⁷⁵Segundo entendimento de Eduardo Arruda Alvim: “Os limites do *poder geral de cautela* também devem ser corretamente entendidos à luz da finalidade a que se destina. Se através do *poder geral de cautela*, colima-se resguardar a utilidade do processo principal, evidentemente só terá sentido qualquer medida que se entremostre *adequada* a essa finalidade. Por exemplo, não tem sentido impor ao requerido uma constrição patrimonial que exceda ao valor da dívida que se pretende cobrar na ação principal. A medida seria *inadequada e desproporcional* ao fim pretendido”. *Notas para uma teoria geral do processo cautelar. Inovações sobre o direito processual civil: Tutelas de urgência*: Coordenadores; Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim.Rio de Janeiro:Forense,2006.p.114.

Nesse aspecto, basta o juiz justificar a necessidade de concessão da técnica adotada, considerando a situação carente de tutela, para concedê-la, utilizando-se inclusive de medidas coercitivas, com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Como bem afirma Luiz Guilherme Marinoni:

Na realidade, o juiz tem o poder-dever de dar efetividade ao seu trabalho, prestando a tutela jurisdicional de forma efetiva. Assim, qualquer que seja a situação concreta, o juiz não pode se esquivar do seu dever de determinar o meio executivo adequado, cruzando os braços diante da omissão legislativa ou de falta de clareza da lei, como se o dever de prestar a tutela jurisdicional não fosse seu, mas estivesse na exclusiva dependência do legislador.⁷⁶

Vê-se que a efetividade de direito assume um grau de importância que supera a própria observância das formas, quando estas implicam obstacularizar a realização efetiva desses direitos. Trata-se da cultura do processo civil de resultados, em que decidir e não impor essa decisão consiste em atuação apenas parcial do poder estatal. O moderno processo civil brasileiro investiu o juiz de poderes de coerção capazes de compelir o devedor a cumprir o que foi determinado pela sentença.

Diante do exposto, pode-se afirmar que as novas regras processuais se propõem a quebrar a rigidez das formas, estabelecendo regras que atribuam maior poder ao juiz, o qual irá atuar sempre no sentido de adequar o processo segundo as peculiaridades do caso concreto.

Observe-se que, além das cautelares típicas previstas pelo CPC, com o poder geral de cautela, o juiz ficou investido de amplo poder genérico de criar qualquer outra providência preventiva que, no caso concreto, fosse necessária para evitar, no curso do processo, a ocorrência do dano grave e de difícil reparação, tornando dessa forma o processo mais útil para a parte e mais prestigioso para o órgão jurisdicional.⁷⁷

⁷⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. Editora RT. São Paulo:2004.pág. 235.

⁷⁷Reis Friede aponta: “FRIEDE, Reis. *Medidas liminares e providências cautelares ínsitas em Habeas Corpus, ações possessórias, desapropriação, usucapião especial, na nova lei do inquilinato e em propriedade industrial*. 1ª ed.. Rio de Janeiro de destacada importância de observar que o magistrado só está investido do denominado Poder Cautelar Geral ou Poder Cautelar Genérico quando houver fundado receio de que uma parte cause à outra lesão grave e de difícil reparação. Na aquilatação da iminência do dano, de modo a configurar fundado receio, é solicitado ao máximo a argúcia do juiz, para que não se deixe levar por primeiras impressões no tocante à

7.3. A influência dos modelos europeus no poder geral de cautela do juiz.

Como se vê, a técnica processual deverá ser analisada diante das necessidades do direito material, ou seja, das várias tutelas dos direitos, o que reflete uma ampla atividade do juiz no processo. Daí decorre o entendimento segundo o qual há uma grande influência da legislação alemã, mais especificamente do modelo Stuttgart do princípio da colaboração português no nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o modelo Estugarda traz esse caráter mais participativo do juiz quando prevê em seus dispositivos a possibilidade de o magistrado alertar as partes para as medidas mais adequadas a serem tomadas, a possibilidade de solicitar esclarecimento às partes sobre os fatos levados a juízo, discutir com os demandantes a melhor forma de solucionar o conflito, entre outros procedimentos que demonstram a sua maior preocupação em conceder o direito independentemente de obediência absoluta à forma.

O princípio da colaboração admite a atuação de ofício do juiz, permitindo inclusive, que este indefira de plano as provas que considere meramente protelatórias, mantendo no processo apenas os elementos de provas ou ainda diligências que sejam indispensáveis ou úteis à instrução do processo.

Trata-se da necessidade de se evitar a adoção de procedimentos que apenas resulte da observância de formalidades desnecessárias e que significam mais um obstáculo para a efetiva realização dos direitos.

Além disso, cabe ressaltar que o princípio da proporcionalidade permitirá que o juiz exerça o poder de determinar a medida que entende ser a mais adequada em cada caso concreto, não permitindo, no entanto, que este atue de forma arbitrária e que faça uso desse poder de maneira que a concessão da medida signifique um prejuízo desproporcional para qualquer das partes envolvidas no litígio.

existência da ameaça. O critério seguro será sempre o da prudência do juiz, dosada com a constatação de indícios que denunciem a *plausibilidade* de efetivação do dano, em termos veementes." FRIEDE, Reis. *Medidas liminares e providências cautelares ínsitas em Habeas Corpus, Ações Possessórias, Desapropriação, Usucapião Especial, na nova Lei do Inquilinato e em Propriedade Industrial*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.p.46.

Com efeito, não se pode impor ao demandado uma medida de maior gravidade, se existe outra de menor potencial ofensivo que poderá surtir os mesmos efeitos ou equivalente, ou ainda alcançar o mesmo objetivo.

Ainda quanto às medidas cautelares, cabe ressaltar que o Código de Processo Civil adota como medidas preventivas, atribuídas ao juiz, as cautelares típicas ou nominadas, cujas condições e procedimentos estão prefixados no Código de maneira específica, além das medidas cautelares atípicas ou inominadas, referidas anteriormente, que abrangem todas as demais hipóteses de perigo ou de dano iminente, não reguladas especificamente pelo código. Trata-se, nesse último caso, do poder de criar outras providências de segurança, fora dos casos previstos no código, conhecido como poder geral de cautela.

Em regra geral, não é permitido postular provimento cautelar diverso do que já está preestabelecido expressamente e nem conceder as medidas previstas no Código para situações fáticas diversas daquelas para as quais as medidas foram criadas, no entanto, diante da postura mais ativa do juiz no processo, nada impede que este, diante do poder geral de cautela, conceda medida diversa, tendo em vista a necessidade e urgência.

Quando a lei não existe, defere-se ao juiz uma extensão de poder que permite atuar diante do caso concreto que lhe é dirigido, determinando a medida adequada ou indispensável para a solução imediata do conflito.

Como bem afirma Cappelletti “o intérprete, queira ou não, tenha consciência ou não, é sempre e sempre, criador: por mais que se esforce, é livre! Ele dá vida a um texto que é morto”.⁷⁸

O autor ressalta a importância de um juiz participativo no processo no que se refere à liberdade de interpretar a norma, adequando-a a cada situação fática levada a juízo.

Com base nessa idéia, e diante do ativismo do judiciário, pode-se afirmar que o Código de Processo Civil brasileiro, além de ampliar o poder jurisdicional do juiz, permitindo que este aja de ofício, sempre que a situação prática o exija, atribuiu-lhe poder interpretativo, no intuito de, analisando de forma crítica cada situação concreta, conceda a medida que melhor atende à necessidade cautelar

⁷⁸CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 21.

urgente e temporária, pois tem duração limitada, deixando de vigorar no momento em que a tutela definitiva for proferida.

Ressalta-se ainda que, a Alemanha foi palco de diversas inovações no campo do direito processual civil, como se tem evidenciado, destacando-se também nos estudos científicos envolvendo as ações cautelares.

É importante destacar ainda os significativos estudos de Giuseppe Chiovenda, voltados à sistematização da tutela cautelar, entendida como uma ação para afastar “o temor de um dano jurídico, isto é, a iminência de um possível dano a um direito ou a um possível direito”.⁷⁹ Trata-se, portanto, de uma ação que, muitas vezes, independe da existência do próprio direito a ser reconhecido no provimento final.

Cabe frisar que, dada a diversidade de situações fáticas que venham a ocorrer no meio social, não há possibilidade de previsão de medidas típicas aplicáveis a cada uma dessas hipóteses. Diante desse entendimento, o ordenamento passou a prescrever regras de caráter mais geral, capazes de abranger situações atípicas ou não, descritas expressamente pela norma.

7.4. A adstrição da decisão do juiz ao pedido da parte.

Deste modo, constitui reflexo do ativismo do juiz a ampla possibilidade que lhe é concedida de utilizar a tutela cautelar ainda que em situações não determinadas pelo ordenamento, e mesmo em ocasiões em que a medida não tenha sido requerida pela parte, o que se convencionou denominar “Poder geral de cautela”.

Acrescente-se ainda, neste particular, o que preceitua o ordenamento processual português em seu Art. 392, § 3º: “o tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida”.

ARTIGO 392.º

3. O tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida, sendo aplicável à cumulação de providências cautelares a que

⁷⁹CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituições de direito processual Civil*. Tradução Paolo Capitanio, 1ª ed., Campinas: Bookseller: 1998, v. 1, p 334.

caibam formas de procedimento diversas o preceituado nos nºs 2 e 3 do artigo 31.^o.⁸⁰

Trata-se de uma forma de afastar a aplicação rigorosa do princípio da congruência ou da adstrição, em que a decisão proferida pelo magistrado estaria vinculada àquilo que foi requerido pela parte no processo. Logo, o juiz, diante desse princípio não poderia decidir, concedendo mais, nem menos do que foi requerido pela parte, nem poderia conceder aquilo que não foi pedido por ela em juízo (*ultra, citra ou extra petita*).⁸¹

Assim, são ocorrentes as decisões em sede de processo civil, onde se funda, a decisão, em tal idéia de atuação do juiz, independente da vontade da parte, conforme se observa nos seguintes julgados:

PROCESSO

REsp 507167

RELATOR Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094)

ÓRGÃO JULGADOR SEGUNDA TURMA

JULGAMENTO 08/11/2005

PUBLICAÇÃO DJ 05.12.2005 p. 275

EMENTA

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA, DANO AO MEIO AMBIENTE -

REALIZAÇÃO DE PROVA POR INICIATIVA DO JUIZ - ART. 130 DO CPC.

PRECEDENTES DO STJ E STF.

1 - No exercício do poder geral de cautela, pode o magistrado adotar providência não requerida e que lhe pareça idônea para a conservação do estado de fato e de direito envolvido na lide.

2 - Recurso especial não conhecido.

Diante disso, pretende-se, no entanto, demonstrar que a mudança na atitude do julgador, diante dos fatos, podendo determinar medidas, ainda que não originadas da vontade das partes, necessárias para a garantia da eficiência da prestação jurisdicional e eficácia da decisão futura, tem sido responsável pela

⁸⁰CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, atualizado até 2006 (incluindo Dec.-Lei n.º 38/2003, de 8/03 (Reforma da Acção Executiva) e o DL 199/2003, de 10/09, o DL 324/2003, de 27 de dezembro, o DL 53/2004, de 18 de março, a Lei 6/2006, de 27/02, a Lei 14/2006, de 26/04, e, finalmente, o DL 76-A/2006, de 29/03). <http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>

⁸¹No mesmo sentido: PÉREZ, Jesús Gonzáles. *EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL*, 3ª ed. Madrid (España). 2001. p. 280. Afirma o autor: “Constituye otra de las exigencias del principio de la tutela judicial efectiva la congruencia, que la sentencia decida todas – y sólo – las cuestiones planteadas en el proceso.”

relativização do princípio da congruência. Logo, o juiz passa a figurar no processo com mais independência.

Com efeito, dispõe o código alemão (ZPO) no seu § 938: “O juiz, a seu arbítrio, resolve que medida é necessária para realizar o fim que pretende.”⁸²

Tendo em vista o dispositivo em referência, pode-se concluir que o juiz, ao decidir, não se atém ao pedido da parte, mas à situação fática levada a juízo, podendo outorgar tutela acautelatória que entender necessária, ainda que seja diversa da requerida, para assegurar a viabilidade da pretensão, adequando a medida ao fato.

No mesmo sentido, acompanhando o contido no citado dispositivo estrangeiro, vale ressaltar o disposto no nosso ordenamento, em que pese os Arts. 266 do CPC: “...poderá o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes, a fim de evitar o dano irreparável.” e 793 “...trazem comandos gerais que não vinculam a decisão do magistrado ao pedido das partes, podendo determinar a realização de atos comissivos e omissivos de ofício, abrangendo todas as medidas cautelares previstas ou não pelo Código de Processo civil.

Com efeito, o juiz, diante do fundado receio de que possa ocorrer determinada situação capaz de causar prejuízo ao resultado positivo do processo principal, poderá deferir medidas protetivas diante de uma situação fática no intuito de, afastando situações perigosas, assegurar a utilidade de uma possível decisão do processo principal, trazendo eficácia à prestação jurisdicional.

É importante registrar que, diante do disposto nos Arts. 798 “... poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio...” e 888 “...em todos estes casos, patente como é o interesse público ou de ordem social, prescreve a providênciapoderá ordenar ou autorizar” e ainda o disposto no Art. 799 do CPC. Torna-se inegável então a amplitude desse poder cautelar do juiz, pois diante das peculiaridades de cada caso concreto e contra os riscos trazidos pelos males do decurso do tempo, face aos interesses das partes levados a juízo, o ordenamento jurídico brasileiro assegurou ao juiz o poder de determinar as cautelares atípicas que reputar mais convenientes e capazes de afastar possíveis óbices ao alcance de uma decisão efetiva que seja pautada, acima de tudo, na preservação da dignidade da justiça.

⁸²PADOVANI, Mário Hildebrando, *poder geral de cautela*, disponível em: http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov11/13_Artigo.html. Acesso em: 27 mar. 2007.

Observe-se ainda que, o juiz no exercício do Poder geral de cautela estará priorizando a solução justa do conflito, uma vez que, ao agir de ofício na identificação da medida adequada para a situação específica, estará agindo em nome do interesse social do processo e não no exclusivo interesse da parte.

Portanto, diante da grande influência do caráter valorativo do juiz no que tange à concessão da medida cautelar, há que se observar o grande comprometimento do juiz com o caso concreto, pois, no momento de decidir, não pode ser totalmente indiferente ao caso que lhe é apresentado, do contrário, o próprio processo seria visto como mero instrumento técnico.

Ocorre que, ao aplicar a medida, há uma preocupação em se promover o equilíbrio entre o bem protegido e o menor prejuízo possível para a parte contrária. Logo, o requerido deverá sofrer a menor restrição possível diante dos efeitos da medida cautelar adotada.

Vale destacar ainda o projeto de reforma do código italiano de 1926, elaborado por Francesco Carnelutti, que reconhece um poder geral de cautela atribuído ao juiz, no intuito de evitar o risco de dano ao direito pretendido.⁸³

Observe-se que o autor já menciona a figura das cautelares, em especial do Poder geral de cautela do juiz como instrumento apto a preservar a situação de equilíbrio existente, posto que este faz referência ao risco de se produzir um dano.

O Código Processual Civil Italiano no seu art. 700 dispõe:

Fora dos casos regulados nas seções precedentes, quem tenha fundado motivo de temer que durante o tempo necessário para fazer valer seu direito em via ordinária, seja este ameaçado de prejuízo iminente e irreparável, pode requerer ao juiz as providências de urgência que pareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneas a assegurar os efeitos da decisão na causa principal.⁸⁴

Márcio Louzada Carpena entende que o código faz referência à autoridade de acautelamento geral atribuído ao juiz, seja ordenando a prática ou não de determinado ato ou ainda a guarda judicial de pessoa e coisas.

⁸³CARPENA, Márcio Louzada, *Do processo cautelar moderno*, de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, 2ª ed. Editora Forense, Rio de Janeiro: 2005.p.9.

⁸⁴PADOVANI, Mário Hildebrando, *Poder geral de cautela*, disponível em: http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov11/13_Artigo.html. Acesso em: 27 mar. 2007.

Ainda quanto ao poder geral de cautela do juiz, o art. 798 do código italiano preceitua:

Art. 798 Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão de grave ou difícil reparação.⁸⁵

Conforme apregoa o autor, o artigo prevê a possibilidade de o juiz adotar qualquer espécie de pedido acautelatório, como medida de urgência e em caráter provisório, ainda que não tenha sido previsto na norma.

No mesmo sentido, o Art. 675, livro V, do CPC dispõe:

Art. 675 “Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes, quando: I) do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes. II) antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de acusar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes. III) no processo, a uma das partes for impossível produzir provas, por não se achar na posse de determinada coisa.”⁸⁶

O dispositivo jurídico trata, na realidade do poder cautelar geral, segundo entendimento de Louzada, permitindo ao juiz deferir medidas não previstas no ordenamento jurídico, voltadas ao acautelamento do direito das partes envolvidas no litígio diferentemente das providências típicas ou nominadas. Neste sentido, se o ordenamento jurídico, mesmo prevendo medidas típicas, não é capaz de regular todas as hipóteses fáticas da vida social em que se permite a tutela cautelar, não se pode impedir a adoção subsidiária de ação atípica. A via inominada pode ser utilizada para atender a necessidade cautelar quando as providências específicas não forem cabíveis no caso levado a juízo em função das restrições impostas pelo código.

⁸⁵PADOVANI, Mário Hildebrando, *Poder geral de cautela*, disponível em: http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov11/13_Artigo.html. Acesso em: 27 mar. 2007.

⁸⁶CARPENA, Márcio Louzada, *Do processo cautelar moderno*, de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, 2ª ed. Editora Forense, Rio de Janeiro: 2005.p.15.

Outro ponto que merece destaque e que também reflete o propósito colaborador do juiz na consecução da finalidade processual, diz respeito ao caráter mandamental das cautelares que insere efeito coativo à medida.

A Lei 10.358, de 27 de dezembro de 2001 acrescentou ao artigo 14 do Código de Processo Civil o inciso V, deixando claro que as partes e todos aqueles que participam do processo têm o dever de cumprir os provimentos mandamentais e não criar empecilhos à efetivação de tais provimentos judiciais seja de natureza antecipatória ou final, prevendo ainda que o juiz poderá fixar multa quando houver prática de ato contrário a estes deveres.

Nesse sentido, cabe frisar que a lei, trazendo a expressão provimentos “mandamentais”, reafirmou o caráter coercitivo da decisão, o que se estende às cautelares. Logo, por meio da decisão mandamental profere-se uma ordem para que as partes se comportem segundo o direito que a sentença houver atribuído ao demandante, protegendo, dessa forma, o ordenamento jurídico vigente.

É importante ressaltar que a proteção do ordenamento não é obrigação apenas dos cidadãos, mas também do poder judiciário, que é o próprio Estado no exercício da função jurisdicional. Nessa linha de raciocínio, pode-se perceber que a existência de uma ordem constitui premissa básica da decisão mandamental e os atos praticados pelo demandado são condições para a efetivação dessa decisão. Assim, para que essa ordem emanada pelo juiz seja obedecida por quem de direito, o sistema estabelece formas de coerção do destinatário. Isto é, aquele que recebe o ordenamento judicial, em caso de descumprimento, estará sujeito a sanções, tais como: multa, prisão etc., capazes de compelir o demandado a cumprir o que foi determinado pelo magistrado.

Nessa ordem de idéias, pode-se afirmar que o caráter mandamental das cautelares consiste em expressão do ativismo do juiz que, diante da urgência da situação, arroga-se no poder-dever de determinar a medida provisória capaz de suprir a necessidade de segurança.

A decisão mandamental como característica encontrada nas tutelas cautelares é mais um reflexo do objetivo da reforma processual, demonstrando confiança no poder judiciário e na capacidade do Estado – juiz que, adequando o processo ao direito material, será capaz de, utilizando uma técnica processual mais eficiente, outorgar a tutela do direito com efetividade.

O Código de Processo Civil alemão, no seu § 139 (ZPO) dispõe:

§ 139 — CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados.⁸⁷

Observe-se que a lei expressa o modelo típico de Stuttgart e que se assemelha ao princípio da colaboração, em que o juiz se propõe a discutir com as partes as matérias fáticas e jurídicas necessárias ao deslinde da causa.

Pode-se verificar que o ordenamento alemão também demonstra uma preocupação em atribuir uma maior liberdade de atuação para o magistrado, no intuito de possibilitar a entrega de um direito ao seu titular, resultante da participação não só do juiz, mas de uma atuação efetiva das partes na elucidação dos fatos que fundamentam o seu direito.

Por fim, é importante assinalar que o poder cautelar do juiz deve ser exercido prudentemente, evitando, dessa forma, que os seus efeitos possam causar um prejuízo desnecessário para a parte contrária, concedendo as medidas mais convenientes e hábeis a enfrentar o perigo, segundo as peculiaridades de cada caso concreto.

Logo, entendemos que o permissivo legal do poder geral de cautela consiste em reflexo do princípio da colaboração, o que se traduz no caráter ativo do juiz que, comprometido com os anseios da sociedade, atribui praticidade e agilização processual ao desembaraço da prestação jurisdicional com a sua aproximação às partes no intuito de realizar a pretensão destas.

⁸⁷PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Pode o juiz considerar na sentença matéria de direito ou fato não alegada pelas partes sem observar o contraditório substancial?* Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a.5,nº 206. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1650> Acesso em: 21 jun. 2007.

Trata-se, portanto, de uma reafirmação do efeito positivo trazido pela postura ativa do juiz na condução do processo, tornando mais real a proposta de materialização célere e justa de direitos, como finalidade precípua do processo.

7.5. - Da fungibilidade das cautelares como reflexo do poder discricionário do juiz e as suas limitações legais

Diversas técnicas têm sido adotadas para enfrentar o problema da demora dos pleitos judiciais. No entanto, não se pretende, com este trabalho, relacionar de forma exaustiva as técnicas empregadas na prestação jurisdicional, mas é importante fazer uma breve referência de alguns procedimentos relevantes que, de certa forma, têm alcançado resultados positivos face à necessidade de celeridade processual, como o procedimento dos Juizados Especiais, disciplinados na Lei nº 9.099, e ainda o procedimento sumário disposto no Art. 275 e s. do CPC.

Ocorre que os mecanismos adotados no processo e destinados a acelerar a materialização dos direitos com “justiça”, muitas vezes não oferecem condições de manter por muito tempo o grau de produtividade que dele se espera, face aos problemas referidos anteriormente, como os formalismos desnecessários, que somados aos demais problemas sociais, econômicos e culturais prejudicam o acesso dos jurisdicionados à justiça efetiva, além do crescimento acelerado das demandas judiciais que resultam na demora do processo.

Por conseguinte, não se pode ignorar que apesar do surgimento de novas e ousadas reformas, existem riscos e limitações em razão da existência de sistemas sociais fundamentalmente injustos. Diante desse fato, não podemos esperar que as reformas judiciais e processuais substituam suficientemente as reformas de caráter econômico ou social.

Vale apregoar que, diante dos problemas mencionados, os mecanismos destinados a acelerar a prestação jurisdicional ainda se mostram insuficientes, tornando-se necessário, além das reformas estruturais que citamos, criar novos instrumentos jurisdicionais voltados ao aperfeiçoamento do sistema jurídico no que tange à eficiência na sua prestação e eficácia na realização do direito pretendido.

Voltando à seara das cautelares, outra questão que merece desta no âmbito do poder geral de cautela do juiz diz respeito à interpretação do disposto no § 7º aditado ao Art. 273 do CPC pela Lei nº 10.444 e que trata da fungibilidade concedida às cautelares e à tutela antecipada.

7.6. O poder-dever do juiz de concessão de ofício das medidas cautelares

Antes de discorrermos sobre o tema e diante do que foi abordado acerca do poder geral de cautela, pode-se afirmar que, face ao caráter meramente exemplificativo do dispositivo do Código que regula as cautelares típicas, a parte pode solicitar qualquer outra providência acautelatória, mesmo que não tenha sido prevista expressamente, dada a impossibilidade de previsão de todas as hipóteses de dano e ameaça ao direito da parte.

Partindo destas premissas, vale ressaltar a finalidade supletiva do Poder geral de cautela diante da citada imprevisão, cabendo ao juiz conceder medida necessária ainda que não solicitada pela parte.

Ademais, muitos tendem a afirmar que essa faculdade atribuída ao juiz para concessão de medidas cautelares de ofício, na realidade se interpreta como um poder – dever do juiz. Trata-se de poder, como certa margem de liberdade para determinar e impor o cumprimento da medida acautelatória e dever como atribuição do juiz, representante do poder público na defesa do interesse social, de conceder a medida adequada para cada situação fática apresentada.

Em um primeiro momento pode-se entender que o poder geral de cautela do juiz se traduz numa liberdade ampla e ilimitada. Ocorre que, a liberdade para conceder de ofício a medida cautelar mais adequada está condicionada à observância de determinados pressupostos de admissibilidade que, uma vez ignorados, retiram a licitude do ato procedimental.

Diante do exposto, é necessário entender que essa faculdade atribuída ao julgador é dotada de caráter discricionário e um certo grau de subjetivismo do juiz na concessão da medida, após apreciação do preenchimento dos requisitos – “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”, . Logo, o juiz é livre para escolher a

medida necessária e útil. No entanto, preenchidos os requisitos legais não poderá este, por razões de conveniência, recusar-se a concedê-la.⁸⁸

Não são mais raras as considerações sobre os requisitos exigidos para a concessão do poder geral de cautela pelos tribunais, como se pode observar no seguinte julgado:

PROCESSO
REsp 662033
RELATOR (A)
Ministro JOSÉ DELGADO (1105)
ÓRGÃO JULGADOR
PRIMEIRA TURMA
JULGAMENTO
28/09/2004
PUBLICAÇÃO
DJ08.11.2004p.191
RSTJ vol. 195 p. 124
EMENTA
PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CASSAÇÃO DE LIMINAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ILEGITIMIDADE ATIVA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO, PELO ESTADO, À CRIANÇA HIPOSSUFICIENTE, PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. ART. 7º, C/C OS ARTS. 98, I, E 101, V, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARTS. 5º, CAPUT, 6º, 196 E 227, DA CF/1988. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF.
4. O **poder geral de cautela** há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (**inclusive as liminares inaudita altera pars**) é crucial para o próprio exercício da função jurisdicional, não devendo encontrar óbices, salvo no ordenamento jurídico.
5. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: **o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (periculum in mora e fumus boni iuris)**, que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão,

⁸⁸Marcelo Lima Guerra resume bem os requisitos para a prestação da tutela cautelar: “...percebe-se facilmente que a situação que exige e justifica a prestação dessa tutela (cautelar) apresenta contornos bem definidos e caracteriza-se sempre como a situação em que a prestação efetiva de tutela jurisdicional que, conforme se prevê (hipoteticidade), terá determinado conteúdo, vê-se *ameaçada* pela iminência de ocorrerem certos fatos os quais, uma vez verificados, obstariam aquela prestação efetiva. É manifesta a possibilidade de análise dessa situação, identificando nela dois elementos distintos, embora relacionados, que a compõem, a saber: a) a previsão (hipotética) de que tutela jurisdicional com determinado conteúdo será prestada; b) a ameaça (objetiva) de prestação não efetiva dessa mesma tutela.”(GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*, São Paulo:Malheiros Editores Ltda: 1995, p. 23).

para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal.

6. A verossimilhança faz-se presente (as determinações preconizadas no Estatuto da Criança com o do Adolescente – Lei nº 8.069/90, em seus arts. 7º, 98, I, e 101, V, em combinação com atestado médico indicando a necessidade do tratamento postergado). Constatação, também, da presença do periculum in mora (a manutenção do decisum a quo, determinando-se a suspensão do tratamento (fornecimento do medicamento), com risco de dano irreparável à saúde do menor). Se acaso a presente medida não for outorgada, poderá não mais ter sentido a sua concessão, haja vista a possibilidade de danos irreparáveis e irreversíveis ao menor.

7. Prejuízos irá ter o menor beneficiário se não lhe for concedida a liminar, visto que estará sendo usurpado no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo juiz, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

8. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

9. Recurso provido.

É oportuno aditar que, diante da ampliação dos poderes do juiz no processo como reflexo do seu ativismo tem-se o § 7º do Art. 273 do CPC como influência do próprio princípio da colaboração face à oportunidade concedida pelo dispositivo ao juiz de substituir uma medida por outra que melhor atenda à necessidade e urgência da situação em tela.

Reza o Art. 273, §º 7:

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:...

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Observe-se que o dispositivo deixa clara a preocupação do legislador em mitigar os rigores processuais em observância ao princípio da economia processual e da instrumentalidade das formas, dado que o dispêndio de tempo para se instaurar um novo processo ou para se iniciar um novo pedido

acautelatório seria desnecessário diante da possibilidade de se alcançar o mesmo resultado mediante a utilização de um meio mais rápido e legítimo.

Nesse aspecto, vem se manifestando o STJ quanto à fungibilidade das cautelares, conforme se verifica no teor do julgamento que ora se transcreve:

PROCESSO
REsp 627759 / MG
RELATORA
Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)
ÓRGÃO JULGADOR
TERCEIRA TURMA
JULGAMENTO
25/04/2006
PUBLICAÇÃO
DJ 08.05.2006 p. 198
Processual civil. Recurso especial. Cautelar de sustação de protesto. Efetivação do protesto. Suspensão dos seus efeitos. Possibilidade. **Poder geral de cautela** e fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. - **O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere poder ao juiz para deferir providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela.** - Segundo o Entendimento do STJ: (i) é possível a suspensão dos efeitos dos protestos quando há discussão judicial do débito; (ii) a decisão cautelar de sustação de protesto de título insere-se no **poder geral de cautela**, previsto no art. 798 do CPC; e (iii) a sustação de protesto se justifica quando as circunstâncias de fato recomendam a proteção do direito do devedor diante de possível dano irreparável, da presença da aparência do bom direito e quando houver a prestação de contra-cautela. - De acordo com o **poder geral de cautela** e o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela, o perigo de dano pode ser evitado com a substituição da sustação do protesto pela suspensão dos seus efeitos, se o protesto já tiver sido lavrado na pendência da discussão judicial do débito. Recurso especial provido.

À primeira vista, tem-se a impressão de que a atuação de ofício do juiz e ainda o seu caráter discricionário, em que pese à fungibilidade das cautelares, implicam a mitigação do princípio da imparcialidade do juiz.⁸⁹

⁸⁹FRIEDE, Reis. *Medidas liminares e providências cautelares ínsitas em Habeas Corpus, Ações Possessórias, Desapropriação, Usucapião Especial, na nova Lei do Inquilinato e em Propriedade Industrial*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.p.33. Nas palavras do autor, "...o comando contido no art. 798 do CPC assegura um poder ao juiz de bases discricionárias na escolha da medida atípica necessária a acautelar o eventual direito do requerente".

Acontece que, em atenção ao princípio da economia processual e da instrumentalidade das formas deve-se entender que não se pode exigir a forma como um fim em si mesmo. Assim, mesmo que se conceda medida diversa da solicitada pela parte, substituindo-as, havendo oportunidade para que a parte se pronuncie quanto à medida concedida, não se está cerceando direito de defesa, nem tampouco implicará parcialidade do juiz, pois este estará atuando como representante do poder público em nome do interesse social do processo.

Do exposto, busca-se demonstrar que a demora na resposta jurisdicional muitas vezes invalida toda eficácia prática da tutela e quase sempre representa uma grave injustiça.

Nesse ínterim, vale frisar que o poder geral de cautela, a possibilidade de concessão da medida de ofício pelo juiz, a fungibilidade das cautelares, demonstram a preocupação do legislador não apenas com a eficiência do processo, mas também com a segurança jurídica dos direitos das partes.⁹⁰

Vale ressaltar, no entanto, que discricionariedade não se confunde com liberdade incondicionada, pois ao juiz é admissível certo subjetivismo na escolha da medida que melhor atende à situação de urgência, tendo, no entanto, que observar as regras legais que limitam o âmbito de aplicação deste poder.

Trata-se, como se pode perceber, de uma forma de abrandar os rigores formais do processo para que não prejudique a efetividade do mesmo, sem que isso, como já nos referimos anteriormente, impeça a observância do devido processo legal, em que pese o contraditório e a ampla defesa, como se vê no disposto no Art. 802 do CPC: “o requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de cinco (5) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir”.

Reis faz ainda referência à medida atípica segundo o qual: “por medida atípica deve-se entender aquela providência tomada pelo magistrado que não recebeu denominação específica na lei processual e, por este motivo, seus objetivos e procedimentos especiais não estão determinados legalmente.”

⁹⁰FRIEDE, Reis. *Medidas liminares e providências cautelares ínsitas em Habeas Corpus, Ações Possessórias, Desapropriação, Usucapião Especial, na nova Lei do Inquilinato e em Propriedade Industrial*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.p.46.Nas palavras do autor:”o processo cautelar, notadamente o inominado (derivado do Poder Cautelar Geral), e o ex officio (derivado do Poder Cautelar Genérico), se encontra apto a proporcionar as soluções imediatas, rápidas, para problemas angustiantes, contém ele em si dose imensa de perigo. Os jurisdicionados, por um lado se vêem entregues à discricção e ao bom senso dos juízes; com o grave risco de – caso eles não exerçam adequadamente sua discricção, ou não possuam o necessário bom senso – o processo cautelar imediatamente descambar para um desastre completo”.

Vê-se que a sumarização do procedimento não impediu que a parte requerida, mesmo em momento posterior, tivesse oportunidade para se pronunciar quanto à medida concedida.

Resta ainda observar que a fungibilidade das cautelares, ou seja, previsão legal de discricionariedade do juiz para substituir a medida requerida pela parte, por uma outra medida mais condizente com a necessidade e urgência da situação fática apresentada, transcende os limites do interesse exclusivo da parte requerente, prevalecendo o interesse público que o Estado representa por meio da figura do juiz.

Julgado do Superior Tribunal de Justiça, Resp. 100511/RS, Recurso Especial 1996/0042725-9, ocorrido em 1997, sendo Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes, já trata da fungibilidade quando dispõe:

EMENTA

MEDIDA CAUTELAR DE PROTESTO DE TÍTULO E AÇÃO DECLARATORIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO CAMBIAL. DUPLICATA. PAGAMENTO MEDIANTE RECIBO. CONTRATO APOIADO NOS ARTIGOS 1.065 E SEGUINTE DO CÓDIGO CIVIL, ASSIM IDENTIFICADO PELO ACORDÃO RECORRIDO. SÚMULAS 5 E 7 DA CORTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. 1. Não há contrariedade alguma com a regra jurídica do art. 292, § 2º, do código de processo civil, a **decisão cautelar de sustação de protesto de título em ação sob o rito ordinário na qual se pede a declaração de inexistência de obrigação cambial**. Tal decisão insere-se no **poder geral cautelar do juiz no abrigo do art.798 do Código de Processo Civil(...)**

Segundo observações de Humberto Theodoro Júnior, em sua obra “Processo Cautelar”, a doutrina moderna tem permitido a adoção pelo juiz, dentro do seu poder geral de cautela, de providência atípica, mesmo quando envolva situação a que normalmente corresponderia uma medida típica.⁹¹

O autor amplia ainda mais o poder de atuação do juiz, quando prevê a possibilidade de, com base no seu poder geral de cautela, e ainda em observância ao princípio da instrumentalidade das formas, o juiz conceder de

⁹¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*, ed. 21ª, São Paulo: 2004. p. 122.

ofício, para uma situação específica, medida diversa daquela para a qual o Código prevê expressamente.

Nesse sentido, para os fins colimados na regulamentação de cada uma das figuras prefixadas pelo Código, as cautelares são típicas, podendo, segundo o autor, postular um provimento cautelar diferente daqueles preestabelecidos pela lei.

Como já afirmado, em regra geral, apenas se utiliza a cautelar inominada quando não há previsão de cautelar específica, ou seja, só se emprega a regra geral quando não houver disposição específica disciplinando a respeito. Trata-se de questão que dá margem a discussões, no entanto, reflete uma confiabilidade quase que irrestrita capacidade jurisdicional e moralidade do juiz no ato de instruir e julgar o processo. No entanto, não deixa de ser ainda um reflexo dessa tendência social que ele detém, baseado na idéia de que ao juiz cabe o dever de interpretar a norma e adotar o procedimento mais adequado para a pacificação do conflito com a justiça.

7.7 A fungibilidade das cautelares e o princípio do dispositivo

A fungibilidade das cautelares demonstra uma preocupação do legislador em relativizar os rigores processuais, evitando, dessa forma, o prejuízo à efetividade do processo e, como resultado disso, prejudicando o direito das partes para as quais o processo surge como instrumento.

Nesse sentido, se a medida cautelar tem como principal função a garantia de uma situação jurídica, nada impede que a providência originariamente requerida possa ser substituída por outra menos gravosa ou mais eficiente e forte na realização da sua finalidade, que é assegurar adequadamente o objeto da tutela.

Quanto à fungibilidade das medidas cautelares os seus fundamentos estão previstos nos arts. 805 e 807, além do § 7º, art. 275 do CPC, já analisado anteriormente, onde se prevê a possibilidade de substituição de medida cautelar por outra que demonstre maior aptidão para manter preservada uma situação de

equilíbrio processual ou capaz de modificar uma situação de risco à tutela do direito pleiteado pela parte.

Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

Como exemplo da fungibilidade das medidas cautelares, Ovídio Baptista faz referência à hipótese em que o autor, alegando que necessita obter prova do seu vínculo empregatício com o réu, pede a exibição cautelar de todos os livros contábeis da empresa; no entanto, a medida mais adequada seria a exibição dos livros de registro de empregados. Nesse caso, não cabe ao juiz rejeitar a ação cautelar, mas sim adequar o pedido à necessidade alegada pelo autor, limitando-o à exibição dos livros necessários à prova da relação de emprego. Outro exemplo: o autor da ação cautelar postula a retirada de uma janela do prédio vizinho que lhe ofende o direito de vizinhança. O juiz poderá julgar procedente a ação cautelar, deferindo, porém, sob forma de liminar, não a supressão da janela, mas a colocação nela de vidros foscos que impeçam a visão para o prédio do autor.⁹²

Como se pode observar, a fungibilidade na seara das cautelares consiste na faculdade atribuída ao juiz de modificar a qualquer tempo a providência deferida, amenizando desta forma o rigor da aplicação do princípio do dispositivo no processo cautelar, contido no Art. 128 do CPC segundo o qual o juiz deverá se ater aos limites em que foi proposta a lide, segundo o pedido formulado pela parte na petição inicial, não podendo, segundo tal dispositivo, conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.⁹³

⁹²SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, volume 3/ - 3. ed. Ver., atual. e. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

⁹³Eduardo Melo de Mesquita, tratando das cautelares, professa o seguinte raciocínio: “O art. 797 do CPC traz a imposição de que, só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes, autorizando, assim, poderes oficiosos ao julgador para que, em casos

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

Carlos Alberto de Oliveira esclarece que: “O princípio dispositivo veio como forma de garantia contra o arbítrio judicial, pois não há juiz mais arbitrário do que o juiz parcial, abuso que se tornaria insuportável se lhe fosse facultado decidir acerca do seu próprio interesse”.⁹⁴

Diante dessa afirmação, pode-se entender que se trata de uma forma de preservar a imparcialidade do órgão judicial, bem como garantir o direito da parte de iniciar a ação e ainda especificar a sua matéria.

No entanto, o que se pode observar é que a funcionalidade das medidas cautelares, em especial da sua fungibilidade, acaba justificando o abrandamento da observância do princípio do dispositivo, tendo em vista não a observância da formalidade processual em si, mas da finalidade última do processo fundamentado no Princípio da Instrumentalidade das Formas, consagrado nos arts. 244 e 154 do CPC, tema que também será objeto de análise neste trabalho.⁹⁵

específicos, mediante prudente *ponderação* conceda medida sem provocação da parte. Este é o *poder cautelar genérico* que se presta a assegurar a jurisdição, ainda que não haja previsão legal autorizadora da ordem”. Irrefragável a provocação da parte, por seu turno, quanto ao *poder geral de cautela* e a concessão de medida urgente, pois depende de instauração de processo cautelar. Assim entende a doutrina, com a qual não há concordância neste estudo. A discordância radica no fato da desnecessidade de desmembramento do poder concedido ao juiz para, ponderando a situação concreta, conceder, ou não, a medida urgente que se fizer necessária à defesa da jurisdição ou a evitar desequilíbrio entre as partes por atos nocivos praticados por uma delas. Trata-se, cristalinamente, de um único poder-dever e não, de dois, como pretende a doutrina citada, ou seja, denominemo-lo da forma que quiserem, mas não há razão para exigir provocação da parte, mediante instauração de processo cautelar, quando a situação seja daquelas que exijam imediata e oficiosa atuação do juiz. Situações extremas e excepcionais devem receber tratamento diferenciado, pelo que estará o juiz no *dever* de conceder *ex officio* a medida, sob risco de inefetividade da justiça.

Novamente sobrepara a *ponderação* a nortear o juiz no entrechoque do princípio *dispositivo* e o da *efetividade* na situação excepcional em que toma conhecimento da situação de risco, por exemplo, por meio de documento carreado aos autos, por terceiro, impossibilitando a audiência da parte contrária em face da urgência, neste caso por *periculum* excessivo.” (*O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*, Curitiba: Juruá, 2006. p.173-174).

⁹⁴OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, 2ª Ed., ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.p.78.

⁹⁵Carlos Aurélio Mota de Souza sustenta: “(...) com vistas ao desenvolvimento de um novo modelo processual, de cunho democrático ou social, em que se possa conciliar justiça com celeridade, e imparcialidade com publicização, deve-se prestigiar os poderes do juiz na direção formal e material do processo, tornando-o um misto de inquisitivo e dispositivo, com atenuação da disponibilidade, mas sem prejuízo do contraditório, da defesa e da igualdade das partes.” (*Poderes Éticos do Juiz*. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. p.68.)

Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade

Numa concepção clássica, o princípio dispositivo impõe exclusiva contribuição das partes na instrução do processo, forçando o juiz a se contentar passivamente com a versão trazida pelas partes.⁹⁶

É necessário estabelecer um compromisso que permita ao processo atingir sua finalidade com justiça e no mais curto período de tempo possível, no entanto, para isso os poderes do juiz no processo têm acentuada relevância, já que o princípio da oficiosidade permite ao juiz uma maior atuação voltada para a investigação da “verdade” dos fatos, no entanto, não poderá este princípio imperar de forma absoluta, o que acarretaria a absorção do direito civil pelo direito público.⁹⁷

Importa ainda ressaltar, que, por um lado, não se pode atribuir às partes amplos poderes no processo de forma a sujeitar o andamento e desenvolvimento deste a sua exclusiva vontade. Por outro lado, não se admite que a liberdade concedida ao juiz para participar da instrução do processo, redunde em arbítrio ou comprometa a sua imprescindível imparcialidade.⁹⁸

Vale ressaltar, que a função judicial está associada à aplicação do direito, logo, ao órgão judicial caberá não só dizer o direito aplicável, mas colaborar com a investigação e aplicação das regras adequadas ao caso concreto, sem que incorra em parcialidade.

⁹⁶OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, GENESIS – Revista de direito processual civil, Curitiba, vol. 8, nº 27, janeiro/março de 2003, p. 23.

⁹⁷Veja-se a propósito o entendimento de Jesús Gonzáles Pérez. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid (España):2001.p.170. Diz o autor: “Los jueces no deben intervenir en un proceso si sus relaciones con la pretensión pueden poner en duda su imparcialidad o, mejor, la confianza en su imparcialidad. Cuando se den estas causas que, objetivamente, permitan hacer dudar esta imparcialidad, los Ordenamientos jurídicos imponen que se aparte de intervenir en el proceso aquel en que concurren, sustituyéndose por otros en quienes no concurre ninguna de esas causas”.

⁹⁸“AbRANDANDO-se o princípio dispositivo puro obtém-se o princípio dispositivo do direito processual civil atual, comprometido com a entrega da prestação jurisdiccional justa, de interesse não apenas das partes envolvidas, mas, sobretudo, do Estado”. (CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.p.68).

Observe-se que a radicalização de qualquer destes princípios implicaria perda, tanto para a parte que pretende ver assegurados os direitos individuais, quanto para o Estado-juiz que busca garantir a realização do interesse social do processo.

O nosso sistema judicial adota como regra o princípio dispositivo, no sentido de que a parte deve suscitar o fato jurídico do qual decorre o seu, e o órgão judicial aplica o direito ao fato. No entanto, o que se pode observar é que os muitos dispositivos contidos no nosso Código de Processo Civil estão voltados para o processo civil de resultados, priorizando a realização material do direito independentemente da observância rigorosa da forma do processo.

Nesse ínterim, ao juiz caberá conhecer o fato e investigá-lo de ofício, caso não se satisfaça com as provas trazidas pelas partes ao processo, priorizando assim, a busca da verdade material e tornando o órgão judicial totalmente independente na sua aplicação, desvinculando-o dos pedidos e alegações das partes.

Com base em uma breve análise acerca da fungibilidade das cautelares se percebe a necessidade de mais aguda atividade do juiz impulsionado a participar de forma mais intensa na instrução do processo, exercendo atividades capazes de aproximá-lo, o máximo possível, da verdade dos fatos alegados pelas partes e contribuindo para a investigação destes. Trata-se, como se pode perceber, de confiar-lhe direção efetiva e não apenas formal do processo.

Carlos Alberto de Oliveira, ao citar Klein em seu artigo *“Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”*, acaba por reafirmar o posicionamento deste segundo, no qual há uma preocupação em criar um processo civil em que a parte menos hábil, menos culta, menos dotada de recursos (sem possibilidade de pagar um defensor eficiente e capaz) viesse a se encontrar em pé de igualdade material e não apenas formal em relação ao adversário.⁹⁹

O necessário exercício da fungibilidade das cautelares vem ratificar o quanto uma postura ativa, adotada pelo juiz, pode reverter uma situação de desigualdade processual que não poderia ser solucionada pela parte, face a todos os problemas citados pelo autor.

⁹⁹OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, GENESIS – Revista de direito processual civil, Curitiba, vol. 8, nº 27, janeiro/março de 2003, p. 24.

Dessa premissa, infere-se que o aumento dos poderes do juiz veio criar, não uma faculdade, mas um dever de advertir as partes quanto à irregularidade das provas, ou ainda quanto à insuficiência de suas alegações ou lacuna de seus pedidos, numa função supletiva e auxiliar.

Entretanto, é preciso deixar claro que tal discricionariedade expressa no ato de substituir, modificar ou ainda conceder medidas cautelares, ainda que não pleiteadas pelas partes, deverá estar associado à necessidade de evitar a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante, com vistas a promover a realização do interesse social do processo, dando solução ao conflito e promovendo o bem-estar coletivo.

Trata-se de uma visão cooperativa do juiz com as partes, no processo, cuja liberdade na aplicação do direito configura instrumento de grande valia para restabelecer o equilíbrio das partes e garantir a paridade de armas.

Ocorre que nesse entendimento não significa que haja um desprezo quanto às conclusões das partes, não se trata de um monopólio do juiz quanto à investigação dos fatos e aplicação do direito com base unicamente na jurisdição por equidade do juiz, do contrário o juiz se transformaria em uma máquina, emitindo uma decisão com mecânica indiferença¹⁰⁰.

Em tal seara, a adequação da solução jurídica preconizada vai depender do convencimento do órgão judicial quanto à “verdade provável” dos fatos, já que poderá haver o risco de decidir de forma inadequada ou injusta, se não identificada a norma jurídica favorável ao litigante ou não interpretada corretamente. Nesse caso, deverá o juiz analisar as conseqüências negativas da aplicação da norma ao direito de defesa da parte, à economicidade e celeridade do processo.¹⁰¹

Dentro dessa orientação, é necessária a ouvida da parte, ainda que o julgador tenha a liberdade para escolher a norma ou medida a ser aplicada à

¹⁰⁰OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, GENESIS – Revista de direito processual civil, Curitiba, vol. 8, nº 27, janeiro/março de 2003, p.29.

¹⁰¹“Cada um dos litigantes defende um aspecto da “verdade” porque a enxerga de maneira restrita e particularizada, o que torna a verdade processual relativa”.(...) A verdade fática é absoluta, pois corresponde exatamente ao ocorrido. Todavia não se pode negar o seu caráter ideal, tendo em vista a dificuldade em atingi-la no processo. Ademais o julgador nunca saberá com a devida certeza se de fato conseguiu alcançá-la, donde pode-se concluir pela incerteza da verdade absoluta. Não restam dúvidas de que se aproximar o quanto possível da verdade fática é fundamental para a justiça da decisão, mas esta aproximação decorre da certeza da verdade e não propriamente da verdade. (AMICUCCI, Luciana Camanelli. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.p.87-88).

situação concreta, independentemente de solicitação daquela e ainda a substituição de uma medida cautelar por outra mais adequada à causa. Assim, face aos princípios da economia e da celeridade processual, e ainda diante do risco de dano a que está exposto o direito da parte, admite-se a atuação de ofício do julgador, ainda que sem ouvida prévia da parte, quando tal medida configura-se indispensável para evitar o dano ou risco de dano ao direito pretendido na ação principal.

Não se trata aqui de afronta ao princípio dispositivo, conforme discutido anteriormente, e, menos ainda, ao princípio da imparcialidade em razão da necessidade de se assegurar a realização do interesse social do processo, como acima se assinalou, pautado na busca pela solução justa do conflito.

7.8. A atuação de ofício e a imparcialidade do juiz

O diálogo judicial e a cooperação abrem oportunidades para que as partes e o juiz participem da construção do ato decisório resultante da democratização do processo, além disso, cabe evidenciar o não comprometimento da parcialidade do juiz, controlado pelo contraditório, pelo dever de motivação e possibilidade de reexame da decisão¹⁰².

Nessa perspectiva, o dever de motivar as decisões, a publicidade do procedimento, a possibilidade de recursos em geral e o duplo grau de jurisdição são controladores do arbítrio do juiz, limitando o caráter pessoal da decisão, despindo-o de humores e sentimentos que possam interferir no bom desempenho da atividade jurisdicional.

Resta deixar claro que, diante da atuação de ofício pelo juiz e ainda analisando criticamente a visão social do processo, impõe-se advertir que o direito material não pode correr o risco de sucumbir em virtude de considerações puramente formais, como também, o aumento dos poderes do juiz não deve significar completa indeterminação desses poderes, o que se configuraria verdadeiro exercício arbitrário de jurisdição.

¹⁰²OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, GENESIS – Revista de direito processual civil, Curitiba, vol. 8, nº 27, janeiro/março de 2003, p.31.

7.9. Os pressupostos de admissibilidade das medidas cautelares

A liberdade concedida ao julgador para conceder a medida cabível para cada caso concreto, apresenta um caráter subjetivo na sua postura-quando precisa interpretar a norma-adequando-a à situação fática em análise, depois de preenchidos os requisitos de admissibilidade da tutela cautelar.

Dentro desse enfoque, vale frisar que, diante da situação de urgência vivenciada e merecedora de proteção cautelar, cabe ao juiz, antes de conceder a medida cautelar, observar a existência dos pressupostos processuais de admissibilidade, ou seja, a probabilidade de êxito da pretensão e o perigo de ficar comprometida, irremediavelmente, pela demora processual presente, conforme dispõe o art. 798 do CPC.

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

Nesse sentido, para que o processo cautelar possa garantir o resultado do processo de conhecimento de execução, ou nos procedimento especiais, não basta uma pretensão possível e razoável, é necessário o “*fumus boni iuris*”, que torne provável o acolhimento do pretense direito.¹⁰³

No que diz respeito ao “*fumus boni iuris*”, cabe observar que a sentença cautelar deverá trazer um juízo de probabilidade, ou seja, a existência provável de um direito que somente será reconhecido posteriormente, na sentença proferida no processo principal.

Com efeito, a proteção não apenas pressupõe a simples aparência do direito a ser protegido, mas exige que ele não se mostre ao julgador como uma realidade evidente e indiscutível ou estará outorgando, desde logo, por meio da

¹⁰³Eduardo Arruda Alvim ensina: “A fim de que a pretensão cautelar possa ser apreciada, julgando-se procedente ou improcedente o pedido, é necessário, pois como em qualquer outra ação, o preenchimento de determinados requisitos. (...) E esses requisitos correspondem às condições genéricas das ações, precisamente idênticas àquelas exigidas para o processo de conhecimento, a saber, possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade *ad causam*. (...) Ao lado das condições genéricas das ações, como visto precedentemente, tem a doutrina identificado as chamadas “condições específicas da ação cautelar”, e que consistiriam justamente na chamada fumaça do bom direito e no perigo de dano”. *Notas para uma teoria geral do processo cautelar, Inovações sobre o direito processual civil:Tutelas de urgência:(Coord.)* Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim.Rio de Janeiro:Forense, 2006. P.96-97.

sentença, proteção definitiva a um direito reconhecido pela ordem jurídica que o juiz satisfaz. Assim, caberá a cautelar, porque o juiz não possui meios de averiguar, neste momento, se o direito realmente existe face à urgência da situação e do reduzido limite do tempo por ela determinado.

Todavia, se o juiz, com base na cognição sumária e por meio da sentença proferida em sede de tutela cautelar já pode proclamar, com toda segurança, a existência do direito, já que as circunstâncias demonstram a sua evidência, não caberá mais, nesse momento, a tutela cautelar, mas, sim, a de caráter satisfativo.

No entanto, a tutela cautelar deverá se submeter à contingência de prestar proteção à simples aparência do direito, pois a sua investigação probatória exaustiva reduziria a sua utilidade prática.

Nessa ordem de idéias, preenchidos os requisitos processuais de admissibilidade das cautelares, não cabe ao juiz atuar discricionariamente, optando pela não concessão da tutela pretendida, fundamentada unicamente em razões de conveniência e oportunidade.

Vale observar que as restrições ao poder geral de cautela como a condição de existência do “*fumus boni iuri*” e do “*periculum in mora*” são pressupostos para a concessão de qualquer medida cautelar, seja nas hipóteses do Art. 888 do CPC, observados os casos de procedimentos cautelares específicos que possuem pressupostos particulares para cada um, seja nas medidas atípicas, pois os fatos da vida são ilimitados, dando margem a uma ampliação do âmbito de incidência da medida que passa a regular fatos fora das hipóteses determinadas tipicamente, pois é impossível tutelar o processo civil apenas com medidas rigorosamente previstas no ordenamento.¹⁰⁴

Cabe ainda considerar o entendimento de Alexandre de Freitas Câmara, em seu livro Lições de Direito Processual Civil, segundo o qual, o exercício discricionário do poder geral de cautela, pelo juiz, consiste em seu primeiro limite. Logo, o juiz não está impedido de exercer o poder geral de cautela de forma discricionária, mas, excepcionalmente, no exercício da função jurisdicional, pois

¹⁰⁴PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: 2001.p.369. O autor, ao abordar essa questão, faz o seguinte registro: “La tutela jurisdiccional no será efectiva si, al pronunciarse la sentencia, resulta difícil o prácticamente imposible la satisfacción de la pretensión. La lentitud de los procesos puede dar lugar a que, cuando llegue la decisión, clarezca de sentido. De aquí la necesidad de arbitrar medidas – las medidas cautelares – que aseguren los efectos de la sentencia. Es presupuesto de toda medida cautelar el *periculum in mora*, la existencia de un peligro derivado de la demora. Se trata de establecer unos instrumentos que garanticen frente a este riesgo.”

não se fala em senso de conveniência e oportunidade do juiz, já que a medida estará condicionada à existência do *periculum in mora*, do *fumus boni iuris* e à ausência de medida cautelar típica adequada para as hipóteses em juízo.¹⁰⁵

Com base na idéia do autor, o juiz não tem liberdade para escolher a medida cautelar, uma vez que a medida por ele aplicada deverá ser a que seja adequada ao caso concreto, apta a assegurar a efetividade do processo.

Vê-se, pois, a importância do Capítulo I do Livro III ao trazer uma nova regra geral e flexível para garantir a utilização ampla da tutela cautelar, sempre que houver uma situação fática que o exija.

O que se pode observar é que a especificação de medidas cautelares perdeu muito da sua utilidade. Diante desse fato, atribuiu-se ao juiz a possibilidade de conceder qualquer medida cautelar estando ela prevista ou não na lei.

Observa-se ainda que, para a eficácia da concessão dessa medida, sem que implique constrição excessiva dos valores em causa, as tutelas cautelares precisam conciliar duas exigências que, aparentemente, são contrárias, quais sejam: a celeridade e a ponderação.

Nesse particular vale ressaltar o entendimento de Humberto Theodoro Júnior: “deve haver proporção entre a providência atípica e a prestação que se espera obter no processo de mérito”¹⁰⁶.

Com base no entendimento do autor, pode-se concluir que o sacrifício de bens, interesses e valores resultantes da limitação de direitos de uma das partes envolvidas na demanda, não deverá ir além do tolerável, face aos fins que se pretende acautelar. Nesse sentido, mesmo que a medida fosse sacrificadora de alguns direitos protegidos, sendo adequada e necessária, não seria constitucionalmente ilícita por violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso.

¹⁰⁵CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual Civil*.vol.III.ed. 5ª.Editora.Lumen Juris. Rio de Janeiro:2003.p. 49.

¹⁰⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto, Op. Cit., pág.377.Apud. Helen Karina de Oliveira Luiz.Livro:*Temas sobre Tutela de Urgência*, Org. Pós-Graduação em Direito da Universidade Paulista-UNIP-Coordenação:Jorge Luiz de Almeida.Autores:Professores de Direito.Homenagem ao:Prof.Dr.Hermínio Alberto Marques Porto. Editora: Arte & Ciência. Coleção: Livros Jurídicos-UNIP. São Paulo:2002.Texto:Requisitos Das Cautelares.

A adoção de medida limitadora de direitos que se mostre inadequada, desnecessária ou intolerável estará ferindo o princípio da proibição do excesso e, portanto, é inconstitucional por ser excessiva.¹⁰⁷

Nessa linha de argumentação, o que se pode perceber é que houve uma crescente defesa de concepções instrumentalistas e dos estudos em torno da efetividade do processo e celeridade da prestação jurisdicional. No entanto, esta busca pela celeridade processual deverá sempre observar o princípio da proporcionalidade ou da ponderação, para que a concessão da medida não signifique um prejuízo desproporcional para qualquer das partes envolvidas no litígio.

Vale ressaltar ainda que, uma medida cautelar apenas deverá manter a sua eficácia enquanto permanecer útil ao acautelamento do direito, do contrário perderá o seu fundamento. Trata-se da necessidade de conceder o direito com rapidez, mas essa urgência não poderá prejudicar a realização da justiça na concessão desse direito, como afirma Dinamarco, “fazer logo, porém mal”, nem, por outro lado, poderá preocupar-se em “fazer bem” e, no entanto, comprometer a celeridade do processo¹⁰⁸.

O risco que pode surgir no momento da concessão desse direito é a hipótese de que o juiz conceda a medida a quem, na realidade, não é titular do direito. Logo, a celeridade e a ponderação devem se compatibilizar, cabendo ao juiz decidir sobre a aplicação da medida cautelar, de modo que implique menor prejuízo conceder a medida, assumindo o risco de errar, a cometer um erro negando-a, evitando, portanto, sacrifícios desnecessários de direitos.

Nesse contexto, cabe frisar que, muitas vezes, é mais angustiante a sensação de uma demanda que não alcança o seu resultado, mantendo uma situação de conflito, do que a própria decisão definitiva, ainda que desfavorável à parte.

Diante do que foi abordado, pode-se compreender a importância da fungibilidade das cautelares, face à necessidade de sempre priorizar a solução justa do conflito, ainda que inobservado um procedimento que, diante da situação

¹⁰⁷CANAS, Vitalino, *O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações*, III – A Proibição do Excesso na Constituição. – Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Organização: Jorge Miranda. Volume II. P. 354

¹⁰⁸DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, 12ª Edição, Malheiros Editores LTDA, São Paulo/SP: 2006, pág. 318.

de urgência com que o juiz se depara, apenas incorreria em formalidade desnecessária que, seguido à risca, inviabilizariam o alcance de um resultado útil do processo. Pode-se afirmar que se trata de uma forma de relativizar princípio da congruência ou da adstrição da decisão ao pedido da parte, posto que, segundo nosso entendimento, a adstrição deverá existir não quanto ao pedido, mas sim à causa de pedir, pois o que se pretende é garantir a eficácia do próprio instrumento de prestação da tutela jurisdicional, o que não implicaria, portanto, violação pelo juiz da proibição das decisões *extra petita*, quando concede medida cautelar diferente da pleiteada.

Conforme ensina Donald Armelin:

se o juiz pode alterar, depois de conceder, poderá fazê-lo antes, desde que opte por uma medida mais consentânea com os fins colimados pela parte requerente. Assim decidindo não estará violentando o princípio da proibição das decisões *extra petita*, pois a finalidade da tutela jurisdicional cautelar é suficiente para absorver este aparente desvio.¹⁰⁹

Diante de tais considerações, cumpre observar que o juiz não está adstrito rigorosamente ao pedido, a finalidade das medidas cautelares não é solucionar o conflito, pois este será resolvido em outra relação processual de conhecimento ou executiva, é garantir a eficácia do instrumento da prestação da tutela jurisdicional, assegurando a utilidade da efetivação de outra espécie de tutela jurisdicional.

No mesmo sentido, aponta o jurista Carlos José Cordeiro ao afirmar que: “o juiz poderá conceder medida cautelar diversa da requerida pela parte, levando em consideração os fundamentos contidos na petição inicial e as finalidades da tutela cautelar”.¹¹⁰

Observe-se que a concessão da medida está condicionada à existência de circunstâncias responsáveis pelo sentimento de medo de que a variação do estado atual, ou a permanência dele dificulte ou impossibilite a prova ou o alcance da decisão ou execução final. Logo, a probabilidade de atos capazes de

¹⁰⁹CARPENA, Márcio Louzada, *Do processo cautelar moderno*, de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, 2ª ed. Editora Forense, Rio de Janeiro:2005.p.179.

¹¹⁰CARPENA, Márcio Louzada, *Do processo cautelar moderno*, de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, 2ª ed. Editora Forense, Rio de Janeiro 2005:p. 179.

causar lesão, dificilmente reparável, ao direito da parte integrante da relação processual, é o que vai motivar a concessão da medida cautelar.

Reitere-se que discricionariedade não é um poder ilimitado, cabendo ao magistrado entregar ou não a tutela pretendida, mas sim, a subjetividade de poder interpretar os fatos e a pretensão, e, confiando na sensibilidade do magistrado, adequá-los à situação de direito de forma a atribuir segurança aos jurisdicionados.

Há, ainda, como pressuposto para a concessão da medida, a necessidade de se manter o estado atual das coisas diante da superveniência de fatos novos, capazes de pôr esta situação em risco.

Vale ressaltar que, a não previsão pelo nosso sistema processual de uma norma geral que autorize o poder geral de cautela, significaria uma falha desse sistema. Tal regra é de interesse tanto do jurisdicionado quanto do próprio Estado que se afirma protetor das pessoas e garantidor da justiça.

Nesse ínterim, a necessidade que tem o Estado-juiz de criar mecanismos capazes de preservar a eficácia da sua própria atividade jurisdicional explica a existência do poder geral de cautela, do contrário, várias situações jurídicas não teriam condições de alcançar resultados práticos, o que afetaria diretamente a ordem jurídico-social como um todo.

Observe-se ainda, que a parte tem liberdade para expressar ao magistrado o direito que deseja ser tutelado, no entanto, caberá ao juiz deferir ou não as medidas provisórias que considera adequadas. Desse modo, a determinação da providência pelo magistrado não está condicionada à formulação de pedido determinado por parte do autor.

O ordenamento processual português, no seu art.392, §3º diz que o tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida.

ARTIGO392.º

§3º O tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida, sendo aplicável à cumulação de providências cautelares a que caibam formas de procedimento diversas o preceituado nos nºs 2 e 3 do artigo 31.º.¹¹¹

¹¹¹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, atualizado até 2006 (incluindo Dec.-Lei n.º 38/2003, de 8/03 (Reforma da Acção Executiva) e o DL 199/2003, de 10/09, o DL 324/2003, de 27 de dezembro, o DL 53/2004, de 18 de

O que se observa é que o juiz não fica vinculado ao pedido da parte, mas sim, à situação exposta e vivenciada que requer proteção efetiva de ordem processual.

No mesmo sentido a ZPO alemã, no §938, diz que o juiz ao seu arbítrio resolve que medida é necessária para realizar o fim que pretende.¹¹² Diante desta consideração, pode-se afirmar que se trata de uma tentativa de afastamento do princípio da congruência ou da adstrição do juiz ao pedido atribuindo-se uma maior confiança na capacidade interpretativa do juiz e na sua livre convicção, de forma a evitar que a concessão da medida se funde em equívoco do magistrado, provocado pela malícia do réu que tenta, com este ato, obstacularizar o andamento do processo.

A doutrina jurídica brasileira sempre se mostrou aberta ao estudo de novos modelos de prestação jurisdicional, ocupando posição de destaque, nesse caso, a doutrina alemã. No direito alemão, o ordenamento processual permite ao juiz a adoção de medidas genéricas de segurança provisórias envolvendo o objeto do litígio, quando há o iminente risco de que uma modificação do estado atual possa frustrar ou ainda dificultar sensivelmente a realização futura do direito da parte (§ 935 ZPO).¹¹³

Dessa forma, pode-se observar que o código de processo civil alemão criou uma medida provisória de segurança visando tornar efetivo um direito e buscando evitar prejuízos graves a este direito.

Ressalte-se ainda que o Código de Processo Civil Português também traz o instituto das medidas cautelares sob a expressão “Providências cautelares não especificadas” conforme disposto no art. 399:

Quando alguém mostre fundado receio de que outrem, antes de a ação ser proposta ou na pendência dela, cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer, se ao caso não convier nenhum dos procedimentos regulados na norma, as providências adequadas à situação, nomeadamente a autorização para a prática de determinados atos, intimação para

março, a Lei 6/2006, de 27/02, a Lei 14/2006, de 26/04, e, finalmente, o DL 76-A/2006, de 29/03). <http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>

¹¹²PADOVANI, Mário Hildebrando, *Poder geral de cautela*, disponível em: http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov11/13_Artigo.html. Acesso em: 27 mar.2007.

¹¹³Cadernos de direito, São Paulo, p.9. Disponível em: http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov11/13_Artigo.html. Acesso em 21/03/06).

que o réu se abstenha de certa conduta, ou a entrega de determinados bens.¹¹⁴

Vê-se que, conforme interpretação do citado dispositivo, a discricionariedade atribuída ao juiz, no ato de escolha do procedimento cabível para o caso, também está prevista no ordenamento jurídico português, bem como da exigência dos pressupostos de admissibilidade para a sua concessão.

É necessário enfatizar que realizações notáveis já foram alcançadas pelo nosso sistema jurídico, em face da contribuição trazida pela influência de reformas na máquina judiciária que lograram êxito em outros sistemas jurídicos, no entanto, como já nos referimos anteriormente, não podemos esperar que modelos de prestação jurisdicional adotados em um contexto social tenham os mesmos resultados quando adotados em contextos sociais diversos, pois há diferenças estruturais que devem ser consideradas. Logo, não podemos atribuir a responsabilidade, por ainda não termos a justiça que atenda aos anseios da sociedade, unicamente ao problema institucional, face à grande parcela de culpa dispensada aos problemas do nosso sistema social, econômico e cultural.

Nesse enfoque, cabe lembrar as grandes dificuldades que temos quanto às desigualdades sociais, econômicas e culturais que acabam se tornando um grande diferencial, no que tange ao acesso à justiça, quer seja pelo alto custo da justiça para as classes mais pobres, quer pela demora na prestação dessa justiça que refletirá também no aumento do custo da causa para a parte, além do baixo nível educacional que, acaba prejudicando o direito da parte, mas poderá ser suprido por fatores de compensação. Entre estes fatores ocupa maior importância um juiz ativo na condução do processo.

Diante do exposto, pode-se afirmar que as reformas se desenvolveram em torno do ativismo do juiz, que já vimos bastante presente no seu poder geral de cautela, na sua atuação de ofício, em especial quanto ao seu poder discricionário no que tange à fungibilidade das cautelares e, principalmente, quanto à oralidade, que tem se tornado fundamento das expressões de ativismo do judiciário, reflexo da grande influência do princípio da colaboração intersubjetiva que, certamente,

¹¹⁴PADOVANI, Mário Hildebrando, *Poder geral de cautela*, disponível em: http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov11/13_Artigo.html. Acesso em: 27 mar.2007.

está contribuindo para a otimização dos mecanismos de prestação jurisdicional em função do mais eficiente acesso à justiça.

Ocorre que, na realidade, não há fórmula de aplicação universal capaz de solucionar todos os males da máquina judiciária; é necessário combinar estratégias de forma a identificar o mecanismo ideal para o contexto institucional, econômico, social e cultural de cada sociedade.

CAPÍTULO 8. A importância da forma no processo e o formalismo desnecessário nos procedimentos das cautelares para a realização efetiva dos direitos.

O processo não é um fim em si mesmo, pois as suas regras não podem se sobrepor ao direito material e às exigências sociais de pacificação dos conflitos. Não se trata, portanto, de entender o processo unicamente como um conjunto ordenado de normas, mas entender a sua função instrumental e ainda analisar a maior ou menor eficiência desse instrumento na realização do seu objetivo, não deixando de observar o papel que é atribuído ao magistrado, na condução do processo e solução do conflito.¹¹⁵

A direção do processo, pelo magistrado, deverá ter por fim conduzir a controvérsia de modo objetivo, no intuito de alcançar em tempo razoável a emanção de um julgamento o mais próximo da verdade.

No entanto, a liberdade concedida ao juiz para conduzir e instruir o processo não poderá ser ilimitada, conforme tratamos anteriormente, o que levaria ao enfraquecimento das garantias aos direitos dos indivíduos.

Não obstante a função social do processo, o excesso de poderes do órgão judicial poderia levar ao seu arbítrio absoluto quando o processo se mostra privado das formas que podem assegurar o justo equilíbrio, atribuindo às partes, na mesma medida, poderes faculdades e deveres, com fundamental garantia ao contraditório.

O magistrado não pode desconsiderar a relação que existe entre o direito material e o direito processual que constitui fundamento do escopo do processo que é solucionar o conflito com a realização justa dos direitos, decorrente da

¹¹⁵OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. GÊNESIS - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba: (27), janeiro/março de 2003, Vol. 8, nº 27, p. 22.

influência das partes no desenvolvimento do procedimento e na atividade cognitiva do juiz.

8.1. Da distinção entre a forma e o formalismo excessivo

Em um primeiro momento, importa diferenciar a forma ou a técnica indispensável ao andamento regular do processo do excesso de formalismo que apenas inibe o desempenho dos direitos fundamentais dos jurisdicionados. O formalismo ou forma está relacionado à ordenação do procedimento e organização do processo, voltados para o alcance das suas finalidades essenciais. Como bem afirma Carlos Alberto de Oliveira, em seu artigo, *O formalismo –valorativo no confronto com o formalismo excessivo:* “O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento”¹¹⁶.

Nesse contexto, entende-se que a forma consiste em um meio de controle do arbítrio do juiz quando a ela limita a sua liberdade de atuação, já que não se pode deixar a realização do procedimento ao simples arbítrio do juiz, conforme a necessidade de cada caso concreto, pois poderia colocar em risco o equilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes.

Segundo esse entendimento, pode-se afirmar que a forma processual permite o controle dos eventuais excessos de uma parte em face da outra, mantendo o equilíbrio entre elas, no sentido de promover as mesmas oportunidades de participação no processo, permitindo o exercício equilibrado de poderes entre as partes.

Importa observar que seria impensável o processo sem determinados procedimentos formais, atos e ordem de poderes atribuídos aos sujeitos do processo. Logo, é importante destacar que o processo precisa seguir uma ordem determinada, de forma a impedir que eventuais excessos de uma das partes possam atingir direitos constitucionalmente assegurados à outra e não se transformem em entraves à efetivação da justiça.

¹¹⁶OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro, *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, Revista Ajuris, vol.33, nº 104, São Paulo, dez. 2006, p.56.

Nesse sentido, sem normas que direcionem e disciplinem os atos processuais, o litígio se transformaria numa disputa desordenada, podendo inclusive prevalecer arbitrariedades e parcialidade do órgão institucional¹¹⁷. Acrescente-se ainda que o procedimento constitui uma técnica adotada pelo operador do direito, no intuito de atingir os resultados pretendidos, de forma mais rápida, eficiente e segura. Daí a importância da estruturação da atividade jurisdicional na forma de procedimento como ponto de partida para evidenciar a figura da autoridade e para a realização da justiça.

Das considerações realizadas, verifica-se que a técnica ou a forma, com seu poder organizador e disciplinador, consiste em mecanismo de efetividade do processo, não podendo, no entanto, transformar-se em formalidade excessiva o que implicaria risco à segurança do processo.

Vale ressaltar, entretanto, que a forma ou o formalismo no processo, ordenando, organizando e disciplinando os procedimentos deste - perde o seu sentido se não estiver voltado a uma finalidade que é solucionar o conflito, estabelecendo o restabelecendo o equilíbrio entre as partes.

Ocorre que o processo não poderá se limitar à realização rigorosa da lei, face à importância da realização efetiva do direito garantido pelo ordenamento jurídico, portanto, não se pode conceber o processo em um caráter meramente técnico. Assim, a instrumentalidade da forma no processo conforme dispõem os arts. 154 e 244 do CPC não reduz a importância da técnica formal dos atos processuais como: a petição inicial, a citação, a intimação, a contestação entre outros procedimentos indispensáveis para a condução do processo à decisão final.

Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-

¹¹⁷OLIVEIRA Carlos Alberto A., *Do formalismo no processo civil*, 2003, p.7.2ª edição, revista e acrescida de apêndice. Como bem destaca Cândido R. Dinamarco: “ ao reduzir as opções de comportamento de cada um dos sujeitos do processo, o direito evita a situação de extrema complexidade que geraria incertezas e faria perigar a própria integridade dos direitos e obrigações da ordem substancial e a fidelidade do processo aos seus objetivos”.(A *Instrumentalidade do Processo*, n22,p252),

Tratando ainda da mesma questão, Rudolf von Jhering em seu estudo sobre o formalismo em geral, após destacar a particular relação entre forma e liberdade e de ressaltar o desenvolvimento da era da liberdade marca o momento do maior rigor formal, apenas cedendo essa severidade no momento em que a liberdade começou a desaparecer, conclui esse entendimento com a frase: “A forma é a inimiga jurada do árbitro e irmã gêmea da liberdade”. (Carlos Alberto A. Oliveira, *Do formalismo no processo Civil*, 2003, p.7).

se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade

Nesse contexto, pode-se observar que “há uma proximidade entre o processo e o direito nele controvertido, devendo aquele estar a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica” como bem afirma Chiovenda.¹¹⁸

Assim, o que se pode perceber é que, com o ativismo do juiz no processo, este, acima da formalidade exigida pela norma, consiste em ferramenta de realização concreta de direitos, tornado-se instrumento de solução de conflitos e de manutenção do equilíbrio entre as partes no processo.

É mister salientar, o entendimento de Carlos Alberto Oliveira em sua obra “*Do formalismo no processo civil*”, o qual afirma que não se deve exigir a forma apenas pela forma, pois trata-se de um formalismo exagerado e desnecessário, permanecendo no processo apenas enquanto seja útil ou ainda enquanto for exigida em função da segurança ou outro valor considerado importante.¹¹⁹

O mesmo autor relativiza o valor das formalidades para a realização das atividades relacionadas ao processo. Diante desse fato, surge a necessidade de uma maior flexibilização do processo, no sentido de torná-lo mais acessível, menos burocrático, mais rápido no atendimento do interesse público.

Acresce ainda que, face à importância do ativismo do juiz no processo frente à problemática do tempo, não se pode deixar de associar o princípio da liberdade das formas com o novo papel assumido pelo juiz dentro da relação processual, mais aberto ao diálogo com as partes no intuito de melhor instruir o processo para decidir da forma mais justa possível.

Nessa ordem de idéias, pode-se afirmar que o processo não se esgota na mera adequação do direito ao fato ou ainda da realização do direito material, mas, em um sentido mais amplo, consiste na ferramenta de natureza pública necessária para a realização da justiça e para a pacificação social.

¹¹⁸CHIOVENDA Giuseppe. Livro de Teses – Cível. *Ministério Público e a cidadania plena*. Recife: 2001. p.297.

¹¹⁹OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro, *Do formalismo no processo civil*, Ed. Saraiva, 2ª Ed, São Paulo: 2003.

Logo, consagrou-se a efetividade na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, já que não basta disponibilizar o Poder Judiciário, mas prestar uma jurisdição eficiente, apta a realizar concretamente o direito de forma justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos.

Como bem afirma Andréas J. Krell, o maior obstáculo à proteção dos direitos fundamentais no Brasil é a existência de uma postura bastante ultrapassada dos juristas e demais operadores do direito, no que tange à interpretação constitucional. Trata-se de um formalismo jurídico advindo do jus-positivismo, que ainda permanece desde o período do autoritarismo e que defende a prevalência das formas como condição para o alcance dos fins do processo¹²⁰.

Este posicionamento mais tradicional nos remete aos ensinamentos do alemão Giovanni Althusio segundo o qual o *iudicium* era entendido apenas como um momento do *processus*, compreendido esse último como “constans, necessarius et imutabilis ordo et forma quaestionis tractandae”.¹²¹

Althusio procurava estruturar o processo civil com fundamento no entendimento de Pierre de la Ramée, segundo o qual o direito estaria subjugado aos padrões das ciências exatas, o diálogo não teria papel fundamental na instrução do processo, sendo a busca da verdade absoluta o principal objetivo do processo.¹²²

Cuida-se, como bem afirma Mitidiero nas palavras de Giovanni Verde, de adotar uma legislação sem jurisdição¹²³, impossibilitando, dessa forma, a crítica ao direito positivado.¹²⁴

¹²⁰KRELL, Andréas J. O autor afirma: “A concepção “formalista” da interpretação jurídica, fruto do jus-positivismo, dá absoluta prevalência ‘as formas com base numa operação meramente lógica, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos da norma legislativa com prejuízo da finalidade perseguida por esta, da realidade social que se encontra por trás das formas e dos conflitos de interesse que se deve dirimir’.”(*Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha - Os (Des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*). Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2002,p.71e72).

¹²¹MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo*. Tese (Doutorado em direito) Faculdade de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre:2007.p.60.

¹²²MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo*. Tese (Doutorado em direito) Faculdade de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre:2007.p.61.

¹²³Ibidem,p.62.

¹²⁴KAUFMANN, Arthur. *A Problemática da filosofia do direito ao longo da história*.In: KAUFMANS, Arthur; HASSEMER, W. (Org.) *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*,Tradução Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 57.

Trata-se de um direito que se restringe à vontade de quem julga, formalizada, atribuindo-se ao juiz, unicamente, a verbalização literal das leis.¹²⁵

Dessa feita, o desafio do processualista hoje é conciliar a forma do processo diante da sua utilidade, na obtenção de segurança de resultados, não tornando, no entanto, o processo escravo de formalismos que muitas vezes criam entraves para o andamento do processo.

Logo, a forma deve passar pelo crivo do julgador, com o propósito de, por meio de sua análise crítica, concluir pela sua necessidade ou não, observado o princípio da proporcionalidade, instrumentalidade das formas, da economia processual e ainda certificar-se de que não haja prejuízo para a parte, admitindo ainda o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o processo não precisa de formalismos excessivos, quando por mecanismos mais rápidos, não deixando também de ser legítimo, alcançar resultados equivalentes aos produzidos por uma cognição ordinária.

Deve-se deixar claro que, não é adotando um procedimento mais simples e rápido de cognição sumária, como se pode observar nas hipóteses das cautelares, que se admite desconsiderar princípios básicos do processo e constitucionais conforme citamos anteriormente.

Contudo, deve ficar claro que a tutela a ser entregue ao jurisdicionado se tornaria inútil se ignorássemos a urgência, face o efeito corrosivo do tempo sobre o bem da vida que se pretende tutelar por meio das cautelares.

Logo, a função das cautelares é instrumental, voltada à redução dos formalismos, especialmente quando se permite ao juiz-baseado na mera probabilidade e não no juízo de certeza-o que levaria a uma cognição exauriente, atuar de ofício concedendo a medida cautelar que reputar mais adequada, não obstante, provisória e revogável a qualquer tempo, uma vez extinta a situação de dano ou de risco de dano ao direito pretendido pela parte.

No entanto, não se pode tolher a atividade oficiosa do juiz no processo, alegando sua parcialidade ou tratamento desigual das partes, unicamente em prol da observância do formalismo processual.

¹²⁵MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo*. Tese (Doutorado em direito) Faculdade de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre:2007.p.63.

Todavia, conforme tratamos anteriormente, o aumento dos poderes do juiz no processo, permitindo que este determine medidas ainda que não solicitadas pela parte, decorre da sua postura ativa no que tange à elucidação dos fatos analisados em juízo, como reflexo da importância dada à liberdade das formas, quando a sua observância rigorosa implica unicamente em corroborar com a morosidade processual.

Cabe, portanto, ao intérprete e operador do direito, antes de adotar a decisão que poderá fulminar o direito de uma das partes, analisar se, acima do interesse formal que lhe parece imperativo, não predomina outro interesse público maior, que é a efetiva justiça, traduzido na concretização e realização do direito material.

Muitos juízes podem demonstrar atitudes de exagerado legalismo marcado pelo apego quase fanático a pormenores das formalidades legais, ainda que isso se configure inoportuno, injusto ou acarretar grave prejuízo para a parte.¹²⁶

O que se observa é que, muitos juízes - em razão da própria formação jurídica - são demasiado formalistas, face à lógica aparente do positivismo jurídico, o que não lhes permite perceber que o excessivo apego às exigências formais poderá dificultar ou impedir a consideração dos direitos envolvidos no processo.

Infere-se, pois, que a tutela jurisdicional está diretamente relacionada com o resultado útil do processo na vida das pessoas, mesmo que isso dependa da simplificação de procedimentos ou da inobservância do rigor formal da lei, prezando, dessa forma, pela pacificação social com justiça, quando da entrega tempestiva da tutela jurisdicional ao detentor do direito, representado pelo bem da vida por ele solicitado.

Pode-se afirmar, portanto, que o procedimento é importante, e muitas vezes, até essencial para o andamento regular do processo. Por outro lado, não se trata de condição para a efetivação da justiça, pois estaria colocando a forma em patamar superior à materialização dos direitos constitucionalmente assegurados.

¹²⁶Nesse sentido, Daniel Mitidiero afirma expressamente: É significativo, igualmente, que já se tenha observado que é “indispensável”, e mais do que indispensável, urgente, formar juristas que não sejam, como agora, técnicos sem princípios, meros intérpretes passivos de textos, em última análise, escravos do poder, pois o servilismo judicial frente ao império da lei anula o Poder Judiciário que, em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos três ramos do Poder estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo*. Tese (Doutorado em direito) Faculdade de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre:2007.p.42.

Cabe ressaltar que a efetividade que se busca alcançar com o processo não significa apenas debate das questões entre as partes, mas o concreto exercício do direito de defesa voltado para a formação do convencimento do juiz, atuando no sentido de complementar as lacunas ou insuficiência da sua cognição. Trata-se de exercício de cidadania dentro do processo.

Nesse contexto, pode-se afirmar que houve uma mudança quanto ao sentido da segurança jurídica do processo, não mais se busca a segurança jurídica absoluta, que se poderia alegar na aplicação do estrito rigor das formas no processo, mas a segurança jurídica afetada por um grau de realidade, traduzida na efetividade do direito e garantia de processo equânime.

Logo, o aplicador do direito deverá estar atento às circunstâncias do caso concreto, pois, muitas vezes, ainda que tenha atendido à forma exigida pelo sistema, diante das circunstâncias de cada situação concreta, o processo pode ser conduzido a um resultado injusto.¹²⁷

Ressalta-se ainda, nesse aspecto, que houve uma recuperação do valor do diálogo no processo, para a formação do juízo, marcado pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, dando margem ao concurso de atividades dos sujeitos processuais voltadas para a análise dos fatos e valorização da causa, quando estes devem intervir no processo, desde a sua instauração até o seu último ato.

O que se pretende afirmar, sucintamente, é a necessidade da aplicação das regras de direito processual estreitar-se com o princípio da instrumentalidade das formas, voltando-se à garantia de realização efetiva do direito material.

Assim, como manifestação do princípio da instrumentalidade, uma vez inobservada a forma, mas atingido o seu fim, o ato não será desconsiderado se não constatado o efetivo prejuízo para os objetivos do processo, o qual estando sob a égide de um ordenamento que, em sua essência, busca pautar-se no princípio da instrumentalidade das formas, na economia processual, no intuito de ser eminentemente eficaz na concretização da justiça.

¹²⁷OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro, *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, Revista Ajuris, vol.33, nº 104, São Paulo: dez. 2006, p.64.

CONCLUSÃO

A presente dissertação de mestrado sobre o tema, “O princípio da colaboração intersubjetiva no processo civil brasileiro: uma análise acerca da sua influência no Poder geral de cautela do juiz” teve como fundamento básico demonstrar a importância da atuação participativa do juiz na elucidação dos fatos levados a juízo, bem como identificar novos mecanismos legais para que este possa desenvolver sua atividade fim, qual seja, a solução do litígio de uma maneira mais célere e eficiente.

Ressaltou-se, em um primeiro momento, o problema do tempo e do formalismo no processo, como fatores que contribuem para o descrédito do Poder Judiciário. Após esta constatação, houve a necessidade de identificar a importância do princípio da Colaboração, e da sua influência no trabalho do juiz dentro da relação processual, aproximando-o das partes envolvidas na demanda e dos fatos levados a juízo.

Nesse particular, importa frisar que a solução rápida dos litígios não implica alcançar a efetividade, indiferente à justiça, pois uma decisão justa decorre de uma prestação jurisdicional que assegure o tratamento igualitário entre as partes envolvidas na relação processual, atribuindo as mesmas oportunidades de participação no resultado final do processo.

Em um segundo momento, cuidou-se da utilidade do instituto do poder geral de cautela, como mecanismo de garantia dos efeitos do processo principal, acrescentando que este consiste em expressão do ativismo do judiciário voltado à solução célere e eficiente do conflito.

Nesse sentido, as medidas cautelares surgem como providências urgentes, provisórias e eficazes, utilizadas pelo juiz para assegurar a permanência ou conservação do estado de pessoas, coisas ou provas, antes de alcançar a fase final do processo, tendentes a garantir os efeitos de uma providência principal em perigo por eventual demora.

Quanto ao formalismo no processo, a crítica que se faz é que, mesmo diante do caráter indispensável de determinados procedimentos formais, como garantia da legalidade dos atos processuais, atos e ordem de poderes atribuídos aos sujeitos do processo para a sua legitimação, deve-se levar em consideração

que o processo não é um fim em si mesmo e que as suas regras não podem estar acima da efetivação do próprio direito material e da necessidade de pacificação dos conflitos.

Diante da análise acerca do tempo no processo, que constitui um dos maiores obstáculos ao acesso à justiça, ressaltou-se a importância de dotar o juiz de um poder amplo, no que tange à maior liberdade para determinar as medidas que entender necessárias para o esclarecimento dos fatos, no intuito de, dessa forma, conseguir contornar os efeitos negativos do tempo sobre o processo, visto que constituem obstáculos ao seu regular andamento.

Foi objeto também de estudo, ainda como expressão do ativismo do judiciário, o caráter mandamental das medidas cautelares. Neste caso, pode-se admitir que a decisão do juiz deverá ser dotada de coatividade no intuito de forçar as partes a cumpri-la efetivamente.

Dentro desse contexto, o Poder geral de cautela, as cautelares e seus efeitos mandamentais, o Princípio da Colaboração, os Princípios da Celeridade e da Economia Processual são mecanismos que estão diretamente relacionados ao ativismo do juiz, em especial à influência do primeiro na atuação de ofício do juiz, sendo este objeto central da pesquisa em estudo.

Porém, este trabalho não pretendeu esgotar o estudo acerca do tema, visto que há um longo caminho ainda a ser percorrido em direção à efetividade dos direitos garantidos pela Constituição.

Como foi destacado, a problematização do trabalho se concentrou na questão do tempo no trâmite processual, que poderá acarretar variações fáticas capazes de prejudicar o resultado útil do processo, inutilizando-o ou tornando inócua a prestação jurisdicional.

Dessa forma, cabe frisar que uma ótica mais moderna do processo civil passa por um juiz ativo e participativo, mais próximo às partes e ao fato que lhe é apresentado. Esta realidade vem sendo destacada pela legislação e doutrina estrangeiras como a italiana, a austríaca, a portuguesa e a alemã.

Nessa perspectiva, dois pontos importantes devem ser destacados: a necessidade de uma postura mais ativa do juiz e a aplicação do princípio da cooperação entre o órgão judicial e as partes.

Um outro ponto que mereceu destaque neste trabalho foi a questão do acesso à justiça, que, muitas vezes, se confunde com a idéia de simples possibilidade de acesso aos tribunais e ao juiz. Nesse sentido, mediante interpretação do disposto no art. 5º, XXXV, extrai-se não só o direito de amplo acesso à jurisdição, mas também que, da jurisdição se deve exigir o direito à pronta resposta do juiz às demandas.

Por meio deste trabalho de pesquisa, observou-se que o acesso à justiça consiste numa garantia constitucional. Esta garantia se traduz não só na possibilidade de acesso ao judiciário, mas consiste em proporcionar às pessoas o acesso a uma ordem jurídica justa, sendo dotada de garantias suficientes para que as partes tenham seus direitos reconhecidos e satisfeitos.

Acrescente-se que o alcance de um processo mais rápido e eficiente envolve a idéia de otimização dos procedimentos judiciais voltados à realização dos direitos.

A pesquisa frisou ainda que a realização do interesse público está associada à adoção de medidas mais eficientes, capazes de atender às exigências da sociedade, adequadas aos fins a que a Constituição se propõe a alcançar, como a justiça da decisão e efetiva materialização de direitos.

Nesse contexto, há a necessidade de tornar os direitos acessíveis a todos o que poderá ser alcançado, priorizando-se a eficiência e a rapidez no exercício dos atos processuais como forma de evitar os males do decurso do tempo em prejuízo do interesse dos jurisdicionados.

Também ressaltou-se a importância de uma maior proximidade entre juiz e partes, como reflexo do princípio da colaboração, tendo o diálogo ocupado posição de destaque, sendo responsável pela simplificação dos atos processuais na solução dos litígios.

Diante dessa abordagem, é possível concluir que não basta assegurar o acesso de todos aos tribunais e, portanto, o direito ao processo, mas também o direito a uma decisão que seja construída com base na racionalidade e na justiça.

Observou-se, portanto, que o reconhecimento dos direitos fundamentais realizados pela Constituição Federal perderá seu sentido se não houver mecanismos capazes de possibilitar a sua efetivação.

É importante frisar que não se busca, por meio deste trabalho, esgotar a análise quanto ao tema, uma vez que o ativismo do juiz no processo veio impulsionar a modernização do sistema jurisdicional brasileiro, no intuito de otimizar os mecanismos de agilização da prestação jurisdicional e de materialização justa de direitos.

O tema proposto tem acentuada relevância, pois há necessidade de uma avaliação ética quanto ao papel das partes e do Juiz no processo, vindo à tona a importância do princípio da colaboração, e ainda do modelo jurisdicional de Stuttgart, posto que não mais se permite um juiz apático, que se limita a esperar o suporte das partes para o impulso processual.

Dentro deste quadro, a elaboração do presente trabalho tem como finalidade contribuir para que o processo se legitime perante a sociedade, por meio do ativismo do judiciário e, com a incidência efetiva do princípio da Colaboração no processo, contribuir com o estudo de novos mecanismos capazes de atribuir eficiência e celeridade à prestação jurisdicional, a fim de alcançar uma decisão o mais racional e justa possível.

Para tanto, a discussão deve se iniciar nas próprias faculdades, no ato de preparação do futuro profissional do direito, mas não se encerra nesse momento. O processo de construção do sistema jurisdicional deve ser gradativo e contínuo, como forma de atender a uma sociedade dinâmica que está em constante evolução e, neste contexto, contribuir para a criação de um novo modelo de sistema jurisdicional marcado por uma prestação eficiente e pela eficácia das suas decisões.

REFERÊNCIAS

- ACIOLI, José Vladimir da Silva, Subtema II – Tese 65, *O sigilo no inquérito civil e a efetivação da cidadania plena*. Livro de Teses – Cível, Ministério Público e a Cidadania Plena. Recife: 2001.
- AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do supremo tribunal federal, densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Forense. Rio de Janeiro: 2005.
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Notas para uma teoria geral do processo cautelar, Inovações sobre o direito processual civil: Tutelas de urgência*: Rio de Janeiro. Forense, 2006.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. Vol. 2. *Execução obrigacional, Execução Real, Ações Mandamentais*, 4ª ed. Ver e atual, Revista dos Tribunais. São Paulo: 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Garantia da amplitude de produção probatória*, 1. Direito Constitucional de Ação. (Coord.) Jose Rogério Cruz e Tucci, *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, capítulo 5, p. 165. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2005.
- Cadernos de direito, São Paulo, p.9. Disponível em: http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosde_direitov11/13_Artigo.html. Acesso em 21/03/06).
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. III. ed. 5ª. Lumen Júris. Rio de Janeiro: 2003. p. 49.
- CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.
- CANAS, Vitalino, *O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações*, III – A proibição do excesso na Constituição - Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. (Org.) Jorge Miranda. Volume II. Cadernos de direito, São Paulo, p. 9. Disponível em: http://www.unimed.br/fd/ppgd/cadernosde_direitov11/13_Artigo.html. Acesso em 21/03/06.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Revista. Livaria Almedina. COIMBRA: 1993.

CAPPELLETTI, *Acesso à justiça*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 1988. P.10.

CARPENA, Márcio Louzada, *Do processo cautelar moderno*, de acordo com a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, 2ª ed. Forense, Rio de Janeiro: 2005.

CHIOVENDA Giuseppe. Livro de Teses – Cível. *Ministério Público e a cidadania plena*. Recife: 2001

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS, atualizado até 2006 (incluindo Dec. - Lei n.º 38/2003, de 8/03 (Reforma da Acção Executiva) e o DL 199/2003, de 10/09, o DL 324/2003, de 27 de dezembro, o DL 53/2004, de 18 de março, a Lei 6/2006, de 27/02, a Lei 14/2006, de 26/04, e, finalment, o DL 76-A/2006, de 29/03).<http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>

DIDIER Jr. Fredie. *Processo civil: Leituras complementares para concursos II*, Jus PODIVM, Salvador: 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, 12ª Edição, Malheiros Editores LTDA, São Paulo/SP: 1996. pág. 318.

FERRAZ, Anna Cândida Da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 218. Disponível em: <Http:Jus2.Uol.Com.Br/Doutrina/Texto.Asp?Id=137> Acesso em 15 Ago. 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. técnica, decisão, dominação*. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceitos e princípios gerais à luz do Código revisto*, Coimbra editora, Coimbra: 1996.

FRIEDE, Reis. *MEDIDAS LIMINARES e providências cautelares ínsitas em Habeas Corpus, ações possessórias, desapropriação, usucapião especial, na nova lei do inquilinato e da Propriedade Industrial*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*, São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GRASSO, Eduardo. *La Collaborazione Del processo civile, Rivista di diritto processuale*, Vol. XXI, Padova, CEDAM, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995.

Helen Karina de Oliveira Luiz. Texto: *Requisitos das cautelares. Temas sobre Tutela de Urgência*, Arte & Ciência. Coleção: Livros Jurídicos - UNIP. São Paulo/2002. pág.137.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Fabris: 1991.

Justiça em Números. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.consultorjuridico.com.br>, Acesso em 03 maio 2007.

KAUFMANN, Arthur. *A Problemática da filosofia do direito ao longo da história*.In: KAUFMANSS, Arthur; HASSEMER, W. (Org.) *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*,Tradução Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KRELL, Andréas J., *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2002.

LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. Revista do Tribunais. 2ªEd. São Paulo: 2002.

LUIZ, Helen Karina de Oliveira. *Requisitos das cautelares. temas sobre tutela de urgência*, Arte & Ciência. Coleção: Livros Jurídicos - UNIP. São Paulo: 2002.

MARCATO, Antonio Carlos. *A imparcialidade do juiz e a validade do processo*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3021>>. Acesso em: 13 jan. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2004.

MATTOS, Sérgio. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de janeiro: Forense, 2001.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*. Curitiba: Juruá, 2006.

MIELKE SILVA, Jaqueline. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Verbo Jurídico, Porto Alegre: 2005.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo*. Tese (Doutorado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2007.

MORAES, Carlos Frederico Gonçalves de. *O precedente judicial e sua contribuição à efetividade do processo*. Dissertação (Mestrado em direito), Universidade Católica de Pernambuco, Recife: 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série* – São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*, Saraiva, 2ª ed, São Paulo: 2003.

_____. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, GENESIS – Revista de direito processual civil, Curitiba, vol. 8, nº 27, janeiro/março de 2003.

_____. *O formalismo - valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, Revista Ajuris, vol.33, nº 104, São Paulo: dez. 2006.

PADOVANI, Mário Hildebrando, *poder geral de cautela*, disponível em:http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov11/13_Artigo.html. Acesso em: 27 mar. 2007.

PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: 2001.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.consultorjuridico.com.br>. Acesso em 03 maio 2007.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes Éticos do Juiz*. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 21ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: 2004. Livraria e editora Universitária de Direito.

TUCCI, José Rogério Cruz e, *Garantia do Processo sem dilações indevidas, 1. Efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional*. (Coord.) Jose Rogério Cruz e Tucci, *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, capítulo 8, p. 235, Revista dos Tribunais, 2005.

VIANA, José Carlos. *Processo Cautelar e a Efetivação da Tutela Jurisdicional. Temas sobre Tutela de Urgência*, (Org.) Pós-Graduação em Direito da Universidade Paulista – UNIP – (Coord.) Jorge Luiz de Almeida. Autores: Professores de Direito. Homenagem ao Prof. Dr. Hermínio Alberto Marques Porto. Editora: Arte & Ciência. Coleção: Livros Jurídicos - UNIP. São Paulo: 2002.