

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO**

PAULO MENDES DE OLIVEIRA

FLEXIBILIZAÇÃO PROCESSUAL E SEGURANÇA JURÍDICA
Os limites judiciais na superação e na criação de regras processuais

**PORTO ALEGRE
2017**

PAULO MENDES DE OLIVEIRA

FLEXIBILIZAÇÃO PROCESSUAL E SEGURANÇA JURÍDICA
Os limites judiciais na superação e na criação de regras processuais

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do Grau de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero

Porto Alegre – RS

Agosto, 2017

PAULO MENDES DE OLIVEIRA

FLEXIBILIZAÇÃO PROCESSUAL E SEGURANÇA JURÍDICA

Os limites judiciais na superação e na criação de regras processuais

Data de defesa: _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Daniel Mitidiero (orientador)

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor examinador

Professor Doutor examinador

Professor Doutor examinador

Professor Doutor examinador

Professor Doutor examinador

Conceito: _____

Porto Alegre, ____ de _____ de 2017

Neste fim de século XX, o jurisdicionado aspira a uma Justiça mais simples, menos solene, mais próxima de suas preocupações cotidianas, aquilo que numa palavra se denomina 'Justiça de Proximidade'.

Roger Perrot

RESUMO

Propõe-se um modelo processual em que a técnica de flexibilização processual constitui uma adequada densificação do princípio da segurança jurídica. Para justificá-lo, são investigados o desenvolvimento processual na história, a bibliografia brasileira sobre o tema e as tendências seguidas em ordenamentos estrangeiros. Em seguida, analisam-se os elementos estruturais e substanciais da segurança jurídica processual, propondo-se uma ressignificação da sua normatividade, com base nas premissas sociais e jurídicas do Estado constitucional. Por fim, são trabalhadas técnicas de flexibilização processual e limites judiciais na superação e na criação de regras processuais.

Palavras-chave: flexibilização - processo – procedimento – segurança jurídica.

RIASSUNTO

Si propone un modello procedurale in cui la tecnica di flessibilità procedurale è considerata un adeguato addensamento della certezza del diritto. Per dimostrarlo, sono studiati lo sviluppo procedurale nella storia, la letteratura brasiliana sul tema e le tendenze seguite in paesi stranieri. Poi sono analizzati gli aspetti strutturali e sostanziali della certezza del diritto procedurale proponendo una riformulazione della sua normatività, basato su premesse sociali e giuridiche dello Stato costituzionale. Infine, vengono esplorati tecniche di flessibilità procedurale e limiti giudiziari per il superamento e la creazione di regole processuali.

Parole-chiave: flessibilità – processo – procedura – certezza del diritto

Sumário

INTRODUÇÃO	10
------------------	----

PARTE I

ENTRE RIGIDEZ E FLEXIBILIZAÇÃO PROCESSUAL

1. DEFINIÇÕES E CLASSIFICAÇÕES.....	14
1.1 PROCESSO, PROCEDIMENTO E ATO PROCESSUAL	14
1.2 PROCESSO RÍGIDO E FLEXÍVEL	17
1.3 FLEXIBILIZAÇÃO-ADAPTABILIDADE E FLEXIBILIZAÇÃO-CONVENIÊNCIA.....	21
1.4 FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCESSO E FLEXIBILIZAÇÃO DE PROCESSO	22
1.5 ROTAS E CIRCUITOS PROCESSUAIS	23
2. FORMALISMO PROCESSUAL E SEGURANÇA JURÍDICA – ESCORÇO HISTÓRICO	24
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	24
2.2 O FORMALISMO EXCESSIVO DO PROCESSO COMUM ROMANO-CANÔNICO.....	26
2.3 A AMPLIAÇÃO DOS PODERES DOS JUÍZES NA FORMAÇÃO DOS ESTADOS NACIONAIS	30
2.4 O PROCESSO LIBERAL. RIGIDEZ FORMAL E EMPODERAMENTO DAS PARTES NA CONDUÇÃO DO PROCESSO	33
2.5 O CIENTIFICISMO E A SUPREMACIA JUDICIAL	37
2.6 A INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL – EVOLUÇÃO DA SUPREMACIA JUDICIAL	42
2.7 SÍNTESE CONCLUSIVA	45
3. O FORMALISMO PROCESSUAL NA DOUTRINA BRASILEIRA.....	50
3.1 O CÓDIGO COMO SISTEMA LEGAL DE ADEQUAÇÃO DO PROCESSO – GALENO LACERDA	50
3.2 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO – CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO.....	52
3.3 O FORMALISMO-VALORATIVO – CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA.....	55
3.4 DOUTRINA CONTEMPORÂNEA	59
3.4.1 Adequação e adaptabilidade do procedimento	59
3.4.2 Flexibilização procedimental	61
3.4.3 Colaboração no processo civil	65
3.4.4 Convenções processuais.....	68
4. TENDÊNCIAS EM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS	73
4.1 INTRODUÇÃO	73
4.2 PROCESSO CIVIL FRANCÊS	73
4.3 PROCESSO CIVIL INGLÊS	81
4.4 PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS	90

PARTE II

FLEXIBILIZAÇÃO PROCESSUAL E SEGURANÇA JURÍDICA

1. INTRODUÇÃO – POR UMA ABORDAGEM HOLÍSTICA DA SEGURANÇA PROCESSUAL.....	96
2. SEGURANÇA JURÍDICA E PROCESSO – PERFIL ESTRUTURAL.....	101
2.2 SEGURANÇA PELO PROCESSO.....	101
2.2.1 Segurança-cognoscibilidade.....	101
2.2.2 Segurança-realização	104
2.3 SEGURANÇA NO PROCESSO (PROCESSO JUSTO)	109
3. SEGURANÇA JURÍDICA E PROCESSO – PERFIL SUBSTANCIAL	113
3.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE PROCESSO E CULTURA – OS VALORES DO ESTADO CONSTITUCIONAL	113
3.2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA SEGURANÇA JURÍDICA PROCESSUAL	118
3.2.1 Premissas para a substanciação da segurança processual	118
3.2.2 Pressupostos sociais	119
3.2.2.1 Relação entre sociedade e Estado – a dignidade da pessoa humana	119
3.2.2.2 A independência e a responsabilidade do Judiciário	122
3.2.3 Pressupostos jurídicos	126
3.2.3.1 A eficácia direta e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais	126
3.2.3.2 Relação entre direito material e processo	129
3.2.3.3 A posição do juiz e das partes no processo	132
3.2.3.4 O Direito processual como ramo de direito público.....	137
3.2.3.5 A tempestividade da tutela jurisdicional e o direito de defesa	140
3.2.3.6 O papel da interpretação jurídica e a legitimação do exercício do poder	143
3.2.3.7 O incremento de cognoscibilidade pelos precedentes	144
3.2.4 Conclusões parciais sobre o perfil substancial da segurança jurídica processual	147
4. O PROCEDIMENTO ADAPTÁVEL COMO DENSIFICAÇÃO DA SEGURANÇA PROCESSUAL.....	151

PARTE III

TÉCNICAS DE FLEXIBILIZAÇÃO E LIMITES JUDICIAIS

1. TÉCNICAS DE FLEXIBILIZAÇÃO PROCESSUAL	162
1.1 DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS ADAPTADOS AO PROCEDIMENTO COMUM ADAPTÁVEL	162
1.2 FLEXIBILIZAÇÃO JUDICIAL ATÍPICA	169
1.3 ROTAS PROCEDIMENTAIS ALTERNATIVAS ESTABELECIDAS EM LEI	175
1.3.1 Quanto às fases. Rotas curta, média e longa.	175
1.3.2 Possibilidade de cisão da demanda	180

1.3.3 A dilatação de prazos	182
1.3.4 A modificação da ordem de produção probatória	184
1.3.5 A dinamização do ônus da prova	186
1.3.6 A antecipação da tutela	189
1.4 ROTAS PROCEDIMENTAIS PELA UTILIZAÇÃO DE DISPOSIÇÕES NORMATIVAS DE TEXTURA ABERTA .	194
1.5 CIRCUITOS PROCEDIMENTAIS OBRIGATÓRIOS	198
1.6 CIRCUITOS PROCEDIMENTAIS FACULTATIVOS.....	205
1.7 FLEXIBILIZAÇÃO CONVENCIONAL.....	212
1.7.1 As convenções processuais	212
1.7.2 Convenções processuais típicas	217
1.7.3 Convenções processuais atípicas	228
2. LIMITES JUDICIAIS À FLEXIBILIZAÇÃO.....	238
2.1 INTRODUÇÃO	238
2.2 RESPEITO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....	239
2.3 AS DISTINTAS ESPÉCIES DE FLEXIBILIZAÇÃO	243
2.4 ADEQUAÇÃO COMO LIMITE À FLEXIBILIZAÇÃO JUDICIAL.....	246
2.5 A PREVISÃO DE UM PROCEDIMENTO LEGAL E O PROBLEMA DA SUPERAÇÃO DE REGRAS	247
2.6 AS DIRETIVAS INTERPRETATIVAS E O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE.....	252
2.7 DEVERES DE COLABORAÇÃO	259
2.8 CONTRADITÓRIO.....	264
2.9 RESPEITO ÀS PRECLUSÕES	268
2.10 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES	272
2.11 OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES	274
2.12 IRRETROATIVIDADE NA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES	276
2.13 RESPEITO À AUTONOMIA PRIVADA.....	279
CONCLUSÕES	283
BIBLIOGRAFIA	300

INTRODUÇÃO

A busca por um processo célere e efetivo tem sido o mote para reformas legislativas tanto em países legatários da tradição romano-germânica quanto naqueles de origem anglo-saxã, a exemplo da França, Portugal, Espanha, Áustria, Alemanha e Inglaterra.¹ Tais reestruturações vêm ocorrendo, especialmente, pelo fenômeno mundial do significativo incremento quantitativo e qualitativo da litigiosidade,² o que impulsionou a busca por soluções para a Justiça Civil distintas daquelas forjadas no limiar do último século.³ Neste contexto, a flexibilização processual é tema que vem chamando cada vez mais atenção da doutrina e dos operadores do direito como uma técnica idônea ao alcance de tais escopos, identificando-se, por outro lado, a rigidez das formas como um dos principais entraves à celeridade e à efetividade do processo.⁴

As atenções voltam-se ao procedimento em razão da percepção de que o processo civil só será apto a alcançar os seus objetivos de maneira eficiente se as formas processuais forem forjadas com aderência às mais diversas relações materiais que são submetidas ao Judiciário. Um processo eficiente é aquele que atende de maneira específica às peculiaridades da demanda ajuizada. Daí a preocupação em revisitar os estudos sobre o procedimento, colocando-se em xeque um modelo processual excessivamente rígido, que tentava apreender abstratamente as peculiaridades da relação material ao definir o procedimento, para abrir espaço a flexibilizações rituais mediante análise específica dos casos concretos.⁵ Percebe-se, portanto, uma tendência de migração da adaptação abstrata para uma adaptabilidade

¹ TROCKER, Nicolò. “Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa.” *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. SCARSELLI, Giuliano (org.). Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2010, p. 173-178. CAPONI, Remo. “Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa.” Em https://www.academia.edu/205261/R. Caponi Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa_2005?auto=download. Acesso em 15 de janeiro de 2017, p. 2.

² PERROT, Roger. “O processo civil francês na véspera do século XXI.” Trad. J.C. Barbosa Moreira. *Revista forense*, v. 94, n. 342, p. 161-168, abr./jun. 1998, p. 161-162.

³ CARPI, Federico. “Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LIV, 2000, p. 105 e ss.

⁴ Segundo Ficarelli, a efetividade da tutela jurisdicional “non può essere efficacemente perseguito mediante uno schema rígido concepito come universalmente valido per tutti i tipi di controversie.” (FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 29.)

⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e técnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli, 2004, p. 58.

concreta⁶ ou, para utilizar a expressão de Calamandrei, de um modelo de *pluralidade das formas*⁷ para um de adaptabilidade *in concreto*.

Contudo, a primeira preocupação que surge diante da proposta de um modelo processual menos rígido diz respeito ao eventual deficit de segurança jurídica que pode proporcionar. Historicamente, a rigidez processual foi tida como anteparo contra arbitrariedades judiciais e chicanas das partes, conferindo previsibilidade e garantia de observância dos direitos processuais, ou seja, segurança ao processo.⁸ A opção por um modelo processual mais dúctil, em que o juiz e as partes passam a ter a possibilidade de desenhar o procedimento consoante as necessidades do caso analisado, constitui significativa quebra de paradigma em termos de segurança jurídica processual.

Como lembra Cruz e Tucci, ainda ressoam as palavras de Calamandrei, ao examinar o projeto do Código de Processo Civil italiano, elaborado sob o regime fascista, emitido em nome da Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Firenze, em que, apesar de enaltecer o viés autoritário do projeto, conferindo ao juiz posição de proeminência na condução do processo e de tutor da “prevalência do interesse social sobre o interesse individual”, aduz que o aumento dos poderes judiciais não pode significar “aumento da indeterminação dos mesmos, nem é necessário, para ampliar a autoridade do juiz, alargar a esfera dos seus poderes discricionários, ou seja, do seu arbítrio.” E prossegue, em um tom duro, afirmando que a retomada do poder estatal no processo civil jamais pode ser tida como espécie de “renúncia do Estado à regulamentação legal do desenvolvimento do processo e conseqüente transferência para o juiz do poder de criar, em cada caso, a regra processual que lhe pareça mais apropriada à controvérsia.”⁹ Na oportunidade, Chiovenda defendia um modelo de processo orientado pela informalidade e concentração e o projeto da nova legislação

⁶ A percepção de tal fenômeno é bem clara na doutrina brasileira. Vide: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 462-464.

⁷ CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di diritto processuale civile*. 2.ed. Padova: Cedam, 1943, p. 197.

⁸ DENTI, Vittorio. “Il processo di cognizione nella storia delle riforme.” *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, vol. 47, p. 805-816, set./1993, p. 808.

⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Contra o processo autoritário.” *Revista de Processo*, vol. 242/2015, p. 47-67, p. 50. TARUFFO, Michele. Calamandrei e le riforme del processo civile, Piero Calamandrei. In: BARILE, Paolo (coord.). *Ventidue saggi su un grande maestro, coletânea Per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 171.

elaborado pelo Min. Grandi previa um procedimento adaptável, no qual caberia ao juiz definir o melhor caminho para o tratamento dos casos concretos.¹⁰

No Brasil, a recente edição de um novo Código de Processo Civil acendeu o debate, chamando a atenção da doutrina os benefícios que a flexibilização processual pode proporcionar em termos de agilização, adequação e efetividade da prestação jurisdicional, podendo ser encontradas algumas manifestações entusiasmadas sobre o tema.¹¹ Todavia, após a análise cuidadosa da proposta, percebe-se a necessidade de maior aprofundamento sobre as consequências da adoção de tal modelo para a segurança jurídica dos jurisdicionados, especialmente considerando o fato de que a rigidez processual constituiu um ganho histórico em termos de contenção de arbitrariedades, ou seja, de proteção das garantias processuais dos cidadãos frente ao Estado.

É de se mencionar, inclusive, que, durante o trâmite legislativo do novo Código de Processo Civil brasileiro, a OAB-SP publicou um manifesto pela não aprovação do Código, especialmente por ampliar demasiadamente os poderes judiciais de flexibilização processual. Segundo o documento, haveria a “criação de um processo do tipo autoritário (...) que permite ao órgão jurisdicional a adaptação do procedimento”. E segue afirmando que tal proposta fere as garantias do cidadão, colocando em risco a própria democracia brasileira. Conferem-se poderes extraordinários aos juízes de primeira instância em prol da rapidez e agilidade processual, a exemplo da possibilidade de o juiz adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, além da eliminação da disciplina do processo cautelar, possibilitando poderes amplos de definição das medidas que devem ser adotadas.¹²

Tal relato parece-nos importante especialmente para evidenciar que os operadores do direito não veem com tranquilidade a referida mudança de paradigma no processo civil brasileiro. E se o conteúdo normativo do princípio da segurança jurídica não pode ser adequadamente definido sem uma investigação das

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. Vol. 2. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1949, p. 238 e seg.

¹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. CABRAL, Trícia. “Flexibilização procedimental.” *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. VI.

¹² Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/saoluizdoparaitinga/noticias/oab-sp-divulga-manifesto-e-critica-novo-projeto-do>, acessado em 26 de novembro de 2016.

circunstâncias culturais em dado tempo e espaço, é necessário situar social e juridicamente o Brasil do século XXI, a fim de identificar qual o modelo processual apto a conferir segurança jurídica aos jurisdicionados.¹³ Pretende-se investigar se o modelo de flexibilização processual atende ao ideal de segurança jurídica no processo civil brasileiro e quais parâmetros devem ser observados para a sua eventual implementação.

A investigação será dividida em três partes e terá como enfoque principal a rigidez das regras processuais estabelecidas pelo legislador, os poderes judiciais de flexibilização e a postura do juiz diante da flexibilização convencional realizada pelas partes.

Primeiramente, será feito um estudo, ainda que breve, dos contornos históricos do tratamento conferido ao processo, em especial nas tradições jurídicas que mais influenciaram o direito brasileiro, investigando os modelos processuais que sucederam o processo comum medieval, com foco específico na definição das regras processuais como garante da segurança jurídica dos cidadãos. Em seguida serão analisados os principais trabalhos doutrinários em solo nacional que se preocuparam com a conformação do processo, bem como o tratamento que o tema vem recebendo em países que têm apresentado maior abertura à sua adaptabilidade: Inglaterra, França e Portugal. Na segunda parte, o foco estará no estudo da segurança jurídica processual. Será traçado o perfil estrutural de tal princípio e serão delineados os contornos substanciais da segurança jurídica no Estado constitucional brasileiro, enfrentando-se os pressupostos sociais e jurídicos que orientam a conformação de um processo civil seguro nos tempos modernos. Por fim, serão definidas técnicas e critérios para a flexibilização processual, balizando os poderes judiciais para que o processo civil não padeça de um déficit de segurança. Tal análise final será realizada com a atenção voltada para os contornos do ordenamento jurídico brasileiro, investigando criticamente as aberturas processuais à flexibilização, sob o prisma dos critérios de segurança definidos.

¹³ Sobre a necessidade de estudo do processo sempre atento aos valores culturais: CAPPELLETTI, Mauro. "Ideologie nel processo civile." *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 29-31.

PARTE I

ENTRE RIGIDEZ E FLEXIBILIZAÇÃO PROCESSUAL

1. DEFINIÇÕES E CLASSIFICAÇÕES

Como um dos pressupostos da segurança é a clareza, cumpre previamente traçar algumas definições e classificações que serão importantes durante todo o desenvolvimento do estudo. Basear-se em premissas bem definidas é fundamental tanto para que o discurso seja claro e alcance plenamente os interlocutores, como para permitir a crítica ou evitar discordâncias meramente aparentes.

1.1 Processo, procedimento e ato processual

O tratamento doutrinário da flexibilização processual não prescinde de uma definição sobre o que será considerado como o seu objeto, ou seja, o processo, os procedimentos ou os atos processuais.

A divergência doutrinária sobre a diferença entre processo e procedimento é secular e, há muito, divide a doutrina, especialmente no Brasil onde a CF/88 conferiu aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente com a União para legislar sobre procedimento (art. 24, XI), mas não sobre direito processual (art. 22, I). Os estudos sobre o tema são numerosos, podendo ser citados diversos autores que já tentaram desincumbir-se da difícil tarefa de distinguir processo e procedimento.¹⁴

Após a teorização de Bülow, que sistematizou a ideia de que o processo não é um “mero” procedimento, mas contempla também uma relação jurídica autônoma da relação material,¹⁵ difundiu-se a ideia de que o processo seria algo mais amplo, numa clara tentativa de se distanciar das antigas noções praxistas que apequenavam a importância do processo ao confundi-lo com o *mero* procedimento. Este, por sua vez, continuava sendo visto como a sequência de atos que conduziam ao ato final, a *mera* face externa do processo, não sendo a ele conferida maior relevância. Os escritos de

¹⁴ Para uma ampla exposição sobre o tema: BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 146-161. Vide também: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Justificação teórica dos procedimentos especiais”, abril/1994, in [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%83%C2%ADcio\(3\)formatad.o.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%83%C2%ADcio(3)formatad.o.pdf), acesso em 15 de dezembro de 2016.

¹⁵ BÜLOW, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 1-4.

Liebman sobre o tema bem refletem tal concepção, separando a sequência concatenada de atos que exprimem a face externa do processo da relação jurídica travada entre os sujeitos processuais, que consubstanciaria a sua face interna.¹⁶ Consoante anota Paula Sarno Braga, trata-se de visão que, com algumas variantes, vem sendo defendida no Brasil há quase um século, com a inclusão do procedimento “numa ótica estrutural e formal, ou seja, como aspecto extrínseco, exterior, visível, palpável do processo. E/ou, simplesmente, como a forma ou o modo como caminha o processo”.¹⁷ No mesmo sentido, Aroldo Plínio Gonçalves critica Liebman, por ainda adotar uma “concepção antiga” que coloca o processo como um termo mais amplo, que compreende os diversos tipos de procedimento.¹⁸

Este entendimento foi firmemente questionado por Fazzalari que, desenvolvendo as ideias de Feliciano Benvenuti, inverteu a lógica das coisas, identificando o procedimento como gênero, do qual o processo seria uma espécie. Segundo o autor, dentre as diversas espécies de procedimento, o processo distinguir-se-ia pela participação democrática dos sujeitos interessados em contraditório.¹⁹ -²⁰ É necessário ter presente tais ideias, pois o estudo da árdua tarefa de separar processo e procedimento de que se ocupa a doutrina brasileira afigura-se, no mínimo, frustrante, porquanto não há convergência sequer no fato do que seria gênero ou espécie.

Pois bem, a partir do final do século XX, cada vez maior é a atenção conferida ao procedimento, partindo-se da noção de que ele constitui a própria essência do processo, derredor do qual gravitam todas as normas processuais.²¹ Conferir ao procedimento uma posição lateral, de simples sequência concatenada de atos, não condiz com o atual estágio da ciência processual, já madura quanto à relevância que a

¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3.ed. v. I. Trad. e notas Cândido R. Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63-65.

¹⁷ BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 150.

¹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 89.

¹⁹ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 8.ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 61-88.

²⁰ No mesmo sentido: “Portanto, o processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício jurisdicional.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 440.) Assim também: “Ao fim e ao cabo, o procedimento só pode ser concebido na perspectiva da conexão, antecipadamente, entre as várias normas, atos e posições subjetivas da série.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.)

²¹ Por todos: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130: “o procedimento não pode ser apenas um pobre esqueleto sem alma”.

conformação procedimental possui para uma adequada tutela do direito material.²² O formalismo processual, para lembrar as palavras de Alvaro de Oliveira, não é infenso a valores, como se pretendeu visualizar no passado.²³ Diante de tais circunstâncias, a doutrina moderna que se dedicou ao tema caminha no sentido de não extremar os conceitos de processo e procedimento, tratando-os como sinônimos. É a linha seguida, por exemplo, por Paula Costa e Silva, para quem “tão correcto será designar a categoria pelo termo procedimento, como pelo termo processo.”²⁴ Fredie Didier Jr. aproxima os conceitos de processo e procedimento, definindo o processo jurisdicional como um ato jurídico complexo (procedimento) que visa à produção de uma norma jurídica.²⁵ No mesmo sentido, Paula Sarno Braga perfilha que “não há nada de processual que não seja essencialmente procedimental e vice-versa. Cada ato processual é também, em si, ato procedimental, e integra essa cadeia dirigida à produção normativa visada.”²⁶

Adere-se a tal compreensão, de maneira que não há distinção entre as expressões *flexibilização processual* e *flexibilização procedimental*, sendo ambas tratadas como sinônimas ao longo deste estudo.²⁷ Tal informação também é relevante para se perceber que não só normas sobre procedimento (considerando a doutrina que

²² “Ganha corpo em tempos presentes uma reabilitação do procedimento, como instituto processual de primeira importância. (...) Jamais conseguiram demonstrar que o processo fosse algo distinto do procedimento, situado fora dele, e em menos de um século acabou por ressurgir na mente dos processualistas o valor do procedimento no próprio no próprio conceito de processo.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 149.)

²³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

²⁴ E prossegue: “Fundamental, conforme afirmámos, é que o conceito, independentemente do nome que se lhe der, inclua os tipos em que uma sequência de actos se destina à produção de um resultado final.” (SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 128.)

²⁵ DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 70-75.

²⁶ “Destarte, o processo é o procedimento, este encadeamento de atos, e assim pode ser definido em essência, sendo que as situações jurídicas que produz e que os faz nascer (cada ato) só são os elos dessa corrente fática. (...) Desse modo, o que se pode concluir é que processo é procedimento. (...) Processo e procedimento são, em essência, noções indissociáveis entre si. E legislar sobre um significa legislar sobre o outro.” (BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 148 e 161.)

²⁷ Em sentido semelhante: “Portanto, embora não seja usual na doutrina, não seria incorreto falar-se em processo (não em procedimento) rígido ou flexível.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 301.) O mesmo autor, em outra obra, anota: “falar em tipicidade do processo é falar tanto da tipicidade do procedimento – soma dos atos do processo – quanto da *relação jurídica processual*. Contudo, entre esses elementos que o compõem, nem sempre será fácil identificar onde a tipicidade diz respeito a um ou a outro. Isso porque o ato processual é em última análise, o resultado do exercício de uma dada posição jurídica ativa que emerge da *relação processual* – ou o resultado do exercício do contraditório.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 166-167.)

distingue os conceitos de processo e procedimento) são passíveis de flexibilização, mas também aquelas tradicionalmente identificadas como regras processuais (regras sobre competência, v.g.).²⁸ Com efeito, as normas processuais que serão trabalhadas como passíveis de flexibilização são todas aquelas que direta ou indiretamente regem o processo/procedimento jurisdicional estatal.

Os atos processuais considerados isoladamente, por sua vez, não serão objeto de nossas atenções, senão acidentalmente, porquanto a ideia central da tese é trabalhar a sequência concatenada de atos ligados teleologicamente com vista à prestação jurisdicional final.²⁹ Com efeito, a análise dos atos processuais se dará em razão da sua localização na sequência procedimental e não com a preocupação com a prática do ato em si.

1.2 Processo rígido e flexível

Não há uniformidade na doutrina sobre as noções de *rigidez* e de *flexibilização* do processo. Há quem distinga tais expressões com base na ideia de preclusão, ou seja, da negativa de retrocesso. Nesta perspectiva, o procedimento rígido seria aquele que, do ponto de vista objetivo, impede o retrocesso a fases já superadas e, sob o ângulo subjetivo, implica a perda de um poder ou faculdade.³⁰ Trata-se, contudo, de uma concepção restritiva da ideia de flexibilização processual, que não será adotada. O fenômeno será abordado de maneira mais ampla, significando todas as hipóteses em que as partes ou o juiz possam definir, em concreto, a conformação processual.

Assim, entende-se por um processo rígido aquele que foi desenhado previamente pelo legislador, estando as partes e o juiz interditados de nele interferir.³¹ Os sujeitos processuais estão submetidos ao trâmite previsto em lei, ainda que entendam que eventuais características do caso concreto recomendam um tratamento diverso para

²⁸ Referindo-se à adaptação legislativa, Sica reconhece que a conformação processual dá-se tanto em relação a normas processuais como procedimentais: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 674 ao 718*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 25.

²⁹ Com semelhante opção metodológica: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 04.

³⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 301. O autor, no entanto, trata das convenções processuais como forma de flexibilização procedimental em: YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 174.

³¹ “- O modelo da ‘pré-formatação’: a tramitação do processo é definida, em termos abstractos e gerais, pela lei” (SOUSA, Miguel Teixeira de. “Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?” *Revista de Processo*, vol. 161/2008, p. 203 – 220, Jul / 2008.)

uma prestação jurisdicional adequada. Ao estabelecer tal rigidez, o legislador preocupava-se em conferir ampla previsibilidade de como deverá o processo se desenvolver, o que, em grande medida, proporciona segurança interna do procedimento, impeditiva de tratamentos privilegiados, abusos de poder, chicanas das partes etc.³²

Uma derivação da rigidez procedimental pode ser vista, ainda, num modelo que, além de impossibilitar modificações do procedimento, estabelece a sua uniformidade para todos os casos. Houve um tempo em que se imaginou que tal modelo prestigiava a isonomia (mesmo procedimento para todos) e reforçava a independência entre o direito processual e o direito material, sendo identificados os procedimentos especiais como reminiscências da fase imanentista, em que se enxergava o direito de ação como apenas mais um estágio do direito material.³³ O ideal seria, portanto, além de não ser possível ao juiz ou às partes intervirem no rito previsto em lei, sequer haver ritos diversos (ainda que rígidos) para relações materiais distintas. Trata-se de um caminho uniforme e imutável.³⁴

A flexibilização processual, por sua vez, ocorre quando é possível a alteração ou mesmo a definição das regras processuais a serem seguidas à luz das peculiaridades do caso concreto. Nestas situações, não há um rito fixo pelo qual deverão as partes e o juiz necessariamente trilhar até o ato final da prestação jurisdicional, sendo possível a realização de ajustes que se mostrarem necessários durante o curso do procedimento.

A modificação ritual é mais clara quando o legislador previamente estabelece um procedimento a ser seguido, mas, pelas características do caso concreto,

³² “Este sistema tem por grande mérito a previsibilidade e a segurança que ofertam ao jurisdicionado, ciente da maneira como se desenvolverá o processo do início ao fim.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79.) A forma confere “um grau elevado de uniformidade e de previsibilidade na atuação dos órgãos estatais. Assim, cria-se uma segurança jurídica para os participantes da dialética processual, o que representa uma garantia para as partes que buscam a tutela jurisdicional, interligando atos procedimentais posteriores. É, portanto, um mecanismo para assegurar a igualdade dos litigantes, evitando o arbítrio do julgador.” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 3-4.)

³³ “Os poucos procedimentos especiais concebidos ao lado do procedimento comum eram violentamente acusados pela doutrina como resquícios da época em que o procedimento era concebido como mero rito para a aplicação judicial do direito. Bem por isso, tais procedimentos eram vistos como exceções ao procedimento comum.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 460.)

³⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 164.

são praticados atos voltados à sua alteração, definindo-se novos caminhos processuais. Um bom exemplo foi a prática jurisprudencial de oportunizar as contrarrazões aos embargos de declaração, quando o legislador não previa a intimação da parte para responder ao recurso. Neste caso, verificando o juiz possível afronta ao princípio do contraditório, determinava-se a intimação para resposta ao recurso, apesar de o legislador ter previsto um procedimento mais célere, sem tal desdobramento procedimental.³⁵ Operava-se, assim, uma alteração procedimental sem previsão legislativa, uma *flexibilização atípica*, porquanto os sujeitos processuais identificavam, *in concreto*, a insuficiência do rito previsto pelo legislador para uma idônea prestação jurisdicional. E isso se dava, importante registrar, por aplicação direta do princípio do contraditório, direito fundamental previsto na Constituição.

Mas é possível que o próprio legislador já preveja a possibilidade de modificação processual, seja por ato do juiz, como ocorre com a ampliação de prazos ou alteração da ordem de produção de provas,³⁶ seja por ato das partes, *v.g.* quando têm a faculdade de alterar o foro onde tramitará a demanda, estipulando um foro de eleição ou deixando de impugnar tempestivamente a incompetência territorial. São espécies de *rotas procedimentais* que o legislador coloca à disposição dos operadores, diante das necessidades do caso apreciado. Tal técnica legislativa vem sendo utilizada para oportunizar a definição da própria extensão do procedimento comum, o que possibilita uma significativa abreviação procedimental definida pelo juiz e pelas partes a depender das características da demanda ajuizada (improcedência liminar, julgamento antecipado do pedido etc.).

Também constitui espécie de flexibilização as hipóteses em que o legislador, propositalmente, abstém-se de definir o desenho processual, conferindo às partes ou ao juiz tal mister. É o que ocorre, por exemplo, quando a lei abre a possibilidade de construção judicial da medida executiva mais adequada para cumprimento da decisão.³⁷ Aqui estamos diante de *rotas procedimentais por meio de cláusulas abertas*, viabilizando uma solução mais criativa dos operadores do direito.

³⁵ O CPC/2015, no art. 1.023, §2º, incorporou essa necessidade de intimação, sempre que o julgamento dos embargos puder gerar a modificação da decisão recorrida.

³⁶ Vide art. 139, VI, do CPC: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; (...)”

³⁷ Vide art. 139, IV, do CPC: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-

Por fim, é possível visualizar flexibilização processual por meio de *circuitos procedimentais* diversos à disposição das partes ou do juiz. Nesta hipótese, o legislador prevê procedimentos mais amplos, complexos e com larga possibilidade recursal e procedimentos mais concentrados, simplificados e com possibilidade recursal reduzida, conferindo a opção de escolha aos jurisdicionados ou ao juiz. No Brasil, tal técnica já é utilizada, em alguma medida, nos juizados estaduais, no mandado de segurança *v.g.*, mas ainda é necessária uma maior reflexão e amadurecimento, conforme será visto.

Há doutrinadores que denominam tais práticas de flexibilização processual de “gerenciamento processual” ou, para utilizar o termo inglês, “*case management*”.³⁸ Contudo, parece-nos que tal expressão é por demais ampla, abarcando, por vezes, a gestão judicial anterior ao processo e o envolvimento dos juízes no alcance de soluções consensuais dos conflitos.³⁹ Diante disto, será utilizada a expressão “flexibilização processual”, por entender que enuncia de forma mais clara o objeto das nossas atenções.

Por fim, é importante consignar que atualmente não se tem notícia de processos totalmente rígidos ou flexíveis, em que não haja qualquer margem de alteração pelas partes ou pelo juiz ou que tais sujeitos sejam completamente livres para a sua definição. O que se pode observar das experiências analisadas são ritos tendentes à rigidez (preponderantemente rígidos) ou tendentes à flexibilização (preponderantemente flexíveis), conforme veremos.⁴⁰⁻⁴¹

rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (...)”

³⁸ “(...) il *case management* si configura primariamente quale mezzo di adattamento della disciplina procedimentale alle peculiarità del caso concreto, si da non comprimere le esigenze di difesa e di approfondimento delle parti e al contempo però consentendo a ciascun contenzioso il ‘giusto’ grado di attenzione da parte del servizio giustizia (non troppo poco, ma neppure troppo).” (DE CRISTOFARO, Marco. *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo. Rivista Di Diritto Processuale*, Padova, v. 65, n. 2, p. 282-305, mar./abr. 2010, p. 283.) SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21. CAHALI, Claudia Elisabete Schwerz. *O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 28.

³⁹ Sobre o tema: RESNIK, Judith. “Managerial Judges”. *Harvard Law Review*, vol. 96, n.2, pag. 374-448, Boston: The Harvard Law Review Association, dez/1982. FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

⁴⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79-80.

⁴¹ As palavras de Chiovenda são bastante oportunas no particular: “Un grave problema di legislazione processuale è se le forme debbano essere determinate dalla legge o se debba essere lasciato all’arbitrio del giudice di regolarle volta per volta secondo le esigenze del caso concreto. Nella più parte delle leggi prevale il primo sistema, come quello che presenta maggiore garanzie ai litiganti. Certamente l’estensione dei poteri del giudice, anche nel campo delle forme, è un mezzo potente di semplificazione processuale e di ciò dà esempio il regol. austriaco: ma essa non è possibile se non in proporzione della fiducia che in un

1.3 Flexibilização-adaptabilidade e flexibilização-conveniência

Seguindo com o propósito de clareza nos conceitos adotados ao longo do estudo, cumpre distinguir as ideias de *flexibilização-adaptabilidade* e *flexibilização-conveniência*. É possível extremar duas espécies de modificação do procedimento a depender da sua finalidade: a) aquela que é efetivada para adaptar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, que pode ser designada de *flexibilização-adaptabilidade*; b) e a que pode ser feita para atender à conveniência das partes, a fim de que o processo seja mais aderente aos interesses dos litigantes, que se pode chamar de *flexibilização-conveniência*.

A *flexibilização-adaptabilidade* será, em regra, obrigatória e visa a proporcionar o mais amplo alcance das finalidades do processo, por meio de um procedimento apto a dar as respostas necessárias que os casos concretos necessitam. Por isso se diz *obrigatória*, pois a aderência do processo à relação material é requisito para a idônea prestação jurisdicional, uma verdadeira densificação do direito fundamental ao processo justo. Diante de tal importância, é dever do legislador, do juiz e das partes zelar por tal adaptação do procedimento.

A *flexibilização-conveniência*, diversamente, será sempre facultativa e de exclusiva utilização pelas partes, a fim de estabelecerem regras processuais que tornarão o processo mais aderente às suas necessidades e expectativas. Não se trata propriamente de conformar o processo às necessidades de tutela (esta obrigatória), mas sim de possibilitar que as partes definam aspectos do procedimento que vão atender a anseios específicos dos litigantes para a melhor tutela dos seus direitos. É o que ocorre, por exemplo, quando da convenção sobre foro de eleição, em que as partes, no exercício da sua liberdade e a fim de atender a um interesse particular, celebram uma convenção processual para que a demanda tramite em local diverso daquele abstratamente previsto na lei.

dato momento l'ordine giudiziario ispira ai cittadini.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980, p. 664.)

Tal distinção revela a sua importância na definição dos limites judiciais de flexibilização procedimental e, portanto, será explorada de maneira mais ampla na parte final deste trabalho.⁴²

1.4 Flexibilização do processo e flexibilização de processo

Ao estudar a flexibilização procedimental, geralmente a doutrina orienta as atenções apenas para o curso do procedimento, mas não para a escolha do próprio procedimento. Adota-se, contudo, uma concepção mais ampla da ideia de flexibilização procedimental, não nos limitando à possibilidade de o juiz e as partes definirem os rumos internos do procedimento estabelecido pelo legislador, mas também à aptidão de escolha do próprio procedimento a ser seguido.⁴³ É necessário amadurecer a viabilidade de as partes definirem o rito que lhes parece mais adequado ou mesmo conveniente, outorgando-se ao legislador o dever de franquear distintos procedimentos à disposição dos jurisdicionados. Da mesma forma, a exemplo das experiências estrangeiras que serão investigadas, é possível evoluir para conferir ao juiz poderes de avaliação do procedimento mais adequado para o caso concreto, especialmente considerando a sua complexidade, ao invés do modelo excessivamente rígido estabelecido pelo legislador.

Daí a noção de *flexibilização de procedimento*, a conferir maior abertura ao juiz e às partes na definição do procedimento a ser adotado para o caso concreto, de maneira a possibilitar a abreviação e a simplificação da prestação jurisdicional.

⁴² A leitura atenta ao art. 190 do CPC revela-nos tal distinção: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.” Às partes é lícito: a) estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa (flexibilização-adaptabilidade); e b) convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (flexibilização-conveniência).

⁴³ Propomos uma análise crítica à ideia de que a escolha do procedimento jamais está à disposição das partes, consoante perfilha amplamente a doutrina e reconhece a jurisprudência: “ao estabelecer diferentes modelos procedimentais, o legislador leva em conta elementos que dizem respeito ao próprio exercício da função jurisdicional, de tal sorte que prevalece, não sem boa razão, o argumento do caráter cogente das correspondentes regras legais, as quais escapam ao poder de disposição das partes. Essa indisponibilidade é ainda um aspecto da tipicidade do procedimento, no sentido de que os interessados devem valer-se dos modelos estabelecidos pela lei.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 305.)

1.5 Rotas e circuitos processuais

Uma última distinção relevante diz respeito às ideias de rotas e circuitos procedimentais desenvolvidas ao longo do estudo.

Refere-se às *rotas procedimentais* para designar os vários caminhos que podem ser adotados ao longo de um determinado procedimento. Assim, o procedimento comum pode adotar distintas rotas a depender das características do caso concreto que está sob apreciação, podendo ensejar um julgamento liminar (rota curta), um julgamento antecipado (rota média) ou uma ampla dilação probatória (rota longa). Tais hipóteses, por evidente, não esgotam os possíveis desenhos que o procedimento pode assumir, seja por definição do legislador, seja por meio de flexibilizações procedimentais operadas pelo juiz ou pelas partes.

Já os *circuitos procedimentais* designam os procedimentos considerados em sua completude, ou seja, os ritos que são disponibilizados pelo legislador para que as partes postulem a tutela dos seus direitos. Aproxima-se, aqui, da sistemática adotada pelo direito inglês, em que o legislador previu três circuitos procedimentais que estão à disposição dos operadores do direito, a fim de que seja escolhido aquele que melhor atenda às necessidades dos casos apresentados. Olhando para o direito brasileiro, podemos afirmar, *v.g.*, que o rito dos juizados e o procedimento comum previsto no CPC constituem dois circuitos procedimentais distintos que, considerando os juizados estaduais, estão à disposição dos jurisdicionados, podendo optar por qualquer deles.

2. FORMALISMO PROCESSUAL E SEGURANÇA JURÍDICA – ESCORÇO HISTÓRICO

2.1 Considerações iniciais

A investigação sobre a estrutura do processo que atenda aos anseios da sociedade moderna não prescinde de uma prévia análise histórica dos avanços e retrocessos experimentados pela ciência processual.⁴⁴ Analisar criticamente a história permite apreender com clareza as conquistas havidas para que não se percam no passado, bem como evitar caminhos que se mostraram equivocados. Ademais, releva atentar para as circunstâncias culturais que justificaram as distintas formações processuais para que se possa investigar se tais circunstâncias ainda se fazem presentes no Estado contemporâneo ou se os novos tempos reclamam uma distinta compreensão do fenômeno processual. Como bem pontua Hespanha, estudar a história como um instrumento de crítica e de heurística,⁴⁵ pois, nas palavras de Chase, “las formas de resolución de controversias reflejan su cultura y a su vez la reflectan”.⁴⁶

Assim, o objetivo será analisar a evolução da ciência processual ao longo da história, com o foco preciso na segurança jurídica proporcionada pela conformação do procedimento e pela posição das partes e do juiz. Demonstrar-se-á como se deu, no decorrer do desenvolvimento do direito processual, a preocupação com a segurança jurídica no processo. As atenções estarão nas origens do *civil law*, sistema jurídico caracterizado pela codificação (a partir do século XIX) e aprimoramento do direito

⁴⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 19-25. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “O processo civil no limiar de um novo século.” *Revista dos Tribunais*, vol. 781, p. 51, nov./2000. Segundo Alvaro de Oliveira, “(...) importante é procurar surpreender sua linha de evolução, posto haja quem sustente se cuidar apenas de fluxos e refluxos, de maior ou menor liberdade, de maior ou menor rigidez do formalismo processual. A nosso parecer, porém, conquanto inegáveis os naturais e inevitáveis retrocessos, marchas e contramarchas, o fio histórico da questão aponta a um ciclo ascendente, helicoidal, de evolução (...)” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.)

⁴⁵ “Na verdade – e do ponto de vista da utilização heurística da história para fins jurídicos -, o que aqui se pretende não é, obviamente, apresentar etapas históricas da evolução jurídica como possíveis modelos para o futuro – a volta aos ‘bons velhos tempos’ -, o que equivaleria a uma operação de sentido retrógrado. Nem tão pouco utilizar a história como documentário do ‘progresso’ do direito (...) e, portanto, como instrumento de glorificação dos modelos jurídicos actuais. A história funciona – já se sugeriu – como um instrumento de crítica e de heurística. Como um instrumento de crítica, ela revela o carácter epocalmente situado dos paradigmas políticos e jurídicos actualmente dominantes (...). Como instrumento de heurística, ela sugere modelos alternativos de viver o direito e de o relacionar com outras ‘tecnologias disciplinares’, patenteando, também, as condições sociais, culturais e políticas de que dependem.” (HESPANHA, Antônio Manuel Botelho. “Lei e Justiça: história e prospectiva. HESPANHA, Antônio Manuel Botelho (org.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 7-8)

⁴⁶ CHASE, Oscar G.. *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Trad. Fernando Martins Diz. Marcial Pons: Madrid, 2011, p. 25.

romano, que se desenvolveu na Europa continental⁴⁷ e constituiu a base de formação do direito brasileiro.⁴⁸ Cumprida esta etapa, estaremos aptos a seguir adiante na estruturação de um modelo adequado para o formalismo moderno.⁴⁹

É importante registrar que, antes do século XIX, período conhecido pelo advento da autonomia da ciência processual, não havia uma preocupação dedicada às regras processuais de maneira separada do direito material, o que poderia levar ao questionamento sobre a relevância de uma abordagem histórica da segurança jurídica no processo. Contudo, parece clara a ideia de que, se havia uma preocupação no tratamento do direito material quando os cidadãos não concordavam quanto às normas que regiam as suas condutas e, portanto, construía um procedimento perante uma autoridade pública para resolvê-lo, dedicou-se atenção à forma como tal proteção ao direito material deveria ser conferida.⁵⁰ Por vezes essa forma era voltada à segurança dos jurisdicionados, por vezes o acento estava na celeridade e afirmação do poder estatal etc. O século XVII, por exemplo, foi marcado pela compreensão de que o exercício da jurisdição constituía elemento fundamental para o exercício do poder, razão pela qual o *ordo iudiciarius* foi apropriado pelo Príncipe, consoante se pode perceber do emblemático exemplo do *Code Louis*.⁵¹ A percepção destes movimentos possibilita teorizar sobre a atenção conferida nos distintos momentos históricos à segurança jurídica dos jurisdicionados, ainda que, à época, não houvesse uma consciência muito clara de tal fenômeno.⁵²

⁴⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23-24.

⁴⁸ “A esta altura já é possível concluir com segurança que, nos alicerces e na estrutura básica, o processo civil brasileiro é fruto genuíno do sistema jurídico chamado romano-germânico.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O processo civil brasileiro entre dois mundos.” *Revista da EMERJ*, v.4, n.16, 2001, p. 13).

⁴⁹ Segundo Alvaro de Oliveira, “o formalismo, ou forma em sentido amplo, (...) diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo”. *Leituras complementares de processo civil*, 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 149.)

⁵⁰ Sobre a preocupação com o processo civil no final do século XVIII e início do século XIX: “Uma vez que a organização judiciária e o processo pertencem ao número das mais importantes garantias de um Estado de direito, verifica-se neste domínio um especial interesse da burguesia liberal em ascensão.” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. da 2.ed. al A.M Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 531.)

⁵¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 139.

⁵² “Ainda que a afirmação do processo como ciência autônoma seja fruto dos estudos desenvolvidos principalmente pela doutrina alemã de meados do séc. XIX, é inegável que normas regulando o fenômeno processual existem desde há muito. Igualmente, a impositação da jurisdição como exercício de Poder

2.2 O formalismo excessivo do processo comum romano-canônico

O processo civil que se desenvolveu após a queda do império romano do ocidente pode ser caracterizado como um dos modelos processuais de maior informalidade e irracionalidade dentre aqueles que influenciaram a formação do *civil law*.⁵³ A segunda metade do século V é tida como um momento histórico de profundo retrocesso do processo civil, marcado pelo direito germânico com inúmeras distinções procedimentais entre os grupos bárbaros, predominantemente oral, com a jurisdição exercida por assembleias populares, um sistema probatório pautado por rituais místicos e crenças religiosas como meio de descoberta da verdade e sem possibilidade recursal.⁵⁴ Os povos bárbaros não se constituíram em uma nação, mas em tribos, daí porque o direito que os regia é tido pelos historiadores como um direito tribal, que regulava as relações de povos nômades que viviam da agricultura e da pecuária.⁵⁵ A esse período que se reporta quando comumente relatam-se as ordálias ou juízos de Deus, em que o réu era considerado culpado ou inocente a partir de experimentos completamente irracionais, como passar em um caminho de brasas sem se queimar ou permanecer por horas embaixo d'água sem se afogar.⁵⁶⁻⁵⁷

Estatual também tem sua raiz em período anterior à autonomização da ciência processual. Assim, mesmo antes da afirmação de sua autonomia como ramo do direito, o processo já era terreno para construções legislativas que permitissem (ou ao menos tentassem) resolver o problema. Toda e qualquer legislação processual que pretenda estruturar um procedimento para a resolução das crises de cooperação (potenciais ou efetivas) no âmbito do direito material terá de confrontá-lo.” (ABREU, Rafael. “ Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do estado liberal ao estado social e a atualidade de sua discussão.” *Revista de Processo*. V. 229/2014, mar./2014.)

⁵³ Sobre a transição do procedimento bárbaro para o processo romano-canônico: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27-28. Sobre o processo medieval: KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual da Idade Média*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006. JOBIM, Marco Felix. *Teoria, história e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

⁵⁴ “Nas trevas da Alta Idade Média a sociedade voltou a um estado mais primitivo.” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 38.)

⁵⁵ PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 82.

⁵⁶ “As ordálias ou juízos de Deus consistiam em testes de resistência que o acusado era obrigado a vencer para provar sua inocência. Acreditava-se, então, que Deus ajudaria o acusado, caso fosse inocente, ou o abandonaria, caso fosse culpado. Os testes, sempre bárbaros, podiam ser através de combate, fogueira, água fervente, afogamento etc. O acusado, por exemplo, poderia provar sua inocência, se atirado no mar ou no rio, dentro de um saco, conseguisse sobreviver.” (PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 83.). Vide também: LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.48-66.

⁵⁷ “Esse sistema de práticas judiciárias desaparece no fim do século XII e no curso do século XIII. Toda a segunda metade da Idade Média vai assistir à transformação dessas velhas práticas e à invenção de novas formas de justiça, de novas formas de práticas e procedimentos judiciários.” (FOUCAULT, Michel. A

O breve resgate deste momento histórico é relevante, pois, a partir de então, o processo civil volta a se estruturar reagindo à informalidade e à irracionalidade com um objetivo principal,⁵⁸ conferir segurança aos cidadãos quanto à forma como os conflitos sociais eram tratados pelo Estado.⁵⁹ Ainda que tal propósito não seja claro ou mesmo declarado pelos estudiosos da história do processo, o intento de reduzir a informalidade e a irracionalidade visava a proporcionar um processo mais previsível, em que os cidadãos pudessem ter mais segurança quanto à forma que os direitos iriam ser tratados judicialmente.⁶⁰ Segundo Alvaro de Oliveira, tal período foi caracterizado pela “necessidade de ordenamentos jurídicos que consagrem processos mais lentos, em prol de melhor garantia dos direitos do cidadão.” Nas palavras do Professor, um “formalismo excessivo de corte racional”.⁶¹

Assim, por meio de um procedimento previamente estabelecido e técnicas racionais sobre ônus e valoração da prova, conferiu-se maior proteção às partes contra abusos no julgamento e, por consequência, garantiu-se a prolação de decisões mais justas.⁶² Mitigou-se o excesso de poder de quem desempenhava a função jurisdicional e tentou-se conferir racionalidade ao trâmite processual. Os Monarcas identificaram no processo comum, pois, um eficaz instrumento para reduzir os poderes dos nobres que legislavam e impunham o direito nos seus domínios.⁶³ Conforme reconhece expressamente Picardi, “em linha com o seu caráter extra-estatal, o *ordo* constituía, assim, um instrumento de tutela da parte no confronto, seja do juiz, seja do próprio príncipe.”⁶⁴

verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 62.)

⁵⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.87.

⁵⁹ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 61.

⁶⁰ “Foi somente mais tarde, a partir do século XI, que o processo volta a ser regido por diretrizes mais técnicas, traçadas pelas primeiras *ordines judicarii*.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al. Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.)

⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

⁶² Taruffo observa, referindo-se ao processo comum, que “nunca existiu um modelo homogêneo de processo civil”, porém é possível apontar traços que os aproximam, a exemplo da escritura, da não concentração e a longa duração. (TARUFFO, Michele. “Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*.” *Processo civil: ensaios*. Apres., org. e trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 23-24.)

⁶³ PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 98.

⁶⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 61.

A busca pela segurança dos jurisdicionados, mediante a racionalidade na apreciação dos elementos de convicção, foi o vetor fundamental que conduziu o processo civil à conformação atual. Um processo que confira segurança quanto à proteção das garantias das partes e da prolação de uma decisão justa.⁶⁵

Tais anseios desaguararam na formação do *processo comum*⁶⁶ da Baixa Idade Média (processo romano-canônico), consistente na junção de elementos dos processos canônico, romano e germânico, que se desenvolvia pela forma escrita e por meio de um procedimento bastante complexo, repleto de etapas (ou tempos) a serem cumpridas - o que proporcionou significativa lentidão na prestação jurisdicional,⁶⁷ as chamadas *lites immortales*.⁶⁸ Não obstante, constituiu um significativo progresso, porquanto aprimorou o controle das alegações fáticas e jurídicas aportadas aos autos, “contribuindo, além disso, para estabelecer nítida separação entre o juiz e as partes e entre o juiz e o objeto da prova, proximidade então considerada ameaçadora de sua imparcialidade.”⁶⁹ Segundo Cappelletti, a principal característica deste período foi a estruturação formal do procedimento e sua documentação como garantia da imparcialidade judicial. “A escritura era considerada quase como um escudo do juiz contra as tentações e os perigos da parcialidade.”⁷⁰

Todo o processo se desenvolvia tendo como regra central o contraditório, tido como o principal caminho para a busca da verdade. Isonomia, reciprocidade, dialeticidade eram os principais objetivos das formalidades processuais, pois capazes de

⁶⁵ “Do século XIII ao XV assistimos a uma urgente busca de proteção contra o arbítrio, bem como à percepção das regras procedimentais como instrumentos capazes de oferecer essa proteção. Mas para que as regras processuais desempenhassem essa função, seria necessário fazer com que o príncipe se submetesse às principais delas e que a técnica probatória fosse reformulada, de maneira a evitar que o julgador a utilizasse como uma entrada para o arbítrio no processo.” (KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual da Idade Média*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 153.)

⁶⁶ Sendo rigoroso quanto ao desenvolvimento histórico, é de registrar o alerta de Picardi: “Com efeito, por todo arco do direito comum, *iudicium* é a palavra chave da processualística: mesmo os tratados de processo empregavam, na maioria das vezes, os títulos *de iudicium ordo iudiciarius*.” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35.) Edson Prata chama esse período de *judicialista*, justamente pela origem *juízo*, não obstante esclareça que, na sua concepção, *juízo* significa *processo*. (PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 96.)

⁶⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoria general e historia del proceso*. Tomo II. México: UNAM, 1974, p. 20.

⁶⁸ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57.

⁶⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28.

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte, Líder, 2001, p. 40. E prossegue mais adiante: “Tal método estava fundado nos princípios da escritura, da mediatidade e da completa inatividade e neutralidade do juiz, ao qual se devia subtrair toda a direção do processo, considerado como ‘coisa das partes’.” (Ibidem, p. 100.)

conduzir o processo a um desfecho mais justo. As partes podiam articular suas razões de maneira ampla, ou seja, sem preclusões para postulações e defesas.⁷¹ O juiz desempenhava uma função neutra, cabendo-lhe, ao final, a melhor hipótese argumentativa.⁷²⁻⁷³

Esse movimento decorreu da necessidade de limitar os poderes do juiz, que era visto com bastante desconfiança em razão dos excessos cometidos no exercício do poder. Operou-se, pois, um enrijecimento processual, estabelecendo-se regras absolutas de valoração das provas (sistema de prova legal); o princípio da escritura que obrigava o magistrado a julgar com base no que constava dos autos; uma casuística excessiva; uma limitação na liberdade de convencimento judicial (vista como uma porta aberta ao arbítrio) e a passividade na condução do procedimento.⁷⁴ Inicia-se, portanto, o desenvolvimento da ideia de que a segurança da prolação de uma decisão justa só estaria garantida por meio de um processo que conferisse proteção às garantias das partes e racionalidade na prestação jurisdicional. O formalismo aparece como verdadeiro elemento de contenção contra arbitrariedades.⁷⁵

O processo comum (*ordo judicarius*) afastou do processo o juiz e as partes, conferindo-se primazia a um procedimento rígido, minuciosamente detalhado, em que as atividades de todos os sujeitos estavam previamente estabelecidas, sem muita possibilidade de escolhas. O procedimento, assim delineado, apresentou-se como penhor contra voluntarismos judiciais.⁷⁶

Tal modelo processual, que se fez presente na Europa até o século XVIII,⁷⁷ influenciou significativamente a formação dos sistemas processuais que foram implementados em diversos países da Europa, a exemplo da Alemanha, França, Itália,

⁷¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 21.

⁷² PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 62-63.

⁷³ “Com isso, o fundamento do procedimento medieval era representado pelo ‘princípio do contraditório’, em uma espécie de metodologia de busca da verdade, resolvida na *pars opponendi et repondendi*, em uma regulamentação do diálogo que assegurava reciprocidade e igualdade às partes, a partir do método tópico de investigação.” (SANTOS, Igor Raatz dos. Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. Tese de doutorado, UNISINOS, 2016, p. 222.)

⁷⁴ ENGELMANN, Artur. *A history of continental civil procedure*. Trad. Robert Wyness Millar. New York: Augustus M. Kelley, 1969, p. 447.

⁷⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

⁷⁶ SATTA, Salvatore. “Dalla procedura civile al diritto processuale civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, vol. XVIII, p. 28-43, março, 1964, p. 29-30.

⁷⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.48-68.

Espanha e Portugal.⁷⁸ Por séculos, os glosadores e os pós-glosadores foram referência nos debates jurídicos, podendo ser lembrados nomes como Bártolo e Baldo, cujos ensinamentos em muito influenciaram as elaborações legislativas do final do século XVIII.⁷⁹ Com efeito, a rigidez procedimental que se conhece hoje tem profundas raízes em tais circunstâncias históricas, justificadas na crença de que a segurança estava no procedimento rígido, inacessível ao juiz e às partes.

2.3 A ampliação dos poderes dos juízes na formação dos Estados Nacionais

Com a gradativa formação dos Estados Nacionais, foi possível perceber o aumento dos poderes do juiz na marcha processual,⁸⁰ cabendo-lhe, preponderantemente, a condução do processo.⁸¹ Tratou-se de uma resposta ao processo comum, que havia retirado poder da autoridade judicial por meio do enrijecimento procedimental. Foi o que Picardi chamou de um “*evento traumático na história do processo civil continental*”, a apropriação do processo comum pelo Estado. O juiz deixa de ter o papel passivo e assume uma postura diretiva, fazendo transparecer o traço nitidamente publicista nesta fase do desenvolvimento histórico do processo.⁸²

Pode-se dizer que tal movimento teve início com a *Clementina Saepe* de 1306, que influenciou de maneira significativa o direito italiano, francês⁸³ e alemão⁸⁴ especialmente pela percepção de que o processo poderia ser um instrumento poderoso para a promoção da paz social.⁸⁵ A decretal do Papa Clemente V instituiu um procedimento sumário bastante distinto do *ordo* medieval, especialmente para conferir um processo mais ágil para determinadas relações jurídicas, em um momento em que a Europa começa a se reerguer da escuridão que reinou na Alta Idade Média. Trata-se de

⁷⁸ PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 96-97.

⁷⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.49.

⁸⁰ TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Mulino, 1989, p. 11.

⁸¹ “Com a consolidação do Estado Nacional Moderno, denota-se novamente evidente assimetria na relação indivíduo-Estado” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 77.)

⁸² PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 59 e 65.

⁸³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38.

⁸⁴ SENDRA, Gimeno. “Causas históricas de la ineficacia de la justicia.” *Justice and efficiency: general reports and discussions*. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1989, p. 19-38, p.22.

⁸⁵ PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 121.

procedimento marcado pelo aumento dos poderes do juiz, que tinha proeminência na condução do procedimento, e de preclusões rígidas, limitando alegações desnecessárias das partes.⁸⁶ Constituiu uma espécie de processo sumário, que marcou a influência do processo canônico no desenvolvimento do direito processual moderno.⁸⁷

Na França, com o *Code Louis (Ordonnance Civile de 1667, elaborada por Luis XIV)*, o Rei se assenhorou do processo, apropriou-se do *ordo judicarius*, implantando o monopólio do Estado na legislação processual.⁸⁸ O rei-juiz do antigo medievo é substituído pelo rei-legislador, reduzindo-se o direito à lei e esta à vontade do soberano.⁸⁹ A ideia de que o direito era um processo dialético de construção por meio do contraditório, que caracterizou o *ordo iudicarius*, foi substituído pelo monopólio da legislação pelo Estado.⁹⁰

A reforma prussiana de 1781 ratificou essa linha evolutiva, conferindo ainda mais poderes à autoridade judicial pra agir de ofício e sem publicidade.⁹¹ Frederico, o Grande, responsabilizou os advogados pelas agruras do procedimento civil.⁹² No entanto, apesar de ter conferido amplos poderes de condução do processo ao juiz, ainda estavam presentes as amarras procedimentais que eram de observação obrigatória, inclusive para os juízes, demonstrando o estado de desconfiança em relação à magistratura.⁹³ Segundo Tarello, um processo caracterizado por maiores poderes judiciais de condução e fiscalização do procedimento, porém por nenhum poder nem do juiz nem das partes sobre as regras processuais.⁹⁴ Os objetivos destas reformas do

⁸⁶ “As simplificações consistem especialmente na eliminação da demanda escrita, da *litis contestatio*, de tal modo que em caso de morosidade do demandado o juiz possa, desde logo, prolatar a sentença. Reduz ao máximo as exceções que embaraçam a marcha processual, abrevia prazos, estabelece normas rígidas sobre admissão de provas e fortalece sua livre apreciação pelo julgador.” (PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 121.)

⁸⁷ PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 99.

⁸⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

⁸⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 139.

⁹⁰ SANTOS, Igor Raatz dos. Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. Tese de doutorado, UNISINOS, 2016, p. 230-231.

⁹¹ ENGELMANN, Artur. *A history of continental civil procedure*. Trad. Robert Wyness Millar. New York: Augustus M. Kelley, 1969, p. 590 a 594.

⁹² MILLAR, Wyness Robert. “The formative principles of civil procedure.” *In* ENGELMANN, Artur. *A history of continental civil procedure*. Trad. Robert Wyness Millar. New York: Augustus M. Kelley, 1969, p. 17.

⁹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42.

⁹⁴ TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Mulino, 1989, p. 11.

despotismo esclarecido, em nome do fortalecimento e centralização do poder, eram especialmente dois: superar o direito comum romano-canônico e combater “os direitos particularizados”.⁹⁵

De acordo com os registros históricos resgatados, estas mudanças no procedimento, que conferiram maiores poderes ao juiz em detrimento das partes, tinham dois endereços principais muito específicos: proporcionar maior celeridade na solução dos conflitos e ratificar os poderes do Estado perante os cidadãos.⁹⁶ Ou seja, não se pode afirmar que tais movimentos pautaram-se pela preocupação com a segurança jurídica dos jurisdicionados, mas apenas com a eficiência processual e a afirmação do poder estatal.⁹⁷ O Estado apropriou-se da função de distribuir justiça e monopolizou a legislação processual, com o objetivo de resolver os problemas do processo romano-canônico e impor o seu poder.⁹⁸

Essa conformação processual foi alvo de severas críticas, especialmente por comprometer a imparcialidade dos juízes e oprimir os direitos dos cidadãos. O excesso de poderes judiciais foi visto como um retrocesso em termos de segurança jurídica dos jurisdicionados, na medida em que empoderava os juízes, sem maiores preocupações com a garantia processual das partes. Consoante anota Wyness Millar, referindo-se ao modelo processual prussiano do final dos setecentos:⁹⁹

This system remained intact only for forty years, when it began to succumb under adverse criticism. It was supplanted by legislation of 1833 and 1846, re-introducing in effect the principle of party-presentation. The experiment was a remarkable one and one whose failure makes evident a fact which zeal for procedural reform is, even with us, sometimes disposed to obscure, namely, that the interested striving of two contending parties is, in the long run, an infinitely better agency for the ascertainment of truth than any species of paternalistic inquiry.

⁹⁵ TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Mulino, 1989, p. 11.

⁹⁶ TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Mulino, 1989, p. 9-14. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 79.

⁹⁷ Tal percepção histórica é relevante para que a evolução do processo civil não prescindia das garantias processuais dos jurisdicionados que foram, por longos anos, conquistadas.

⁹⁸ CAPONI, Remo. “Autonomia privada e processo civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXII, n. 3, junho/2008, p. 101.

⁹⁹ MILLAR, Wyness Robert. “The formative principles of civil procedure.” In ENGELMANN, Artur. *A history of continental civil procedure*. Trad. Robert Wyness Millar. New York: Augustus M. Kelley, 1969, p. 18-19.

2.4 O processo liberal. Rigidez formal e empoderamento das partes na condução do processo

O excesso de poderes conferidos aos juízes na fase de formação dos Estados Nacionais acabou proporcionando, posteriormente, mais uma virada de página na história do processo. Os ideais liberais que floresciam nos estertores dos setecentos exigiam uma maior contenção do Estado frente ao indivíduo, refletindo no processo como a necessidade de se conferir relevância à vontade das partes e limites à atividade judicial.¹⁰⁰ Uma busca, portanto, por segurança dos jurisdicionados frente ao Estado-juiz. A superação daquele modelo processual deu lugar a uma revisitação ao processo comum,¹⁰¹ acrescida das influências liberais que tomaram a Europa continental no final do século XVIII e início do século XIX, conferindo-se uma primazia à proteção das liberdades individuais.

Na França, o marco histórico foi a revolução francesa, que projetou no processo fundamentalmente os ideais liberais de publicidade, oralidade e igualdade. Segundo Castilho, a revolução francesa e as codificações napoleônicas são, respectivamente, as causas política e jurídica que deram ensejo a esse período conhecido como procedimentalista.¹⁰² Desenhou-se um sistema processual caracterizado, inicialmente, por um antiformalismo extremo e radical, em que as regras sobre o processo limitavam-se a “*prevedere in poche norme che la giustizia civile dovesse essere amministrata senza procedure, senza avvocati e senza spese*”¹⁰³. Por evidente, tal deformalização do processo representou verdadeiro caos, a exigir uma disciplina que conferisse ordenação e, conseqüentemente, segurança ao processo.¹⁰⁴

O passo seguinte foi dado com a elaboração do *Code de Procédure Civile* francês de 1806, separando as normas processuais das disposições de direito material¹⁰⁵

¹⁰⁰ Sobre a utilização do procedimento para controlar a atividade judicial: Denti, Vittorio. *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazione. Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1982. p. 105.

¹⁰¹ TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad oggi* cit., p. 63.

¹⁰² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoria general e historia del proceso*. Tomo II. México: UNAM, 1974, p. 303.

¹⁰³ TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 62.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Segundo Castilho, tal momento histórico foi marcante também porque impulsionou a codificação independente na Europa e na América, bem como fomentou a transformação doutrinária dos estudos processuais a possibilitar a transição do *praxismo* para o *procedimentalismo*, preparando caminho para o *processualismo científico*. (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoria general e historia del proceso*. Tomo II. México: UNAM, 1974, p. 20-21.)

e incorporando os ideais liberais,¹⁰⁶ que representou uma clara reação contra o excesso de poderes judiciais que marcou o período anterior. Como decorrência, limitaram-se os poderes do juiz¹⁰⁷ e aumentou-se a influência das partes na *condução* do processo.¹⁰⁸ Conferiram-se, portanto, maiores poderes de direção procedimental às partes, que definiam, sem interferência judicial, a quantidade de atos que deveriam praticar, inexistente a preclusão para o exercício de postulações.¹⁰⁹ Ademais, a impugnabilidade das decisões era por demais ampla, na linha de conferir amplos poderes aos litigantes de controle da atividade judicial. Nas palavras de Cappelletti, a concepção de que o processo francês do século XIX era coisa privada das partes refletia a concepção individualista e privatista dos direitos patrimoniais.¹¹⁰ Para Taruffo, é uma consequência da concepção burguesa e liberal da relação jurídica substancial, consagrando a ideologia liberal-burguesa do processo civil.¹¹¹

Interessante que, não obstante esse incremento de poderes outorgados às partes na condução do processo, o *Code* francês manteve a estrutura do processo comum, inspirando-se na *Ordonnance* de 1667, “*ossia la prima e maggiore sistemazione del processo di diritto comune*”¹¹². O processo liberal francês, portanto, caracterizou-se por um excesso de formalismo, pela analiticidade, prolixidade e por desenhos procedimentais minuciosos. Paralelamente, viabilizou que as partes ditassem o seu ritmo, por meio da ampla possibilidade de exporem suas razões, sem maiores limites preclusivos.¹¹³ O *Code* de 1806 representou, assim, “*una vera e propria*

¹⁰⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. da 2.ed. al A.M Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 389.

¹⁰⁷ PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 157.

¹⁰⁸ “De este modo, y aunque la determinación de los plazos permanece en manos del tribunal, las notificaciones y citaciones corresponden a las partes, quienes pueden ponerse de acuerdo sobre el señalamiento del juicio y a quines corresponde, en general, el impulso del procedimiento.” (SENDRA, Gimeno. “Causas históricas de la ineficacia de la justicia.” *Justice and efficiency: general reports and discussions*. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1989, p. 19-38)

¹⁰⁹ TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Mulino, 1989, p. 16.

¹¹⁰ “Ebbene, come il processo civile del secolo scorso, considerato dalla prassi e dalla dottrina cosa privata delle parti (*Sache der Parteien*), rifletteva in pieno la concezione prettamente individualistica ed esclusivamente privatistica, allora dominante, dei diritti patrimoniai, così nel processo civile degli ordinamenti più moderni si riflette invece quel travaglio di 'socializzazione' (che non vuol dire necessariamente socializzazione) di cui si è parlato.” (CAPPELLETTI, Mauro. “Ideologie nel processo civile.” *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 17-18.)

¹¹¹ TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad oggi* cit., p. 67.

¹¹² *Ibidem*, p. 63.

¹¹³ “(...) non vi sono limiti al numero degli atti che le parti possono scambiarsi, né preclusioni inerenti alla modificazione delle domande e delle eccezioni; possono sempre essere dedotte nuove prove e prodotti nuovi documenti (...)” (*Ibidem*, p. 65.)

razionalizzazione” do processo comum.¹¹⁴ Um procedimento rígido e complexo, mas sem muitas preclusões e com um juiz passivo, o que possibilitava ampla condução do seu ritmo pelas partes.

O *Code* francês influenciou decisivamente inúmeros códigos que o sucederam. Na Prússia, os Decretos de 1833 e de 1846 limitaram significativamente os poderes dos juízes; linha ratificada pela Ordenança Processual Civil Alemã de 1879.¹¹⁵ Na Itália, o *Codice de Procedura Civile* de 1865 teve como uma das principais inspirações o modelo francês do *Code de Procédure Civile* de 1806.¹¹⁶

No Brasil, que tinha um processo disciplinado pelas Ordenações portuguesas, que, por sua vez, tinham sido bastante influenciadas pelo processo comum, os ideais liberais repercutiram especialmente após a lei de 29 de novembro de 1832. Tal diploma legal distanciou o juiz da condução do procedimento, mas manteve um procedimento minucioso e rígido. Tal reforma teve por objetivo tornar o processo mais rápido e menos dispendioso.¹¹⁷ Em 25 de junho de 1850, o Código Comercial conferiu maior simplicidade às causas comerciais, tendo sido o regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, também editado para o processamento de causas comerciais, um marco em termos de simplificação procedimental, com clara influência liberal: limitou o convencimento judicial por regras de provas tarifadas; as partes poderiam escolher o procedimento sumário em qualquer caso, por convenção.¹¹⁸ Contudo, tal reforma conferiu maior possibilidade de participação judicial na inquirição das testemunhas, podendo determinar as diligências necessárias antes do julgamento. Os posteriores códigos estaduais continuaram na linha liberal e formal, não obstante já anunciassem algum avanço quanto aos poderes dos juízes.¹¹⁹

Analisando as influências liberais no curso da história do processo civil, é possível perceber uma tentativa de se conferir segurança aos jurisdicionados ainda por

¹¹⁴ Ibidem, p. 63.

¹¹⁵ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione - Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 4.

¹¹⁶ TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad oggi* cit., p. 113. TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Mulino, 1989, p. 14.

¹¹⁷ Tal regime foi revogado pelo Regulamento 143 de 15 de março de 1842, que proporcionou certo retorno ao modelo processual das Ordenações portuguesas.

¹¹⁸ O art. 245 do Decreto n. 737 de 1850, após toda a regulação das “ações summarias”, trazia a seguinte prescrição: “Art. 245. Esta fôrma de processo é extensiva a qualquer acção, si as partes assim convencionarem expressamente.”

¹¹⁹ Sobre a virada do Regulamento 737/50 e dos Códigos estaduais para o Código de 1939: LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 274 e seg. e p. 358.

meio de rígidas regras procedimentais, adicionadas à limitação de poderes judiciais. Afastaram-se os juízes da condução do processo, conferindo-se uma significativa ascensão do papel das partes, o que fez com que a doutrina novecentista considerasse que o processo, assim como no antigo direito romano, tinha voltado a ser “coisa das partes”.¹²⁰ Entretanto, é importante perceber que este epíteto, muito comum e lembrado quando em discussão a autonomia privada no processo civil, não decorre propriamente da possibilidade de as partes definirem qual o procedimento que irão seguir ou quais as regras procedimentais que irão reger os seus processos. As partes foram empoderadas especialmente com a possibilidade de *condução* do processo, definindo o seu ritmo, porquanto mitigadas as preclusões para a prática de atos processuais, e conferida ampla impugnabilidade das decisões interlocutórias. Assim, não obstante a rigidez procedimental e preocupação de o legislador disciplinar minuciosamente todas as etapas processuais, o processo era tido como *coisa das partes* em razão deste poder de *condução*, o que gerou nos processualistas atuais a firme ideia de que se trata de um modelo que proporciona morosidade processual e favorece a prática de chicana pelos litigantes.¹²¹

Em termos de segurança jurídica, tal movimento assemelha-se, em alguma medida, aos objetivos colimados pelo processo comum, porém agora incrementado por uma importante evolução da história do mundo ocidental, que foi a proteção aos direitos e garantias individuais contra o arbítrio estatal.¹²² Segurança pelo procedimento (conquista consolidada pelo processo comum), aliada à segurança pela ascensão do papel das partes na condução do processo e pela contenção do poder judicial.¹²³

¹²⁰ “Inclusive el límite llega hasta la consideración de que como el proceso, más allá de su naturaleza pública, es un instrumento del que se sirven los litigantes para resolver sus conflictos y lograr el reconocimiento y eficacia de sus derechos, éstos deben tener el control absoluto sobre él.” (GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales.” *Revista de Proceso*, vol. 109/2003, p. 187 – 220, Jan-Mar/2003.)

¹²¹ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione - Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 5.

¹²² Para uma visão da segurança jurídica apenas sob a ótica interna do processo, bem como sobre os valores que orientavam o processo liberal: “Así, en el ámbito del proceso civil, la ideología liberal impuso como principio ordenador y sistematizador de la actividad judicial a la seguridad jurídica. Esta opción se manifestó en la consagración normativa del proceso de conocimiento pleno, llamado también ordinario, viejo saurio gestado durante el periodo justiniano con el nombre de proceso extraordinario (cognitio extra ordinem), de donde pasó al derecho común con el nombre de *solemnis ordo iudicarius* y, finalmente, llegó a través de España a los países sudamericanos con el nombre de juicio ordinario.” (GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales.” *Revista de Proceso*, vol. 109/2003, p. 187 – 220, Jan-Mar/2003.)

¹²³ Marinoni ratifica essa ideia quando trata da tipicidade dos meios executivos: “A preocupação em conter o poder executivo do juiz é intimamente ligada aos valores do Estado liberal-clássico, ou melhor, à necessidade de impedir a interferência estatal na esfera jurídica dos indivíduos. Nesse sentido o princípio da tipicidade dos meios executivos é a expressão jurídica da restrição do poder de execução do juiz e da

2.5 O cientificismo e a supremacia judicial

Apesar dos ganhos em segurança aos jurisdicionados alcançados pelo processo por influência dos ideais liberais, o cientificismo que marcou a passagem do século XIX para o século XX apresentou ideias tão fortes quanto aos escopos do processo, que impactaram de maneira significativa em algumas conquistas históricas. A segurança por um procedimento predominantemente rígido e pelo respeito à proeminência das partes na condução do processo foi substituída, em larga medida, por um grande protagonismo judicial e distanciamento das partes.¹²⁴

Tal se deu pela ênfase que se conferiram aos fins jurídicos do processo civil, outorgando importância pública ao processo.¹²⁵ Até o presente momento, não se conferia autonomia científica ao processo, sendo tratado como apêndice do direito material, um mero procedimento por que passava o direito material violado em busca da sua observância. Não à toa, confundiam-se os conceitos de *actio* e pretensão, sendo o direito de ação tratado como uma mutação do próprio direito material, que agora se apresentava “de armas” ou “inflamado”.¹²⁶

Foi em 1868 que a publicação da tese de Oskar von Bülow sobre as exceções e os pressupostos processuais¹²⁷ causou verdadeira mudança de rumos na história do processo civil da família romano-germânica.¹²⁸ Perfilhando a teoria da relação jurídica processual, que consistia em uma relação jurídica distinta da relação material, Bülow afastou o direito processual da relação jurídica substancial deduzida em

ideia de que o exercício da jurisdição deve se subordinar estritamente à lei. Em outras palavras, a lei, ao definir os limites da atuação executiva do juiz, seria uma garantia de justiça das partes no processo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Controle do poder executivo do juiz.” *Revista de Processo*, vol. 127/2005, p. 54-74, Set/2005.)

¹²⁴ CIPRIANI, Franco. “Il processo civile italiano tra efficienza e garanzia.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 04/2002, p. 1.243-1.261, p. 1.244.

¹²⁵ “A transformação da procedura em diritto processuale civil foi acompanhada por uma radical mudança no que concerne aos fins do processo civil. Obra da doutrina alemã do final de Oitocentos e da doutrina italiana do início de Novecentos, o aparecimento do direito processual civil como disciplina autônoma foi marcado por uma indiscutível guinada – de uma perspectiva privatista e individualista para uma perspectiva publicista e em grande parte também estatalista do processo civil.” (MITIDIERO, Daniel. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional”. *Revista de Processo*, vol. 229/2014, p. 51 – 74, Mar/2014, p. 61.)

¹²⁶ “A ação é inflamação do direito ou da pretensão.” PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 116.

¹²⁷ BÜLOW, Oskar von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 1-4.

¹²⁸ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso*. Tomo II. México: UNAM, 1974, p. 21. Observa Castillo a grande relevância do interstício entre 1806 (Code Napoleon) e 1868 (Bülow), com especial registro para 1856 (polêmica de Windscheid-Muther), período de amadurecimento da ciência processual.

juízo e, sobretudo, estabeleceu como escopo do processo a realização da justiça material.¹²⁹⁻¹³⁰

Tendo por fim conferir justiça material mediante a adequada aplicação do direito estatal,¹³¹ o juiz aparece como personagem principal condutor do processo para que tal escopo seja alcançado. O cientificismo que se desenvolveu a partir de então, portanto, conferiu fundamento teórico ao protagonismo judicial. Se antes o processo era um mero apêndice do direito material, cujas regras visavam a conter o arbítrio do julgador mediante a garantia de participação das partes e métodos racionais de valoração das provas, opera-se uma virada na sua finalidade, passando a ser visto a partir da sua função de *revelar* e aplicar a *vontade concreta da lei*.

Como era de se esperar, a Alemanha, que vinha sob forte influência do liberalismo francês, sentiu amplamente os influxos de tais ideais publicistas, passando a ser majoritária a doutrina que defendia o aumento dos poderes dos juízes e contenção de iniciativas das partes.¹³²

Tais ideias repercutiram fortemente na doutrina peninsular pelas mãos de Chiovenda, que se contrapõe ao espírito do *Code* francês, propondo um modelo de maior soberania do juiz e agilidade das formas. Além das influências dogmáticas alemãs, Chiovenda ainda teve forte influência ideológica austríaca, em razão da vigorosa doutrina de Franz Klein.¹³³ Todavia, pouca influência teve na legislação italiana, que continuou arraigada ao liberalismo do século XIX “desconsiderando a circunstância de que o princípio dispositivo não exclui a efetiva direção do processo pelo órgão judicial.” Posteriormente, várias reformas foram implementadas na Itália para ampliar a participação judicial, sobretudo com o objetivo de acelerar o trâmite processual.¹³⁴ Segundo Cipriani, o projeto Grandi, que deu origem ao Código de 1940,

¹²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53.

¹³⁰ Bülow, em verdade, conferiu contornos científicos à teoria, pois alguns doutrinadores já trabalhavam o processo como relação jurídica, a exemplo de Hellwig, Kohler, Von Kries e Otto Mayer. (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoria general e historia del proceso*. Tomo II. México: UNAM, 1974, p. 308.)

¹³¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

¹³² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 100. Segundo Cabral, isso se deu mesmo diante da atenção conferida pela doutrina alemã aos “contratos processuais”, desenvolvida especialmente pelas mãos de Kohler. (Ibidem, p. 98.)

¹³³ TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Mulino, 1989, p. 20. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54.

¹³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62.

partia da premissa de que a solução para todos os males do processo estava na neutralização das partes (leia-se: dos advogados) e em conferir aos juízes largos poderes discricionários para administrar e gerir o processo do início ao fim.¹³⁵

A repercussão da obra de Klein pôde ser notada na codificação austríaca de 1895,¹³⁶ editada com o propósito de ser nem tanto autoritária (romano-justinianeu) nem tanto individualista (processo comum e processos liberais). Klein, sob a inspiração do jurista social-democrata Anton Menger,¹³⁷ defendia uma concepção social do processo civil, dotado inclusive de efeitos pedagógicos. O foco deixava de ser o indivíduo para ser a sociedade, ainda que às custas da limitação à autonomia privada. Com tal finalidade, operou-se um incremento significativo dos poderes do juiz, responsável pela condução do processo (impulso oficial), possibilitando-lhe maior contato com as partes (oralidade)¹³⁸ e livre convencimento sobre o material probatório (mitigação do sistema de prova legal). Na tensão que existia entre juiz e partes (Estado e cidadão), o primeiro deveria ser privilegiado.¹³⁹ Um processo, portanto, tutelado pelo Estado e com fins públicos. “Partia da premissa de que a rapidez deveria ser um objetivo do sistema e que a forma obsta o direito, o bem comum e a paz social.”¹⁴⁰ Sobre o procedimento, a doutrina de Klein começa a demonstrar uma atenção à necessidade de o processo se adaptar às necessidades dos casos concretos, orientando o legislador a conferir um processo simples, adequado e, por consequência, rápido.¹⁴¹

No Brasil, o modelo publicista de processo muito influenciou a confecção e a interpretação tanto do CPC de 1939,¹⁴² como do CPC de 1973.¹⁴³ Sobre o CPC/39,

¹³⁵ CIPRIANI, Franco. “Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 04/2002, p. 1.243-1.261, p. 1.247.

¹³⁶ SENDRA, Gimeno. “Causas históricas de la ineficacia de la justicia.” *Justice and efficiency: general reports and discussions*. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1989, p. 19-38, p. 33-36. Para Sendra, a obra de Klein representou uma nova era na história do processo civil, deixando para trás o “juiz vigilante” do liberalismo para fazer-se presente o “juiz diretor” do procedimento.

¹³⁷ TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Mulino, 1989, p. 18.

¹³⁸ CARPI, Federico. “Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LIV, 2000, p. 107.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 55.

¹⁴⁰ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135.

¹⁴¹ COHEN-KOPLIN, Klaus. “Origen y fundamentación iusfilosofica del 'principio de la adaptabilidad del procedimiento judicial'.” In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 264.

¹⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O processo civil brasileiro entre dois mundos.” *Revista da EMERJ*, v.4, n.16, 2001, p. 12. PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 187.

José Reinaldo Lopes aponta como principais características a centralização do processo, eliminando o modelo federalizante, a proeminência dos poderes dos juízes, a criação do despacho saneador, a alteração do sistema de provas, a redução dos recursos etc.¹⁴⁴

Essa nova visão que se desenvolvia sobre o processo civil só foi possível a partir de uma diversa percepção sobre a figura do juiz frente aos cidadãos. O Juiz, que antes era temido, passou a ser visto como figura central. Houve um avanço na concepção sobre a adequada posição do juiz diante das novas finalidades creditadas ao processo, ao passo em que se operou uma contenção da liberdade das partes. Pode-se dizer que a teoria de Bülow constituiu verdadeiro *turning point*, que acabou alimentando a ideia de que o processo não poderia ser “coisa das partes”, vistas como perturbadoras do processo.

O cientificismo trouxe, assim, uma nova percepção a respeito da segurança jurídica processual. Como a finalidade essencial da função jurisdicional deslocava-se do puro equilíbrio de forças individuais para a realização de justiça material, em prestígio aos interesses maiores da sociedade,¹⁴⁵ uma postura ativa do juiz passou a ser elemento conformador da segurança no processo. Amadureceu-se a ideia de que a postura ativa do juiz não era avessa à sua independência e imparcialidade.¹⁴⁶ Esse é um momento fundamental para a história da segurança jurídica no processo civil, pois, a partir de então, pôde-se perceber com clareza a participação do juiz como elemento de segurança processual dos jurisdicionados.

Para que o processo alcançasse a sua finalidade de maneira segura para as partes, aplicando-se corretamente o direito estatal e realizando-se a justiça material, tornou-se fundamental que se desenvolvesse por meio de um procedimento rígido, mas

¹⁴³ PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 190. Vide ainda: “Nesse contexto, a legislação processual brasileira tem forte influência da superação do processo liberal de luta das partes, para um processo de modelo de Estado Social construído a partir do ativismo técnico judicial, como se depreende (...) das palavras de Alfredo Buzaid na Exposição de Motivos do CPC de 1973: ‘O processo é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores’.” (NUNES, Dierle José *et al.* *Estudo sobre o movimento de reformas processuais macroestruturais: a necessidade de adequação ao devido processo legislativo*. Em https://www.academia.edu/4610116/ESTUDO_SOBRE_O_MOVIMENTO_DE_REFORMAS_PROCESSUAIS_MACROESTRUTURAIAS_A_NECCESSIDADE_DE_ADEQUA%C3%87%C3%83O_AO_DEVIDO_PROCESSO_LEGISLATIVO Dierle Nunes e Flaviane Barros. Acesso em 15 de dezembro de 2016.)

¹⁴⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.358.

¹⁴⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53 e seg.

¹⁴⁶ CARPI, Federico. “Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LIV, 2000, p. 107.

que tivesse o juiz como figura proeminente na sua condução.¹⁴⁷ O juiz era o responsável pela consecução da finalidade maior de fazer justiça material e promover assim o principal escopo do processo. O exercício da liberdade das partes no curso do processo foi significativamente reduzido, sendo a elas destinado pouco mais do que o núcleo mínimo que compunha o princípio dispositivo em sentido material, consistente no impulso inicial e na delimitação do objeto litigioso. Tudo o mais ficava a cargo do impulso oficial.¹⁴⁸ Neste contexto, o cidadão foi tratado como meio para se alcançar os “verdadeiros” fins do processo.

Quanto ao procedimento, o distanciamento entre o direito material e o direito processual, necessário para firmar o cariz autônomo do processo, proporcionou a generalização do procedimento ordinário como o rito ideal para garantir-se a isonomia entre os jurisdicionados, evitando-se distinções entre as relações jurídicas.¹⁴⁹ O caminho uniforme da cognição plena e exauriente consoante o desenho estabelecido pelo legislador era o ideal para se conferir a segurança de uma idônea prestação jurisdicional.¹⁵⁰

Com efeito, apesar desta proeminência da figura do juiz na condução do procedimento, a sua conformação não se afastou da ideia de rigidez como penhor da segurança.¹⁵¹ Um procedimento rígido e uniforme, mas guiado pelo impulso oficial.¹⁵²

¹⁴⁷ “A direção do processo pelo juiz ganhou respaldo legal, mas manteve-se vinculada a um sistema procedimental rígido.” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135.)

¹⁴⁸ Com visão bastante crítica deste modelo de processo: CIPRIANI, Franco. “Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 04/2002, p. 1.243-1.261, p. 1.248.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. “Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social”. *Revista dos tribunais*, n. 824/2004, p. 34-60, p. 44-45.

¹⁵⁰ “Si se quisiera explicar desde la perspectiva del proceso, la razón por la cual éste es insuficiente para soportar la exigencia de concretar la eficacia de los nuevos derechos, creemos que podría afirmarse lo siguiente: la necesidad de separar al proceso de los derechos materiales en donde fue cobijado tradicionalmente como una expresión más de cada derecho, determinó que se construyera una disciplina (la procesal) totalmente autónoma, en el sentido de desarrollarse de manera independiente respecto de los derechos materiales a los cuales iba a servir de instrumento. Es decir, la urgencia de autonomía ha sido llevada a extremo, al punto tal que se ha construido un sistema procesal que se perfecciona a si mismo sin que fuera trascendente establecer una relación entre sus rasgos y la naturaleza y fines de los derechos materiales respecto de los cuales sólo es un instrumento para lograr su eficacia.” (GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales.” *Revista de Processo*, vol. 109/2003, p. 187 – 220, Jan-Mar/2003.)

¹⁵¹ “Due i risultati salienti di questa evoluzione: la disciplina del processo viene statalizzata; la giurisdizione viene concepita come una funzione dello Stato moderno diretta all’attuazione della volontà della legge nel caso concreto.” (CAPONI, Remo. “Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa.” Em

<https://www.academia.edu/205261/R. Caponi Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa 2005?auto=download>. Acesso em 15 de janeiro de 2017, p. 4.)

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 448.

Nas palavras de Calamandrei de 1941, ninguém força o jurisdicionado a subir na nave da justiça, mas se este opta por embarcar, só possui o direito de fixar o início e o objetivo da viagem, porquanto o timão deve ser confiado exclusivamente ao juiz.¹⁵³

2.6 A instrumentalidade processual – evolução da supremacia judicial

O desenvolvimento da ciência processual no século XX proporcionou alguns avanços sobre a concepção dos fins do processo que impactaram diretamente no seu formalismo. O distanciamento do direito material, que a teoria autonomista da relação jurídica processual trouxe consigo, deu ensejo a um processo lento e inefetivo, cujo formalismo foi estruturado sem maiores conexões com a relação substancial que seria apreciada.¹⁵⁴ Um processo purificado, infenso às influências do direito material. Todavia, aos poucos se foi percebendo o grave equívoco cometido, pensando-se o processo como um fim nele mesmo, conferindo-se maior relevância à forma do que ao conteúdo. Era necessário, pois, avançar no desenvolvimento da ciência processual, a fim de que o processo fosse pensado como um instrumento do direito material apto a produzir resultados mais palpáveis para os jurisdicionados. Apesar de constituir uma ciência autônoma, com normas e teorização próprias, a razão de ser do processo é conferir segurança de atuabilidade dos direitos, apresentar-se como um instrumento que proporcione a efetiva tutela aos direitos de acordo com as peculiaridades da relação material.¹⁵⁵

As três ondas renovatórias propostas por Cappelletti e Garth bem representam tal necessidade de o processo civil deixar de olhar apenas para si e passar a se preocupar com a realidade material que tem por objeto, a fim de que os resultados a que visa alcançar sejam efetivamente cumpridos. Assim, além da urgência de se conferir acesso à justiça às pessoas economicamente desfavorecidas (primeira onda) e de se outorgar um tratamento adequado aos direitos difusos em juízo (segunda onda), enfatizou-se a importância de o processo ser dotado de técnicas adequadas para atender

¹⁵³ CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Vol. I. Padova, 1941, p. 239.

¹⁵⁴ PROTO PISANI, Andrea. “Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro.” *Studi di diritto processuale del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1977, p. 656-660. MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

¹⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 27.

às necessidades das distintas relações materiais e, portanto, ser um instrumento dotado de efetividade a serviço dos cidadãos (terceira onda).¹⁵⁶

Com efeito, os próprios fins do processo civil foram repensados. Percebeu-se que o processo, além da finalidade de fazer justiça material mediante uma adequada aplicação do direito, possuía relevantes fins sociais e políticos de interesse de toda a sociedade e, por consequência, de interesse do Estado.¹⁵⁷ No estudo mais marcante em solo nacional que registrou essa fase metodológica do direito processual, Dinamarco aponta a supervalorização do procedimento como decorrência de uma cegueira ética, em completo descompasso com as conquistas da ciência processual das últimas décadas. E conclui no sentido de que a técnica processual deve se adaptar aos influxos sociais e políticos que influenciam o sistema processual.¹⁵⁸

Para cumprir tais finalidades e solucionar os problemas acarretados pelo distanciamento do direito material, houve a necessidade de se repensar o procedimento, pois a sua uniformidade, antes prestigiada como penhor da isonomia, começava a ser percebida como obstáculo a uma adequada prestação jurisdicional.¹⁵⁹ O procedimento uniforme e rígido, ainda que conduzido pela mão do juiz, não era capaz de atender às inúmeras peculiaridades e, por consequência, necessidades que a relação jurídica substancial poderia apresentar.¹⁶⁰

Como o processo deve ser pensado a partir das suas finalidades, começou-se a perceber que os seus escopos só seriam efetivamente alcançados por meio de um

¹⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1988, *passim*.

¹⁵⁷ SENDRA, Gimeno. “Causas históricas de la ineficacia de la justicia.” *Justice and efficiency: general reports and discussions*. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1989, p. 19-38, p. 33. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177 e seg.

¹⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 267.

¹⁵⁹ Estudo que representa verdadeiro marco histórico sobre o tema, publicado inicialmente em 1973: PROTO PISANI, Andrea. “Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro.” *Studi di diritto processuale del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1977, p. 660 e seg. “Orbene, allorché il legislatore deve predisporre una forma di tutela giurisdizionale per una singola categoria di diritti non può non tener conto delle peculiarità proprie di questi diritti (diritti evidentemente individuate anche dai soggetti che ne sono titolari) allo scopo di predisporre un procedimento *tecnicamente adeguato* allo specifico bisogno di tutela. È questa un’osservazione banale, su qui però la dottrina processualistica non ha riflettuto sufficientemente, forse perchè a ciò non sollecitata adeguatamente da Chiovenda, che non ebe il tempo di sistemare nelle *Instituzioni* la materia trattata nell’ultima parte dei *Principi*.” (PROTO PISANI, Andrea. “Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro.” *Studi di diritto processuale del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1977, p. 663.)

¹⁶⁰ BERIZONCE, Roberto Omar. *Tutelas procesales diferenciadas*. Santa Fe: Rubizal-Culzuni, 2009, p. 16-17. MARINONI, Luiz Guilherme. “Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social”. *Revista dos tribunais*, n. 824/2004, p. 34-60, *passim*. NUNES, Dierle. “Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades.” *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, vol. 184, jun. 2010, p. 123.

procedimento mais aderente às peculiaridades da relação jurídica material deduzida.¹⁶¹ Sem a adequação do procedimento, o processo não seria apto a conferir, com eficiência, uma idônea tutela dos direitos, o que proporcionaria um deficit de segurança em todo o sistema jurídico. Tais avanços alcançados pela ciência processual proporcionaram uma proliferação de procedimentos especiais, buscando o legislador adaptar o rito às mais variadas relações materiais que fossem apresentadas em juízo.¹⁶² Segue-se com a ideia de que o legislador deveria traçar amplamente como deveria se desenvolver o procedimento, porém com a consciência de que o rito deveria ser adaptado, em abstrato, às peculiaridades das relações materiais.¹⁶³ As palavras de Calamandrei nos anos 40, comentando o relatório do Min. Grandi sobre o então novo Código, são bastante elucidativas quanto à percepção daquilo que o relatório chamou de “princípio de adaptabilidade do procedimento às exigências da causa” ou mesmo de “elasticidade processual”. Após explicar que tal princípio implica “o poder dado ao juiz ou às partes de seguir, no curso do procedimento escolhido, o itinerário que corresponda às dificuldades e ao ritmo da causa”, deixa claro que:

Não se trata, portanto, de liberdade das formas e tampouco de poder discricional do juiz na determinação das formas caso a caso. É a lei que, em regra, determina antecipadamente as formas a seguir; mas, com frequência, em vez de fixar uma só forma possível, indica alternativamente mais de uma, de modo que um mesmo ato ou uma mesma fase do procedimento possa ser validamente realizado de várias maneiras, à escolha dos interessados. Trata-se, portanto, de uma combinação do princípio da *legalidade* com o da *pluralidade* das formas; o juiz e as partes devem seguir, em regra, as formas estabelecidas por lei, mas podem escolher, em cada caso, entre os vários tipos de forma que a lei deixa à sua disposição.¹⁶⁴

Paralelamente a este desenvolvimento objetivo do formalismo processual, reforçou-se a ideia de que o juiz deveria ter uma postura ativa no processo, constituindo um personagem central na sua condução e reponsável pela descoberta da verdade e

¹⁶¹ DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5806-sobre-dois-importantes-e-esquecidos-principios-do-processo-adequacao-e-adaptabilidade-do-procedimento>. Acesso em 20/12/2016.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. V.3. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 43-50. BERIZONCE, Roberto Omar. *Tutelas procesales diferenciadas*. Santa Fe: Rubizal-Culzuni, 2009, p. 17.

¹⁶³ “Em primeiro lugar, a diversidade entre os tipos de controvérsia não era levada em consideração através da previsão de um poder de escolha do juiz entre vários modelos de tratamento dentro de uma sequência procedimental única (aquela do processo ordinário), porém tendencialmente através de uma previsão legislativa de mais procedimentos autônomos (“ritos especiais”) que complementam o processo ordinário de cognição.” (CAPONI, Remo. “Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição.” *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Trad. Michele Pedrosa Paumgarten. Ano 10, vol. 17, n. 2. Jul. a Dez./16, p. 531-549, p. 545.)

¹⁶⁴ CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di diritto processuale civile*. 2.ed. Padova: Cedam, 1943, p. 197 (tradução livre).

idônea aplicação do direito. O último quarto do século XX foi marcado, pois, pelo avanço do publicismo, assente a ideia de que não se deve regredir na posição que o juiz assumiu no processo moderno, o que pode, inclusive, ser constatado nas reformas processuais que vêm ocorrendo na Europa, em especial a reforma do processo civil inglês.¹⁶⁵ Segundo Picardi, é notável a ampliação dos poderes judiciais, não só em relação à escolha e à adaptabilidade do procedimento e às técnicas de soluções das controvérsias, mas também em relação ao próprio objeto de julgamento.¹⁶⁶

É de se notar, portanto, que a mudança de percepção sobre a finalidade do processo civil trouxe a reboque uma distinta concepção da segurança jurídica processual. Um processo seguro é aquele que cumpre com eficiência os seus objetivos, por meio de um procedimento adaptado às peculiaridades da relação substancial deduzida em juízo e com um juiz em posição de proeminência na sua condução. Este foi o modelo de processo fruto do instrumentalismo do final do século XX, reflexo das preocupações com os poderes judiciais e com a aderência do procedimento às peculiaridades da demanda.¹⁶⁷

2.7 Síntese conclusiva

Pôde-se perceber do esboço histórico desenvolvido que o formalismo processual nos países pertencentes à família romano-germânica evoluiu desde o processo comum por meio de oscilações entre uma maior ou menor participação do juiz na condução do procedimento e, por outro lado, uma também variável possibilidade de as partes ditarem o seu ritmo. Contudo, um traço linear que esteve presente na grande maioria das experiências¹⁶⁸ foi a presença de um procedimento rígido e bastante detalhado, rito que deveria ser observado pelos sujeitos processuais sob pena de nulidade dos atos praticados em sua inobservância.

¹⁶⁵ TURNER, Robert. “‘Actively’: the word that changed the civil courts.” *The civil procedure rules ten years on*. Oxford: Oxford University Press, 2009, *passim*.

¹⁶⁶ PICARDI, Nicola. “La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione.” *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. Tomo I, p.179-211. Milano: Giuffrè Editore, 2005, p. 182-183.

¹⁶⁷ Expondo que as últimas reformas na Itália incrementaram os poderes dos juízes e reduziram os direitos das partes: FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p.28.

¹⁶⁸ Há exceções dignas de nota, como o verdadeiro informalismo que caracterizou o procedimento adotado logo após a revolução francesa: TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 62.

A segurança jurídica processual era garantida pelo procedimento, que conferia o desejado equilíbrio de forças individuais e proporcionava a contenção de arbítrios judiciais.¹⁶⁹

O incremento de poderes dos juízes na fase de formação dos Estados Nacionais ocorreu como forma de conferir celeridade processual e afirmação do poder estatal, mas não como uma preocupação de outorgar segurança aos jurisdicionados. Na verdade, o aumento dos poderes judiciais pode ser identificado como um deficit de segurança para as partes, porquanto limitava as possibilidades de atuação dos litigantes, colocando em risco, por vezes, as garantias maiores do contraditório, ampla defesa e acesso à justiça.

A fase cientificista do processo civil inaugurou uma nova era do pensamento processual, pois introduziu a figura do juiz como importante elemento de segurança no processo. Como o processo tinha uma função jurídica a cumprir, enalteceu-se o protagonismo judicial como algo necessário para que fosse apto a proporcionar justiça material, declarando corretamente a “vontade concreta da lei”. Para tanto, o procedimento deveria ser conduzido por um agente estatal. O procedimento, ainda bastante rígido, era o garante do equilíbrio entre as partes no processo e de contenção de arbitrariedades.

Com base nessas premissas, incrementam-se os poderes dos juízes e, de maneira acentuada, afastam-se as partes do processo, tornando o exercício da liberdade bastante limitado. Trata-se de contingência explicável pelas premissas teóricas que tomaram a doutrina europeia dos novecentos, que atraía para o Estado o dever de conduzir o processo aos seus fins públicos.¹⁷⁰ Esse movimento foi gradativamente acentuado no curso do século XX, com a percepção dos fins sociais e políticos do processo, cabendo ao Estado-juiz zelar pelo cumprimento de tais escopos.

¹⁶⁹ “Na verdade, não há como negar a relação entre a rigidez das formas processuais e as garantias de liberdade. Tanto é que Vittorio Denti, ao escrever sobre “Il processo di cognizione nella storia delle riforme”, lembrou que Chiovenda, em uma de suas mais famosas conferências (“Le forme nella difesa giudiziale del diritto”, 1901), não apenas sublinhou a necessidade das formas como garantia contra a possibilidade de arbítrio do juiz, como ainda deixou clara ‘a estreita ligação entre a liberdade individual e o rigor das formas processuais’” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Controle do poder executivo do juiz.” *Revista de Processo*, vol. 127/2005, p. 54–74, Set/2005.)

¹⁷⁰ Segundo Cabral, as premissas publicistas influenciaram a interpretação dos mais diversos institutos processuais, inclusive “a ação viria a ser teorizada como um ‘meio’ em favor de fins estatais, e mesmo para aqueles que viam na jurisdição uma função destinada primordialmente à satisfação e proteção dos direitos subjetivos”. (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 105.)

Contudo, em grande medida, afastaram do processo importantes conquistas adquiridas com a ideologia liberal.¹⁷¹ O processo liberal foi marcado por uma maior relevância das partes na condução do procedimento, pois se entendia que a liberdade dos cidadãos deveria ser preservada, sobretudo porque as partes do litígio tinham melhores condições de decidir qual a forma mais adequada para a tutela dos seus direitos. Trata-se de importante conquista no desenvolvimento histórico do processo civil que foi arrefecendo diante dos avanços publicistas. A autonomia e os fins públicos do processo proporcionaram grande limitação à liberdade das partes, justificáveis pelas contingências históricas, mas que não podem ser olvidadas na tentativa de reconstruir as bases teóricas do processo moderno.

Não à toa, parcela da doutrina, especialmente alemã, tentou evidenciar a relevância de aproximar as partes do processo, conferindo-lhes algum poder de gestão quanto à estrutura do procedimento, a fim de adaptarem o trâmite processual às suas necessidades concretas. Dentre a vasta literatura tedesca sobre o tema, Kohler foi uma das vozes que mais entoaram a necessidade de respeito à liberdade exercida no processo, sempre que a lei conferisse opções aos litigantes. Defendia que tais opções poderiam ser exercidas por contrato.¹⁷² Na Itália, uma contundente manifestação neste sentido pode ser encontrada em Carnelutti, que defendia que se as partes estão de acordo para regular o procedimento de um dado modo, há uma seríssima razão para considerar que seja o modo mais oportuno. Segundo o autor, não se pode supervalorizar o Estado em detrimento do indivíduo, depositando-se uma excessiva confiança exclusivamente no primeiro, com uma injusta desvalorização do último.¹⁷³

Todavia, essa postura de relevância à liberdade das partes encontrou resistência na visão pública do processo, pois, por se tratar de uma relação jurídica de direito público, não poderiam as partes convencionar sobre poderes de outrem. Entendia-se que qualquer convenção processual estaria dispondo sobre poderes judiciais, o que seria vedado.

Por evidente, essa reação, em muito, foi fruto da aversão que se tinha à ideia de o processo ser “coisa das partes” e dos problemas que geraram esse protagonismo.

¹⁷¹ Para uma crítica à instrumentalidade, apontando o seu viés autoritário, porquanto concentra demasiadamente poderes nas mãos do juiz e distancia o Estado do indivíduo, colocando este em relação de sujeição àquele, o que implica claro risco à democracia: ABOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. “O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo”. *Revista de Processo*. vol. 166/2008, p. 27–70, Dez/2008, p. 65.

¹⁷² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 97.

¹⁷³ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 158.

Como os fins do processo não se circunscreviam aos interesses dos litigantes, mas os extrapolavam, as partes não poderiam interferir em uma atividade eminentemente pública. O processo foi apropriado de tal modo pelo Estado que se passou a crer que a decisão justa era apenas aquela proferida por meio do arquétipo procedimental previsto pelo legislador e que aplicasse o direito emanado e interpretado pelo Estado.

De fato, não se podem negar os avanços sentidos pela ciência processual com o movimento publicista do século XX, contudo é necessário indagar sobre eventuais excessos cometidos e conquistas históricas que se perderam. Se a participação ativa do juiz na condução e conformação do procedimento é realmente salutar diante dos fins sociais, políticos e jurídicos do processo, inquieta-se a doutrina sobre a necessidade de resgatar uma maior participação das partes na definição dos rumos do processo.¹⁷⁴

Da mesma forma, deve-se questionar se as circunstâncias sociais e jurídicas da atualidade dão amparo a um modelo de processo rígido, ainda que adaptado abstratamente pelo legislador por procedimentos especiais. É de se indagar: a definição prévia, que tente apreender com precisão todo o trâmite procedimental, antecipando-se às necessidades das relações materiais, constitui o melhor caminho à tutela dos direitos? Ou o ideal de segurança processual presente nos dias atuais permite alguma abertura do procedimento à flexibilização, de maneira a viabilizar que os sujeitos processuais adaptem o seu trâmite às especificidades do caso concreto ou à conveniência dos jurisdicionados?¹⁷⁵

A análise de tais inquietações deve levar em consideração, como premissa histórica, fundamentalmente duas importantes conclusões. Em primeiro lugar, que o formalismo processual, analisado sob o enfoque da segurança jurídica, cumpre dois objetivos principais: (a) organizar o procedimento para que possa bem cumprir os seus objetivos e (b) conferir proteção aos jurisdicionados contra eventuais arbítrios estatais.¹⁷⁶ Em segundo lugar, que tais finalidades foram alcançadas especialmente por três caminhos distintos ao longo da história: (a) por meio da rigidez procedimental

¹⁷⁴ CAPONI, Remo. “Autonomia privada e processo civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXII, n. 3, junho/2008, p. 109-110.

¹⁷⁵ “De outro lado, embora o formalismo processual - a garantia de formalidades prévias ao processo judicial - represente um direito fundamental dos litigantes, é errado associar esta proteção à necessidade de regras legais, com exclusão do regramento convencional.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais. Entre publicismo e privatismo*. p. 169.)

¹⁷⁶ O formalismo moderno deve levar em consideração dois princípios: princípio da distribuição e princípio da organização: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68.

(desde o processo comum); (b) mediante o empoderamento das partes na condução do procedimento (no processo liberal) e (c) pelo incremento dos poderes do juiz (na fase cientificista).

3. O FORMALISMO PROCESSUAL NA DOUTRINA BRASILEIRA

O estudo do formalismo processual no Brasil contou com significativas contribuições de autores que se dedicaram a definir como deveria ser conformado o *iter* da prestação jurisdicional. Conforme já exposto, tal estruturação envolve duas ordens de preocupações: investigar qual o grau de rigidez dos procedimentos estabelecidos pelo legislador e saber como se dá a atividade do juiz e das partes na sua conformação.

Qualquer tentativa doutrinária de avançar na compreensão de tais questões não pode prescindir de uma cuidadosa análise de tais obras que se preocuparam *ex professo* com o formalismo processual. Doravante, cuidaremos de mapear sete estudos que bem representam a evolução do pensamento da doutrina brasileira sobre o tema, com especial atenção à questão da flexibilização do procedimento.

3.1 O Código como sistema legal de adequação do processo – Galeno Lacerda

Em 1976, Galeno Lacerda publica artigo intitulado “*O Código como sistema legal de adequação do processo*”, no qual teoriza sobre o princípio da adequação, chamando a atenção da comunidade jurídica sobre a sua importância na conformação procedimental.¹⁷⁷ O processo civil deve se adequar às particularidades da aplicação do direito material em concreto, o que infirma a noção de procedimento único para todos os tipos de litígios. Segundo o autor, dois ideais estão em constante choque no processo, a *justiça* e a *paz social*. Enquanto para o primeiro o que mais importa é a “*sentença veraz e justa*”, sendo de pouca importância o tempo que leve para alcançá-la; para o segundo, o que é relevante é justamente a “*eliminação pronta e eficaz do conflito*”, com o objetivo da restauração da harmonia social. Identificando o processo como um fato cultural e político, aduz que a solução de tal conflito varia com o tempo, o lugar e o grau de cultura e de civilidade dos povos.¹⁷⁸

Apresenta o processo como instrumento de realização do direito material em concreto, sendo a *adequação* o requisito fundamental para que possa atingir os seus objetivos. Deve o processo, assim, adaptar-se:¹⁷⁹

¹⁷⁷ LACERDA, Galeno. “O código como sistema legal de adequação do processo”. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul — Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre, 1976, p. 163-170.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 168.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 165-168.

a) aos sujeitos da relação conflituosa, seja em razão de incapacidade, número de litigantes, intervenções de terceiros, modificações do juízo competente (*subjetiva*);

b) ao objeto sobre o qual versará a prestação jurisdicional, variando suas regras em razão da disponibilidade ou indisponibilidade do direito discutido (*objetiva*).¹⁸⁰

c) à finalidade do processo de acordo com as várias funções da jurisdição (*teleológica*). Por isso que o processo de conhecimento deve ter um trâmite distinto do processo de execução e do processo cautelar. Mesmo os distintos processos de conhecimento (procedimento comum – ordinário e sumário – e procedimentos especiais), diferenciam-se em razão da adequação teleológica, dando exemplo das possibilidades de tutela liminar em algumas espécies procedimentais.

Segundo o autor, os princípios dispositivo e inquisitivo, que acentuavam as diferenças entre os ramos do direito processual, nada mais são do que as consequências da aplicação do princípio da adequação a circunstâncias jurídicas diversas.¹⁸¹

Partindo de tais premissas, ao final, aposta na elaboração de um Código como instrumento para solução dos problemas que se apresentam ao legislador. Com a atenção voltada para o CPC/73, festeja a sua estrutura ao separar, por critérios de adequação teleológica, três livros distintos que disciplinam o processo de conhecimento, o processo cautelar e o processo de execução; e, por critérios de adequação objetiva, os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e voluntária.¹⁸²

É interessante perceber das reflexões de Galeno Lacerda que o autor já identifica, com bastante clareza, tanto as influências que o ambiente cultural proporciona na definição dos contornos do processo civil, como a necessidade de o processo ter que se adaptar às nuances dos casos concretos submetidos ao Judiciário e aos fins que pretende ver atingidos. Para tanto, didaticamente, divide em três os critérios de adaptação do procedimento, com o objetivo de destacar os pontos cardeais que norteiam as modificações procedimentais.

¹⁸⁰ “As repercussões dessa gradação nos vários tipos de processos explicam as soluções várias e específicas para problemas como o impulso oficial, a extensão dos poderes do juiz e dos direitos e deveres processuais das partes, os efeitos da aquiescência, a natureza da preclusão e da coisa julgada, a distinção quanto aos vícios do ato processual, a disponibilidade das provas, a substituição e a sucessão no processo e tantos outros. Ver-se-á que, a partir de um processo civil puramente dispositivo, de objeto patrimonial, entre partes capazes, as soluções das normas processuais fatalmente se alteram, à medida em que crescer a tônica de indisponibilidade do objeto.” (Ibidem, p. 165.)

¹⁸¹ Ibidem, p. 164.

¹⁸² Ibidem, p. 169-170.

Refletindo, porém, a cultura jurídica do seu tempo, o autor aposta na legislação como garante da segurança processual, identificando o Código de Processo Civil como instrumento adequado para se alcançarem tais objetivos. O legislador, portanto, deve prever em abstrato as variações procedimentais necessárias à idônea tutela jurisdicional dos direitos. Não se cogita, na teorização exposta, qualquer flexibilização procedimental por obra do juiz ou das partes, mas apenas previsões legislativas de procedimentos diferenciados para que situações materiais distintas não sejam tratadas uniformemente. Trata-se, pois, de um modelo de rigidez procedimental, abstratamente adaptado pelo legislador.¹⁸³

3.2 A Instrumentalidade do processo – Cândido Rangel Dinamarco

Uma obra de notável repercussão em solo nacional, cuja primeira edição foi publicada em 1987, intitula-se “*A instrumentalidade do processo*” de Cândido Rangel Dinamarco, na qual o autor almeja deixar clara a virada metodológica por que passou o Direito Processual Civil, desvencilhando-se das amarras da neutralidade e do tecnicismo da fase cientificista. Analisou o processo sob uma perspectiva externa, enfatizando que para além do escopo jurídico, o processo deveria ser estruturado para promover relevantes escopos sociais e políticos.¹⁸⁴

Livrando o processo do excesso de formalismo e do isolamento decorrentes de uma fase metodológica que se empenhou em definir com precisão conceitos e institutos processuais e sedimentar a autonomia em relação ao direito material, Dinamarco foca sua atenção na efetividade social do processo, nos resultados que ele pode proporcionar aos consumidores finais da justiça. Propõe, assim, uma abertura do sistema aos influxos publicistas e solidaristas que vinham da política e da sociologia do direito, alertando que as teorias e as técnicas processuais deveriam ser desenvolvidas

¹⁸³ Com semelhantes conclusões, após analisar, dentre outros autores, a proposta de Galeno Lacerda: “Por lo que se puede percibir en las concepciones hasta ahora mencionadas, la tarea de realizar la adecuación entre proceso y derecho material compete fundamentalmente al legislador. Éste cumple dicha tarea por medio de la previsión abstracta de disposiciones específicas o procedimientos especiales más o menos adaptados a ciertas situaciones de la vida social, que él mismo identifica como suficientemente relevantes para recibir una reglamentación específica. (COHEN-KOPLIN, Klaus. “Origen y fundamentación iusfilosofica del 'principio de la adaptabilidad del procedimiento judicial!’.” In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 266.) No mesmo sentido: OLIVEIRA, Guilherme Peres. *Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

¹⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

com preocupação na pacificação social, na educação da sociedade para o exercício e o respeito aos direitos, na garantia das liberdades, consistindo o processo num canal para a efetiva participação democrática.¹⁸⁵

Mesmo identificando o procedimento como importante técnica de contenção do arbítrio estatal e a necessidade da sua observância como uma garantia que decorre diretamente do direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, CF/88), o autor já enxerga com clareza que a rigidez procedimental, tida na história como penhor da segurança jurídica, não mais representa o caminho adequado aos bons resultados do processo. Admite, pois, uma abertura à liberdade das formas, colocada à disposição dos juízes, desde que preservadas as garantias constitucionais dos jurisdicionados.¹⁸⁶ Para tanto, sem transigir quanto à autonomia da relação processual frente ao direito material, relativiza o binômio substância-processo, aproximando-os por entender ser indispensável para que o processo torne-se um instrumento eficaz ao alcance de uma ordem jurídica justa.¹⁸⁷

Empodera os juízes sob o fundamento de constituírem também agentes políticos do Estado, não fazendo sentido enclausurá-los em cubículos formais.¹⁸⁸ Como fator de segurança, vincula o exercício de tal poder às “fundamentais garantias constitucionais do processo, expressas no contraditório, igualdade, inafastabilidade de controle jurisdicional e na cláusula *due process of law*.”¹⁸⁹ Propõe, assim, uma elasticidade ao princípio da instrumentalidade das formas para viabilizar a flexibilização procedimental no limite das garantias fundamentais. O procedimento deve ser aderente às características da relação material submetida a julgamento, entrando em cena o princípio da adaptabilidade, consoante já alertava Calamandrei. Aduz ser “indiscutível que tal princípio tem aplicação constante na experiência empírica dos juízos, uma vez que não é sequer concebível um sistema inflexível de normas procedimentais disciplinadoras de *todos* os sujeitos.” E prossegue afirmando que o grau de plasticidade do arcabouço processual deve ser o mais amplo possível, visando à eficiência e à

¹⁸⁵ Ibidem, p. 11-12.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 151-152.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 366.

¹⁸⁸ A última frase do livro é eloquente: “O dia em que a cláusula *due process* for interpretada como fator esclerosante da participação do juiz no processo, *adeus justiça e viva as fórmulas rígidas da lei!*” (Ibidem, p. 380).

¹⁸⁹ Ibidem, p. 153.

celeridade da prestação jurisdicional, sem prejuízo da segurança que deve reger as atividades do Estado.¹⁹⁰

No modelo proposto por Dinamarco, o contraditório efetivo exerce relevante papel de legitimação da prestação jurisdicional, devendo as partes participar de todos os trâmites processuais e manter constante diálogo com o juiz. Este, por sua vez, deve ter uma postura ativa no processo, mediante iniciativas probatórias, efetivo comando do processo e abertura às postulações das partes.¹⁹¹

O autor faz longa exposição sobre a importância do publicismo no processo, concluindo que “o processo é um instrumento para o exercício do poder e que este deve ser exercido, ainda quando sob o estímulo de interesses individuais, sempre com vista a elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito destes.”¹⁹²

Apesar de tal orientação publicista, o autor mostra-se sensível à preservação da liberdade das partes no processo, especialmente quando a demanda tem por objeto direitos disponíveis. Partindo da premissa de que o escopo jurídico não é o único a ser tutelado, nem o mais importante escopo do processo, advoga limites à postura ativa do juiz diante de certos comportamentos das partes, até mesmo como salvaguarda à imparcialidade judicial. Segue afirmando que “as explicações meramente jurídicas de destinação do processo pecam justamente por deixarem na sombra o valor humano perseguido através do exercício da jurisdição.”¹⁹³ A disponibilidade de direitos e interesses deve ratificar a máxima de que o melhor juiz para o caso são os próprios interessados no litígio, porquanto o conflito judicializado é o mais importante motivo para a própria existência do processo, devendo a postura dos litigantes ser levada em consideração na direção do processo. Daí a importância dos ônus processuais, efeitos da contumácia das partes, em especial da revelia, que demonstram que o escopo jurídico do processo acabou sendo deixado para um plano secundário, preocupando-se o legislador mais em pacificar do que fazer valer a vontade concreta da lei.¹⁹⁴

Percebe-se na obra de Dinamarco uma acentuada preocupação em livrar o processo de amarras procedimentais que o afastem dos objetivos que deve alcançar. Partindo da premissa de que o procedimento rígido não mais representa o melhor

¹⁹⁰ Ibidem, p. 343-344.

¹⁹¹ Ibidem, p. 156.

¹⁹² Ibidem, p. 59.

¹⁹³ Ibidem, p. 195.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 195-197.

caminho para a prolação de decisões justas, advoga a flexibilização procedimental operada pela mão do juiz como meio à adequada da prestação jurisdicional. O destacado publicismo da sua construção, justificado pelo próprio interesse público em que o processo promova os seus escopos políticos e sociais, confere um grande poder aos juízes na condução do processo.

No entanto, apesar de não avançar muito quanto às possibilidades de exercício de liberdade das partes na conformação do procedimento, mostra-se aberto à necessidade de se conferir importância ao agir dos litigantes, sobretudo diante de direitos disponíveis. Neste compasso, aplaude as medidas *legislativas* que conferem relevância ao comportamento das partes na definição dos rumos do processo, a exemplo dos ônus probatórios e dos efeitos da revelia. A preocupação de Dinamarco, frise-se, volta-se à disponibilidade do direito material e não das regras procedimentais.

Por fim, é de se destacar que o autor mostra-se bastante sensível aos prejuízos que o excesso de publicismo pode proporcionar, estrangulando um dos principais escopos do processo civil moderno, o escopo social. Perfilha, assim, o relativismo da *publicização* do sistema processual e conclui que “a tendência, hoje, é caminhar no sentido de aumentar o peso que, nesse jogo de valores, tradicionalmente é dado às exigências ligadas aos escopos sociais.”¹⁹⁵ Segundo o autor, a fidelidade à satisfação da vontade concreta da lei, mediante a maior busca da verdade possível, ampla instrução e meios de impugnação, deve ceder diante das técnicas de aceleração do serviço jurisdicional e aproximação à realidade dos conflitos, de maneira a pacificar o quanto antes a sociedade. Propõe, assim, a substituição da “virtude interna da fidelidade” pela “*virtude funcional da pacificação social*”, privilegiando sempre esta última, ainda que possa ser alcançada independentemente da satisfação da vontade concreta da lei.¹⁹⁶

3.3 O formalismo-valorativo – Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Estudo marcante sobre o formalismo processual no Brasil é a tese de doutoramento da lavra do Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, intitulada *Do*

¹⁹⁵ Ibidem, p. 271.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 278-279.

formalismo no processo civil, defendida em 1996 e publicada em 1997.¹⁹⁷ O autor inicia sua exposição trazendo a lume a dificuldade de encontrar na literatura processual estudos voltados à investigação da organização e do funcionamento interno do processo, decorrente, especialmente, do tecnicismo que proporcionou o afastamento entre o direito material e o direito processual e a excessiva preocupação conceitualista da doutrina do início do século XX.

Preocupado em conferir celeridade, eficiência e efetividade ao processo, o autor analisa a conformação processual “à luz de uma visão axiológica e do seu inegável caráter de fenômeno cultural.”¹⁹⁸ Parte de uma leitura da história do processo, especialmente das viradas metodológicas por que passou a ciência processual no seu ciclo evolutivo (praxismo, procedimentalismo, conceitualismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo),¹⁹⁹ para defender as ideias de que o processo deve ser interpretado a partir dos valores constitucionais, notadamente o da efetividade e o da segurança; que as garantias processuais previstas na Constituição não se resumem à contenção do arbítrio, mas consubstanciam normas-princípio a iluminar toda a elaboração, interpretação e aplicação da lei; que a finalidade do processo não é apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material; que não basta que o juiz ocupe um papel ativo, mas cooperativo, viabilizando assim um verdadeiro exercício da democracia no processo.²⁰⁰

Após estudar os fatores históricos e culturais (externos) que influenciam o formalismo processual, enaltece a função do procedimento como instrumento de organização da atividade jurisdicional e contenção de arbítrios no exercício do poder. Segundo o autor, seria inconcebível um processo de sequência discricionária pela autoridade judicial, totalmente informalizado. Ademais, enfatiza a importância do contraditório como elemento essencial para garantir a igualdade entre as partes e satisfazer o interesse público na descoberta da verdade e realização da justiça. A atividade do juiz é condicionada “(...) à vontade e ao comportamento das partes, pelo que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância (...)” O contraditório exerce, pois, dupla função, operando um condicionamento e um controle

¹⁹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 02.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 13 e seg.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 76 e seg.

recíprocos das atividades das partes e do juiz: garante a isonomia das partes e contribui para o interesse público de aproximação da verdade e decisão com justiça.²⁰¹

Alvaro de Oliveira enfatiza a importância de adequação do procedimento às exigências do caso concreto, mas o faz, sobretudo, sob a ótica legislativa, de maneira que o legislador preveja diferenciações formais do processo consoante fatores *subjetivo*, *objetivo* e *teleológico* de adaptação.²⁰² Quanto aos fatores objetivos, o autor considera que a natureza do bem jurídico material objeto do processo influi de modo marcante no seu regramento, de maneira que a disponibilidade do bem jurídico “repercuta gradativamente nos direitos e deveres processuais das partes, nos efeitos da aquiescência, na natureza da preclusão e da coisa julgada, nos vícios do ato processual e em tantos outros aspectos.”²⁰³ Alguns aspectos do processo, porém, devem estar fora da possibilidade de adaptação em razão da natureza do direito discutido, a exemplo do impulso oficial, da extensão dos poderes do juiz e da disponibilidade da prova. Tais elementos do formalismo processual, portanto, não devem variar em razão da natureza do direito discutido.²⁰⁴

Dispõe sobre as novas tendências de informalização do instrumento processual, cuja abordagem limita-se à criação de jurisdições especiais que minimizam as garantias das partes. Acena brevemente para a possibilidade de flexibilização judicial, a partir de uma interpretação do sistema das nulidades processuais. Nas palavras do autor: “no direito brasileiro, com exceção dos juizados especiais, cíveis e criminais, as formas a serem empregadas para o desempenho da função judicial não são criadas livremente pelo juiz, mas previamente fixadas em lei, com os temperamentos decorrentes das regras relativizantes do capítulo das nulidades.”²⁰⁵ E prossegue, afirmando que o aumento dos poderes dos juízes não pode significar a indeterminação de tais poderes, sendo necessária uma ampla normatização do procedimento, a fim de não transferir “ao órgão judicial o poder de criar ao seu bel-prazer, caso por caso, a regra processual mais apropriada para o desenvolvimento do procedimento, conduzindo

²⁰¹ Ibidem, p. 126 e seg.

²⁰² Ibidem, p. 134 e seg.

²⁰³ Ibidem, p. 135-136.

²⁰⁴ “Todavia, independentemente da matéria discutida no processo o impulso processual, a extensão dos poderes do juiz e a disponibilidade da prova. Entre nós, o impulso processual constitui dever do órgão judicial, em face da natureza pública do processo, seja qual for o seu objeto, uma vez instaurado a requerimento da parte. O mesmo pode ser dito acerca dos poderes do juiz e da disponibilidade das provas, pois o órgão judicial desde muito deixou de ser simples expectador da disputa travada entre as partes, devendo determinar até de ofício as provas julgadas necessárias à formação da sua própria convicção.” (Ibidem, p. 137.)

²⁰⁵ Ibidem, p. 143.

a total indeterminação e imprevisibilidade.” Segundo o autor, uma postura com este viés promoveria, desnecessariamente, “o arbítrio do poder estatal dentro do processo”. Há, portanto, uma grande preocupação de Alvaro de Oliveira na contenção de poderes judiciais e em eventual discricionariedade dos magistrados, capaz de prejudicar a isonomia entre as partes e previsibilidade do procedimento.²⁰⁶⁻²⁰⁷

A teoria esboçada limita significativamente a liberdade das partes no processo, geralmente associando uma maior participação dos litigantes aos problemas que marcaram o processo comum e o processo liberal. Segundo Alvaro, a tensão existente entre a plena realização do direito material com justiça e a pacificação mediante um procedimento célere, “impõe a necessidade de serem estabelecidos limites à liberdade de agir dos litigantes, circunscrevendo-se, de conseguinte, seus poderes processuais.”²⁰⁸ Não obstante, constitui um traço marcante da sua obra a necessidade de harmonização entre o “ativismo judicial” e o “ativismo das partes, conscientes e cooperadoras”.²⁰⁹ Neste sentido, desenvolve um consistente discurso sobre “a percepção de uma democracia mais participativa, com um consequente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual.”²¹⁰ É imprescindível que o processo desenvolva-se por uma linha dialogal, de maneira que o seu resultado seja fruto de um trabalho conjunto de todos os sujeitos.²¹¹

Como se pôde perceber, a linha doutrinária adotada aponta para a construção de um procedimento adaptado às diferentes necessidades das relações materiais, porém um procedimento rígido, com pouca possibilidade de alteração pelo magistrado e praticamente nenhuma ingerência das partes na sua conformação.²¹² Tal possibilidade de adaptação procedimental pelo juiz é ratificada em escritos posteriores.²¹³ Para o autor, a segurança está na previsibilidade procedimental estabelecida legislativamente, com alguma margem de adaptação pelo juiz. Ao final, o autor desenvolve um discurso, cheio de cautelas, sobre a possibilidade de superação de

²⁰⁶ Ibidem, p. 161.

²⁰⁷ Não obstante, ao final, afirma que “a regra de ouro nesta matéria consiste em considerar plenamente válido o ato se, realizado de outra forma, atingir a sua finalidade essencial, verificada ainda a ausência de prejuízo. (...) Varre-se, assim, o fetichismo da forma, eliminado-se as imprestáveis, mantidas tão-somente as que tenham finalidade atual ou sirvam à garantia das partes.” (Ibidem, p. 237.)

²⁰⁸ Ibidem, p. 200.

²⁰⁹ Ibidem, p. 162.

²¹⁰ Ibidem, p. 165.

²¹¹ Ibidem, p. 165 e seg.

²¹² Com semelhante percepção: OLIVEIRA, Guilherme Peres. *Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54-55.

²¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 144.

regras procedimentais, utilizando-se, para tal, a ideia de equidade na apreciação do caso concreto, a fim de se evitar o formalismo pernicioso e promover o formalismo virtuoso.²¹⁴

3.4 Doutrina contemporânea

3.4.1 Adequação e adaptabilidade do procedimento

Percebendo a necessidade de o processo civil ser um instrumento mais eficiente na consecução dos seus objetivos, Fredie Didier Jr., em 2001, chama a atenção da doutrina para “dois importantes (e esquecidos) princípios do processo”: o princípio da adequação e o princípio da adaptabilidade do procedimento.²¹⁵ Explica que, desde o reconhecimento da autonomia do direito processual em relação ao direito material, o que lhe conferiu autonomia científica, o estudo do procedimento e da tutela jurisdicional vem sendo esquecido ou menosprezado pela dogmática jurídica.

Adotando o conceito amplo de formalismo elaborado por Alvaro de Oliveira, Didier estuda o fenômeno não só como a forma ou as formalidades que compõem o processo, mas também como os poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a ordenação das suas atividades e do procedimento. Em seguida, foca a atenção no escopo jurídico do processo, ou seja, na definição, proteção e realização do direito substancial, sem negar a existência de outros relevantes fins, como o social e o político. Assim, ressaltando a importância do estudo do procedimento, aduz que a adequação do instrumento ao seu objeto conduzirá ao melhor e ao mais fácil alcance dos seus fins.

Partindo da premissa de que não se pode alcançar o ideal de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva apenas com um procedimento criado com alto grau de abstração em relação ao caso concreto, trabalha o princípio da adequação em dois momentos, o pré-jurídico, que informa a atividade do legislador ao conformar o procedimento, e o processual, que confere ao juiz a possibilidade de ajustar o procedimento às peculiaridades do caso concreto analisado. Para fins didáticos, prefere

²¹⁴ Ibidem, p. 238-257.

²¹⁵ DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5806-sobre-dois-importantes-e-esquecidos-principios-do-processo-adequacao-e-adaptabilidade-do-procedimento>. Acesso em 20/12/2016.

chamar o primeiro de princípio da adequação (abstrato e prévio) e o segundo de princípio da adaptabilidade (concreto e reparador).

Didier busca respaldo nos princípios constitucionais do acesso substancial à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) para o princípio da adequação do procedimento, considerando este um subproduto daqueles. Mas obtempera que as medidas que podem ser adotadas de adaptabilidade procedimental devem estar previstas expressamente, pois a previsibilidade e a anterioridade são penhores da legalidade e da legitimidade da decisão, constituindo requisitos inafastáveis. Não trata o autor de eventuais possibilidades de flexibilizações atípicas do procedimento.

Dando um passo adiante, expõe a possibilidade de o juiz adaptar o procedimento às necessidades de tutela dos casos concretos, de maneira a melhor proteger o direito material, apontando o excessivo rigor formal como uma das causas do descrédito pelo sistema de tutela jurisdicional dos direitos. Citando Calamandrei, confere exemplos de técnicas de flexibilização legislativa, em que a lei tipificou previamente aberturas para que o juiz adaptasse o procedimento ao caso concreto, como v.g. a inversão do ônus da prova, o julgamento antecipado do mérito, a conversão do rito sumário em ordinário, a supressão da audiência preliminar etc. Exige, por fim, para a realização de modificações procedimentais, o dever de consulta do juiz junto às partes, de forma que sejam previamente justificadas as medidas a serem adotadas, em homenagem aos princípios processuais da lealdade e da cooperação.

Consoante se pôde perceber, o autor é um entusiasta do princípio da adaptabilidade do procedimento, mas restringe a sua análise à possibilidade de o legislador tipificar previamente os espaços de poder para que o juiz possa alterar o rito estabelecido em lei, bem como não trata da possibilidade de as partes adotarem semelhante postura ou mesmo obstarem a flexibilização procedimental desejada pelo juiz. Não se identifica, portanto, na teorização proposta por Didier no início do século XXI, a possibilidade de modificação procedimental atípica pelo juiz ou pelas partes, diferentemente do que se pode verificar de escritos seus posteriores.²¹⁶

²¹⁶ Em estudos mais recentes, o Autor vem se mostrando um dos maiores entusiastas em solo nacional a respeito da flexibilização procedimental convencional, conferindo às partes amplos poderes de conformação processual. Vide: DIDIER JR., Fredie. *Curso de processo civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 132-136.

3.4.2 Flexibilização procedimental

A versão comercial da tese de doutorado de Fernando da Fonseca Gajardoni, publicada em 2008 e intitulada *Flexibilização procedimental*, cuida exatamente do tema objeto do presente estudo, figurando como obra sempre lembrada em solo nacional quando se escreve sobre a flexibilização do procedimento. O autor busca demonstrar em que medida a adaptabilidade pode ser útil para o desenvolvimento do processo civil moderno e quais os critérios que devem ser observados para que o procedimento seja alterado pelo legislador, pelo juiz ou pelas partes.

O autor expõe como premissa considerar um paradoxo o juiz brasileiro, com base no art. 131 do CPC/73, ter liberdade de decisão sobre o mérito da demanda “com base na lei, nas provas e na sua convicção pessoal, sobre a pretensão formulada” e não ter a mesma liberdade no que concerne ao processo. “Ou seja, permite-se ao juiz liberdade no principal, no julgamento da causa, mas não se lhe concede liberdade no *minus*, isto é, na escolha do melhor *iter* para a condução do processo.”²¹⁷

Segundo Gajardoni, seria ideal que o legislador previsse todas as peculiaridades procedimentais, ajustando o processo às mais diversas relações materiais e especificidades dos serviços judiciais locais, ou permitisse *que os juízes* assim o fizessem.²¹⁸ Com este desiderato, propõe uma ampla reforma no sistema legislativo brasileiro a possibilitar que os Estados federados e o Distrito Federal possam legislar sobre processo civil de maneira a ajustar os procedimentos às suas realidades locais.²¹⁹

Como o Estado, contudo, não é capaz de prever todas as necessidades que as mais diversas relações jurídicas podem apresentar, aponta a *flexibilização judicial* das regras de procedimento como solução, que deve ocorrer apenas excepcionalmente, com observância da participação das partes e das garantias constitucionais.²²⁰ “Enquanto não se alcança esta evolução interpretativa e efetivamente os Estados avancem na construção de modelos procedimentais próprios (...), é com base nas normas postas na legislação federal (...) que devemos encontrar, então, a via para a

²¹⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 01-02.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 05.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 64.

²²⁰ *Ibidem*, p. 06.

flexibilização do procedimento.”²²¹ Expõe que a rigidez procedimental não mais se coaduna com os anseios atuais e que a flexibilização não é incompatível com a previsibilidade, segurança jurídica e devido processo legal. Propõe, assim, que seja adotado no Brasil um sistema semelhante àquele vigente no direito português, conferindo-se um “poder supletivo, ou melhor, integrativo da eficácia global dos procedimentos processuais, admitindo que o juiz, na inexistência de procedimento adequado, possa cria-lo ou adaptá-lo com base nos modelos rituais já existentes.”²²²

No terceiro capítulo, que particularmente interessa, o autor dedica-se a aprofundar os *fundamentos dogmáticos da flexibilização procedimental*. Para justificar sua tese, o autor apresenta os seguintes fundamentos:²²³

a) Apesar de as regras procedimentais serem garante da segurança, porquanto conferem previsibilidade ao *iter* processual, devem ser alteradas quando não estiverem cumprindo a finalidade para a qual foram criadas. Ainda que fossem criados inúmeros procedimentos especiais, não seriam aptos a se adaptar plenamente às necessidades de tutela se conformados de maneira rígida.

b) A demora da atividade legislativa é incompatível com a “ânsia pela tutela adequada”. Segue afirmando que “esta a razão pela qual, inexistindo adequação procedimental no plano normativo, não me parece haver dúvida de as variações rituais possam ser autorizadas judicialmente.”²²⁴

c) Como a segurança jurídica significa previsibilidade, é possível evitar o arbítrio mediante a observância do contraditório prévio, “sendo de pouca importância a fonte de onde provenham [as regras procedimentais]”.²²⁵

d) A opção pela especialização dos procedimentos operada pelo legislador deve ser revista, pois a proliferação de conflitos da sociedade moderna é incompatível com a lentidão das alterações legislativas.

e) O juiz também é um agente político, não havendo razão para limitar seus poderes de conformação do procedimento.

Expostos os fundamentos, Gajardoni passa a tratar dos três requisitos que considera indispensáveis à flexibilização. Em primeiro lugar, a *finalidade*, sendo

²²¹ Ibidem, p. 64.

²²² Ibidem, p. 76.

²²³ Ibidem, p. 84-87.

²²⁴ Ibidem, p. 85.

²²⁵ Ibidem, p. 85.

possível a alteração do rito para adequá-lo a peculiaridades do caso concreto, para suprimir atos e incidentes desnecessários ou em razão da “condição da parte”, seja para conferir isonomia diante da hipossuficiência de algum dos litigantes, seja para *permitir* a variação do procedimento diante de *requerimento* conjunto das partes. Em segundo lugar, o *contraditório útil* (conhecimento-participação-influência) é condição para a validade da alteração procedimental, devendo as partes ser ouvidas e alertadas sobre a nova conformação a ser seguida. Por fim, como último requisito, o autor aponta a necessidade de *motivação* da decisão proferida, para que o juiz demonstre a adequação da alteração procedimental no caso concreto.²²⁶

Como se percebe, o autor tem uma visão marcadamente publicista do fenômeno da flexibilização, concentrando a maioria dos poderes nas mãos dos juízes. Quando expõe as premissas do seu pensamento (Capítulo 3), trabalha fundamentos relacionados ao aumento de poderes judiciais, não sendo objeto de suas preocupações o exercício da liberdade das partes ou a eventual necessidade de o juiz respeitá-lo. Para o autor, o procedimento deve ser estabelecido em lei, podendo excepcionalmente ser flexibilizado pelo juiz, desde que decida de maneira motivada e proceda à prévia oitiva das partes. O presente trecho é bastante elucidativo sobre a sua percepção da flexibilização procedimental:

O juiz, diante de particularidades próprias da causa, é o melhor árbitro do procedimento a ser seguido, devendo fixá-lo a fim de adaptá-lo ao direito material e à situação específica das partes litigantes. Desde que garanta aos contendores o devido processo constitucional e previsibilidade de suas ações, pode excepcionalmente manipular o procedimento. Estas são, grosso modo, as premissas da flexibilidade judicial do procedimento sustentadas neste estudo.²²⁷

Ao final (Capítulo 5), quando dispõe sobre a *flexibilização voluntária*, aquela realizada por ato das partes, o autor apresenta fundamentos práticos, partindo das opções procedimentais que já existem no sistema do CPC/73. E afirma: “inúmeras situações ligadas ao direito material, à realidade das partes, ou simplesmente à inexistência de prejuízo, devem permitir a eleição do procedimento, inclusive pelas próprias partes.”²²⁸

A premissa da qual parte Gajardoni é bastante delicada. Segundo o autor, haveria liberdade judicial quanto ao “principal”, referindo-se ao julgamento do mérito

²²⁶ Ibidem, p. 87-95.

²²⁷ Ibidem, p. 201.

²²⁸ Ibidem, p. 215.

da demanda, não sendo justificáveis restrições quanto ao que chama de “*minus*”, que seria a escolha do procedimento a ser observado para o julgamento do caso concreto.²²⁹ Em primeiro lugar, parece não ser possível afirmar que o juiz pode decidir “livremente, com base na lei, nas provas e na sua convicção pessoal sobre a pretensão formulada”. Em segundo lugar, justificar a possibilidade de flexibilização procedimental a partir de uma liberdade judicial quanto ao mérito é não conferir a devida importância às conquistas havidas ao longo da história quanto à relevância do procedimento para a segurança jurídica dos cidadãos. O que resta de previsível em um processo judicial se o juiz pode ter liberdade tanto em relação ao mérito quanto ao procedimento? Em terceiro lugar, entender o processo como um *minus* em relação ao mérito da demanda afasta o autor de uma das razões de ser do próprio processo civil, que é, por um lado, estabelecer balizas à atividade judicial, e, por outro, conferir ampla participação e poder de influência dos jurisdicionados no exercício da atividade estatal, coibindo assim o exercício arbitrário do poder.

Ademais, o autor pouco trabalha o processo desde uma perspectiva cultural, mas sim como fenômeno técnico, justificando sua tese apenas por questões lógicas. Não se identifica no desenvolvimento das suas ideias uma maior preocupação em fundamentar alguma mudança das circunstâncias sociais ou jurídicas a dar suporte à distinta perspectiva que propõe para o processo.²³⁰ Defende a possibilidade de flexibilização como se fosse mera correção de rumos do processo e não como uma decorrência do processo evolutivo da ciência processual. Não fica claro na obra de Gajardoni o porquê de antigamente a segurança jurídica ser encontrada no procedimento rígido e, atualmente, ser o procedimento flexível adequado à tutela dos direitos.

Refira-se, ainda, que, para o autor, só seria devida a flexibilização do procedimento para adaptação do seu curso às circunstâncias da causa, ou seja, flexibilização como adaptabilidade. Entretanto, há hipóteses de flexibilização por mera conveniência das partes, que merecem um tratamento específico, porquanto respondem a critérios distintos de segurança.

²²⁹ Ibidem, p. 01-02.

²³⁰ Criticando tal postura dos processualistas, Ovídio Baptista é enfático: “O que há de surpreendente neste modo de compreender o Direito é que apenas o processo assumiu, para a doutrina, o caráter de uma ciência. O direito material conservou-se, para o pensamento moderno, um produto cultural e, como tal, sujeito às vicissitudes históricas e sociais. (...) O ‘cientificismo’ é enfermidade que desgraça apenas o processo!” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 138.)

3.4.3 Colaboração no processo civil

É crescente a preocupação doutrinária em conferir cada vez mais relevância à participação dos jurisdicionados no curso do processo, deixando para os séculos passados o modelo processual de assimetria na relação entre juiz e partes, em que havia “uma radical separação entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado”.²³¹ Um dos estudos emblemáticos que registra esta virada histórica foi elaborado por Daniel Mitidiero e publicado em 2009, intitulado *Colaboração do processo civil*.

O autor coloca em xeque a maneira como se lidava com três questões fundamentais para a estruturação de um processo justo: relação entre direito material e direito processual; interações entre processo e Constituição e a jurisdição como polo metodológico da teoria do direito processual civil. Mitidiero deixa claro que a jurisdição não cumpre apenas a função de declarar uma ordem jurídica preestabelecida pelo legislador, mas, sem negar a teoria dualista do ordenamento jurídico, pontua a revolução hermenêutica ocorrida na segunda metade do século XX para separar texto e norma e identificar na atividade judicial um trabalho de reconstrução interpretativa da ordem jurídica. Ademais, operou-se uma migração do parâmetro de legalidade para o de juridicidade, sendo vedado ao juiz conformar-se com soluções injustas conferidas pelo legislador, devendo a todo tempo exercer o controle de constitucionalidade e a interpretação consoante os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Com isso, o devido processo legal cede frente ao devido processo constitucional, possibilitando que o juiz, diante das distintas necessidades de tutela apresentada pela riqueza inesgotável dos casos concretos, não fique aprisionado em prévias e abstratas soluções legais infraconstitucionais. Por fim, aduz que colocar a jurisdição no centro da teoria do processo civil reflete uma postura unilateral do fenômeno processual, ignorando-se as conquistas do direito moderno em termos de participação democrática no exercício do poder. Sem negar o papel fundamental da jurisdição no processo civil moderno, postula um reforço no papel das partes como indispensável na busca da justiça nos julgamentos dos casos submetidos ao Judiciário. Deve-se encontrar “um justo equilíbrio entre as posições jurídicas do autor, do juiz e do réu”, sendo o processo um espaço privilegiado de participação do cidadão no exercício do poder. Reconhece,

²³¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 113.

assim, diante de todas essas mudanças de perspectivas no tratamento do direito, em especial, do direito processual, a superação da fase metodológica do instrumentalismo, devendo o processo ser estruturado em consonância com os princípios constitucionais que expressam os valores justiça, participação leal, segurança e efetividade.²³²

Para demonstrar a sua tese, sempre preocupado em situar o direito processual no tempo e no espaço, Mitidiero investiga os pressupostos sociais, lógicos e éticos, com profícua imersão nas circunstâncias culturais que influenciaram os distintos modelos de processo que se manifestaram ao longo da história.²³³

Sobre os pressupostos sociais, parte da ideia de que o problema da divisão de trabalho entre juiz e partes no processo é condicionado pelo modelo de organização política da sociedade. Um modelo paritário de organização social, em que impera a indistinção entre o Estado, a sociedade civil e o indivíduo, coloca o juiz no mesmo nível das partes. A atividade do juiz é significativamente limitada, visualizando-se qualquer intervenção do poder como algo odioso, sendo o processo coisa das partes e não do juiz. Já no modelo hierárquico, estabelece-se uma relação assimétrica entre Estado e indivíduo, o que enseja uma posição de superioridade do juiz em relação às partes. Intensificam-se os poderes judiciais com o enfraquecimento do formalismo, instrumento histórico de contenção dos arbítrios judiciais, num movimento de publicização do direito processual. O Estado apropria-se do direito, só reconhecendo como legítimas as manifestações jurídicas por si produzidas, estando o juiz no vértice da pirâmide, em patente assimetria em relação às partes. O modelo cooperativo, por sua vez, está sob o império do Estado constitucional, caracterizado pela submissão ao direito e na participação social no exercício do poder e fundado na dignidade da pessoa humana. Estas características repercutem no processo, conferindo ao juiz uma postura isonômica na condução do processo e assimétrica na decisão das questões processuais e materiais da causa, ou seja, paritário no diálogo e assimétrico na decisão. Busca-se, pois, um equilíbrio entre os sujeitos processuais, que devem formar verdadeira comunidade de trabalho.²³⁴ “A colaboração e seu principal instrumento – o diálogo – acabam por figurar como importante fator de legitimação do processo civil no Estado constitucional.” Por tal motivo, o direito fundamental ao contraditório é

²³² Ibidem, p. 41 e seg.

²³³ Ibidem, p. 60-111.

²³⁴ Ibidem, p. 71-86. A expressão “comunidade de trabalho”, bastante utilizada por Alvaro de Oliveira, foi forjada por Franz Klein no final do século XIX.

redimensionado, passando o juiz a ser um dos seus sujeitos, obrigando-o ao constante diálogo e cooperação com os jurisdicionados.²³⁵

Para além dos pressupostos sociais, são trabalhados também pressupostos lógicos e éticos para a conformação do modelo cooperativo de processo. A virada lógica se deu com a renovação do caráter argumentativo do direito, o que proporcionou o incremento de importância das partes, inclusive para reconstrução das normas jurídicas por meio do processo. O contraditório torna-se um direito fundamental de influência sobre as decisões da causa, sejam fáticas, jurídicas ou mistas, materiais ou processuais, ainda que possam ser conhecidas de ofício. Paralelamente, a virada ética deu-se por meio da recompreensão da boa-fé entre aqueles que se relacionam em juízo e na questão do alcance da verdade no processo. Quanto à boa-fé, seja subjetiva ou objetiva, é um dever de todos que atuam no processo, inclusive do juiz perante as partes. Quanto à verdade, exige-se um juiz ativo, com postura engajada e diretiva nas iniciativas probatórias, porém sempre submetendo o resultado ao crivo das partes, que poderão influir sobre o seu valor probante. Distingue-se, pois, parcialidade de neutralidade, para concluir que o juiz não deve ser neutro, mas ativo na instrução probatória, o que não macula a sua imparcialidade, consoante se entendia na cultura jurídica francesa do século XIX.²³⁶

Mitidiero conclui pela necessidade de o indivíduo, a sociedade civil e o Estado ocuparem posições coordenadas, em um modelo colaborativo de processo, conferindo ao juiz deveres de consulta, auxílio, prevenção e esclarecimento, que podem ser exprimidos na necessidade de um intenso diálogo com as partes. “O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quadro da decisão da causa.”²³⁷

Dentre as preocupações do autor, está a instituição de um processo civil verdadeiramente democrático, em que a jurisdição seja exercida com o mais elevado respeito ao cidadão, mais precisamente, à dignidade da pessoa humana. Para tanto, surge a necessidade de conferirem-se balizas à atuação judicial, de maneira que o processo seja estruturado para outorgar uma adequada tutela dos direitos, mas que tal empresa seja desempenhada com a mais ampla participação dos jurisdicionados. A

²³⁵ Ibidem, p. 83 e 84.

²³⁶ Ibidem, p. 99 e 103.

²³⁷ Ibidem, p. 114.

legitimidade da prestação jurisdicional depende da sua abertura aos valores democráticos.

O desenvolvimento da teoria trabalha com a colaboração como o *modelo* de processo do Estado constitucional, porquanto organiza o papel das partes e do juiz no curso do processo, prestigiando o trabalho conjunto de tais sujeitos (uma comunidade de trabalho); mas também como um *princípio* que lança a sua normatividade a toda a estruturação do procedimento, impondo um estado de coisas a ser promovido, com o fim de se alcançar uma decisão justa ao final da marcha processual.

A obra ora analisada constitui relevante passo teórico para a ciência processual, significando verdadeiro avanço quanto à divisão de trabalho entre os sujeitos do processo, especialmente no que toca aos limites que devem ser observados pelos juízes para legitimamente desempenharem a sua função.²³⁸ É preciso ter presente tais circunstâncias para a correta definição do processo civil moderno, que congregue tanto um juiz ativo e interessado na prolação de uma decisão justa, aproximando-se o máximo possível da verdade e interpretando/aplicando adequadamente o direito, mas com absoluto respeito à relevância das partes no processo, observando o seu dever de diálogo e conferindo a devida importância às suas manifestações de vontade.

3.4.4 Convenções processuais

Até pouco tempo, pouca atenção era conferida à possibilidade de as partes celebrarem convenções sobre o regras processuais, a fim de customizarem o processo de acordo com as peculiaridades de cada demanda ajuizada. O publicismo que dominou o processo civil, especialmente após a conhecida teorização da relação jurídica processual de Bülow em 1868, afastou das reflexões acadêmicas o âmbito de incidência da autonomia privada no processo.²³⁹

²³⁸ Com semelhantes preocupações, mas com abordagem diversa: DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da colaboração no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.

²³⁹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira De; Gomes Júnior, Luiz Manoel (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo : Rev. dos Tribunais, 2008. p. 290-304, p. 290.

Contudo, gradativamente, inúmeros estudos, não só em solo nacional,²⁴⁰ vêm desenvolvendo a ideia de ser possível aos litigantes convencionarem atipicamente sobre o formato do processo que melhor atende às suas necessidades. Segundo Barbosa Moreira, em um dos estudos nacionais mais remotos dedicado ao tema (1984), na doutrina alemã predomina o entendimento de ser possível às partes celebrarem convenções processuais atípicas, havendo, porém, acentuada divergência sobre os limites que devem ser impostos às partes.²⁴¹

Para o que importa ao presente estudo, referida doutrina vem advogando, cada vez mais, um papel de destaque das partes no processo, tentando conciliá-lo aos ganhos históricos do publicismo processual.²⁴² Como consequência, estão dando um passo à frente na discussão sobre a necessidade de um processo mais flexível, para defender que essa flexibilização deve se dar amplamente por convenção das partes, cabendo ao juiz respeitá-las e implementá-las.

Uma obra que bem representa essa tendência da doutrina brasileira possui como título comercial “*Convenções processuais*” e foi apresentada como tese de livre-docência perante a Universidade de São Paulo (USP) por Antônio do Passo Cabral.²⁴³ O autor trabalha o tema sob os seus mais diversos ângulos, desde uma perspectiva conceitual, passando por uma fundamentação histórica, enfrenta os argumentos teóricos que rejeitam as convenções e traça parâmetros aplicativos.

²⁴⁰ Estudiosos da Alemanha, Itália, França e Inglaterra vêm igualmente dedicando-se ao estudo do tema. Vide: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. “Da cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo código de processo civil brasileiro.” *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. Sobre o tema: DE CRISTOFARO, Marco. Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo. *Rivista Di Diritto Processuale*, Padova, v. 65, n. 2, p. 282-305, mar. /abr. 2010, p. 283. ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 193, p. 167-200, mar. 2011. CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*. São Paulo, v.33, n.160, p. 61-82, jun. 2008. BONCI, Marco. Active case management - English reception and italian rejection. *Revista de Processo*. São Paulo, v.38, n.219, p. 225-237, maio de 2013. ANDREWS, Neil. Relações entre a Corte e as partes na era do case management. *Revista de Processo*. São Paulo, v.38, n.217, p. 181-203, mar. 2013; CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali.” *Civil Procedure Review*. v.1, n.2, p. 42-57, jul./set., 2010.

²⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 115-130, p. 121.

²⁴² Em 1974, Castilho já defendia que “no existe incompatibilidad alguna entre liberalism y autoritarismo en el proceso. Libertad y autoridad, en modo alguno son terminus antitéticos, so pena de identificar la primera con la algarada y la subversión y la segunda con la reacción y el despotismo.” (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoria general e historia del proceso*. Tomo II. México: UNAM, 1974, p. 285.)

²⁴³ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

Analisando a história do direito processual civil, Cabral inicia pela Alemanha, expondo que, em 1887, Josef Kohler trabalhou profundamente o tema dos contratos processuais, conferindo ampla possibilidade de as partes acordarem aspectos do procedimento “toda vez que o ordenamento ofertasse às partes uma opção de interferência no procedimento entre duas alternativas”.²⁴⁴ Desde então, houve uma profusão de estudos sobre o tema na literatura germânica, porém sem muita repercussão jurisprudencial no século XIX. Supõe o autor que tal desinteresse da jurisprudência alemã decorreu da grande repercussão da teoria de Bülow sobre a relação jurídica processual, que inaugurou a escola publicista do processo. Como da relação jurídica processual participava o Estado-juiz, revertia-se de natureza pública, o que impedia que as partes convencionassem sobre poderes de outrem (juiz). Não poderiam alterar regras processuais cogentes, pois de ordem pública.²⁴⁵

A teoria de Bülow influenciou a doutrina italiana, contando especialmente com a adesão de Giuseppe Chiovenda. Como consequência, pouca foi a dedicação dos estudiosos italianos às convenções processuais, sendo Salvatore Satta um dos maiores defensores do publicismo, na mesma linha perfilhada por Bülow. Segundo Cabral, esse foi o berço da tradição publicista que influenciou o direito brasileiro, consolidando-se a ideia de que o processo é um ambiente de direito público, impermeável à autonomia da vontade dos litigantes.²⁴⁶

No curso do século XX, a doutrina europeia, especialmente na Alemanha, começa a passar por uma virada quanto ao exercício da liberdade pelas partes no processo. Um dos pontos altos da doutrina alemã foi alcançado por Peter Schlosser, que pautou as suas ideias na máxima *in dubio pro libertate*, estabelecendo a primazia da vontade das partes na conformação do processo. Para afastar esta premissa, caberia ao juiz desincumbir-se de um elevado ônus argumentativo, justificando as razões que o autorizam afastar a vontade dos litigantes.²⁴⁷

Na França, a aceitação dos negócios processuais foi mais tímida pela doutrina, encontrando, porém, solo fértil na experiência dos tribunais. O sistema de normatização processual francês contribuiu para este fenômeno, porquanto a Constituição Federal não estabelece reserva legal para a disciplina das regras de

²⁴⁴ Ibidem, p. 98.

²⁴⁵ Ibidem, p. 99 e seg.

²⁴⁶ Ibidem, p. 92-98.

²⁴⁷ Ibidem, p. 114 e seg.

processo civil, o que possibilitou que decretos do Executivo o fizessem. Em virtude do “fracasso da rigidez do procedimento e dos instrumentos de adaptação existentes”, os juízes e os tribunais buscaram novas técnicas de flexibilização procedimental, a exemplo dos protocolos coletivos de disciplina da fase instrutória, das convenções sobre a informatização do processo e, por fim, a própria convenção individual das partes visando à gestão mais eficaz do rito processual.²⁴⁸ Cabral finaliza com uma observação de suma relevância para o presente estudo:

No que tange aos fins que motivaram seu desenvolvimento, a experiência francesa: a) mostrou que há um sentimento de insuficiência do procedimento rígido, exigindo flexibilização; b) demonstrou a tendência de atribuir um viés colaborativo à adaptação do procedimento, incrementando o papel das partes.²⁴⁹

Em conclusão à análise histórico-comparada, registra o autor que alguns protocolos processuais já foram formalizados na Itália, especialmente entre o Poder Judiciário e a Ordem dos Advogados italiana, além de ter sido positivada a possibilidade do calendário processual.²⁵⁰ Por outro lado, nos Estados Unidos da América, sistema de base *adversarial* que sempre conferiu grandes poderes de condução do procedimento às partes, pouca atenção doutrinária é dedicada às convenções processuais. Contudo, a prática dos contratos privados tem cada vez mais se utilizado de convenções sobre a conformação processual, tendo encontrado significativa abertura jurisprudencial a tais negócios.²⁵¹

Após essa profícua análise histórico-comparada sobre a flexibilização procedimental por meio de convenções entre as partes, Cabral lança-se ao enfrentamento dos argumentos contrários à sua admissão no processo civil brasileiro, bem como demonstra a absoluta compatibilidade das convenções processuais com as conquistas alcançadas pelo publicismo processual. Segundo o autor, “o publicismo não significa que o processo seja exclusivamente conduzido no interesse público. A lógica da prevalência e da hierarquia entre os objetivos públicos e privados na jurisdição não parece ser a tônica do Estado contemporâneo.”²⁵²

A tese de Antônio do Passo Cabral revela grande importância quanto ao estágio evolutivo da ciência processual no que concerne à relevância que se deve

²⁴⁸ Ibidem, p. 117-122.

²⁴⁹ Ibidem, p. 122.

²⁵⁰ Ibidem, p. 123-124.

²⁵¹ Ibidem, p. 124-126.

²⁵² Ibidem, p. 151.

conferir à liberdade das partes na conformação processual. Trata-se do amadurecimento sobre exercício da democracia e consequente percepção de que a natureza pública do processo deve conviver com os limites impostos pelos interesses dos litigantes. O processo deve ser conformado à consecução dos interesses públicos, mas isso não significa que tais escopos devam ser buscados a qualquer custo, desconsiderando o interesse das partes interessadas e a própria finalidade pública de pacificação social.

4. TENDÊNCIAS EM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

4.1 Introdução

Ao se investigar sobre uma nova forma de entender a segurança jurídica processual, migrando-se de um modelo rígido e de protagonismo judicial, para um formalismo processual objetivamente flexível e subjetivamente equilibrado, cumpre analisar como as mudanças sociais e jurídicas vêm repercutindo na estruturação processual de ordenamentos jurídicos estrangeiros. Como bem pontua Trocker, há um movimento generalizado na Europa de reformas processuais, decorrente de um profícuo diálogo à distância entre legisladores atentos para colherem as soluções e experiências alheias, visando à solução dos seus próprios problemas; um verdadeiro jogo complexo e fascinante de trocas e influências recíprocas.²⁵³ O estudo do tema, portanto, não prescinde de um olhar para estes movimentos legislativos e doutrinários.

Dedica-se, assim, ao estudo do processo civil inglês, francês e português, sistemas que sofreram significativas reformas quanto à estruturação do processo, a fim de analisar as opções adotadas especialmente quanto à adaptabilidade do procedimento aos casos concretos apresentados ao Judiciário, bem como quanto ao papel desempenhado pelos sujeitos processuais neste mister.

4.2 Processo civil francês

Conforme já referido, o processo civil francês foi um dos ordenamentos nacionais que não reagiu significativamente à onda socializante do processo, oriunda especialmente dos pensamentos de Franz Klein que culminaram na ZPO austríaca. Isto se deve a alguns fatores preponderantes. De início, é de se referir à histórica luta da sociedade francesa contra o abuso de poder estatal, que teve seu ponto máximo na Revolução Francesa, movimento que repercutiu diretamente no processo civil por exigir a limitação dos poderes dos juízes, até então bastante ligados ao monarca e com a imparcialidade por demais questionada. Some-se a isto o fato de as disposições normativas processuais francesas estarem assentadas, até 1975, no diploma legislativo que melhor representa os frutos da revolução que foi o Código napoleônico, que adotou

²⁵³ TROCKER, Nicolò. “Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa.” *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. SCARSELLI, Giuliano (org.). Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2010, p. 175.

princípios bastante liberais no que concerne à condução do processo pelas partes.²⁵⁴ Ademais, um traço que caracterizou a doutrina francesa até o recente desenvolvimento da União Europeia foi o baixo intercâmbio acadêmico, fazendo com que houvesse certo isolamento dos seus professores derredor do próprio ordenamento.²⁵⁵ Conforme anota Castilho, o procedimentalismo nasce na França e nela ainda perdurava em 1974.²⁵⁶⁻²⁵⁷

Esta realidade, contudo, vem sendo gradativamente alterada, seja pela circulação cada vez maior da doutrina francesa em âmbito mundial, seja em razão das últimas reformas legislativas realizadas,²⁵⁸ inclusive com a elaboração do *Code Procedure Civile* de 1975 (*Nouveau Code de Procédure Civile*), que vêm incrementando os poderes judiciais de condução do processo, o que influenciou inclusive as reformas inglesas. Está-se diante, pois, de uma nova fase do processo civil francês.²⁵⁹ Aos juízes foram conferidos extensos poderes e a responsabilidade de promover o interesse público de julgar os casos com justiça.²⁶⁰ Pondera Cadiet que não se pode confundir imparcialidade com passividade. Não se trata, segundo o autor, da adoção de um modelo inquisitorial, autoritário ou administrativo de processo, conforme receio da doutrina à época da edição do código, mas sim de uma tentativa de mitigar os princípios extremamente liberais da tradição francesa, mediante uma concepção mais cooperativa entre o juiz e as partes, o que pode ser percebido com bastante clareza nos

²⁵⁴ CADIET, Loïc. “Civil justice reform: french perspective.” *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 1999, p. 314. LEONEL, Ricardo de Barros. “Direito processual civil francês.” *Direito processual civil europeu contemporâneo*. CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.) São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 117.

²⁵⁵ EZEQUIEL, Caroline Dal Poz. “Os circuits do direito processual francês e a possibilidade de sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro.” *Revista de Processo*, vol. 255/2016, p. 389-409, mai./2016.

²⁵⁶ “(...) atribuible a un mal entendido patriotismo científico, en virtud del cual los juristas franceses, aferrados a un procedimentalismo que hace tempo agotó sus últimas posibilidades constructivas, parecen dispuestos a morir antes que a renovarse.” (ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso*. Tomo II. México: UNAM, 1974, p. 307.)

²⁵⁷ Igualmente registrando os ideais liberais que estiveram presentes no processo civil francês até o final do século XX e o baixo intercâmbio acadêmico dos autores franceses: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês.” *Revista de Processo*, vol. 150. p. 59-69. São Paulo, ago./2007, p. 60-62.

²⁵⁸ Vide, por exemplo, o Dec. 98-1.231, de 28 de dezembro de 1998, que incrementou os meios alternativos de resolução de conflitos (art. 840) e as hipóteses de tutela provisória (*Ordonnance de référé*) (art. 811). A Lei 2002-1.138, de 09 de setembro de 2002, criou a *jurisdiction de proximité*, que constitui algo parecido com os Juizados brasileiros, órgão destinado a demandas de baixo valor e menor complexidade.

²⁵⁹ Registrando o sucesso do Novo Código francês, que renovou o sistema processual daquele país: FERRAND, Frédérique. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005, p. 7-32, p. 7.

²⁶⁰ CADIET, Loïc. AMRANI-MEKKI, Soraya. “Civil procedure.” *Introduction to french law*. Kluwer Law International BV: The Netherland, 2008, p. 314-315.

arts. 1º a 24, que enunciam os princípios processuais fundamentais.²⁶¹⁻²⁶² Trata-se, portanto, de uma tentativa de balancear as prerrogativas das partes e os poderes judiciais, tanto no desdobramento do procedimento como no julgamento do litígio.²⁶³ Consoante destaca Ferrand, a gestão do processo cabe tanto às partes quanto ao juiz, cabendo àquelas controlar o procedimento (art. 2) e a este o seu regular curso (art. 3).²⁶⁴

Mantiveram-se, contudo, importantes conquistas históricas de autonomia das partes no processo, a exemplo do que se vê no art. 12 do Code de Procédure Civile, que legitima os litigantes a limitarem, até mesmo por acordo, os poderes judiciais,²⁶⁵ bem como nos art. 4º e 5º, que limitam o objeto da demanda passível de apreciação judicial.²⁶⁶ Tais limitações constituem um importante amadurecimento do princípio dispositivo, que, em alguma medida, deve limitar também os juízes quanto às questões jurídicas submetidas a julgamento.²⁶⁷ A doutrina vem apontando o modelo francês como uma apropriada estrutura baseada no princípio da colaboração entre o juiz e as partes.²⁶⁸

²⁶¹ “For the most part, these principles are reducible to the principle of cooperation between the judge and the parties and to the adversarial principle (*le principe du contradictoire*).” (CADIET, Loïc. AMRANI-MEKKI, Soraya. “Civil procedure.” *Introduction to french law*. Kluwer Law International BV: The Netherland, 2008, p. 314.)

²⁶² FERRAND, Frédérique. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005, p. 7-32, p. 10.

²⁶³ CADIET, Loïc. “Civil justice reform: french perspective.” *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 1999, p. 316.

²⁶⁴ FERRAND, Frédérique. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005, p. 7-32, p. 10-11.

²⁶⁵ Article 12 Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé.

²⁶⁶ Article 4 L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant. Article 5 Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé.

²⁶⁷ Sobre esse importante tema na doutrina brasileira: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. “*Iura novit cùria*, causa de pedir e formalismo processual.” In: MITIDIERO, Daniel (coord.). *O processo civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 171-262. Barbosa Moreira adverte, no entanto, que o juiz pode dar a qualificação jurídica que entender adequada e mudar o fundamento de direito definido pelo autor: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês.” *Revista de Processo*, vol. 150. p. 59-69. São Paulo, ago./2007, p. 64.

²⁶⁸ CADIET, Loïc. “Civil justice reform: french perspective.” *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 1999, p. 317.

Um traço característico do ordenamento francês, que o afasta significativamente do ordenamento brasileiro, decorre da sua Constituição, que, no art. 34, defere ao Poder Executivo a possibilidade de disciplinar por decretos as regras processuais, o que lhe confere maior dinamicidade para eventuais alterações que se afigurem necessárias e, segundo Cadiet, proporcionou um real progresso nas reformas legislativas.²⁶⁹ O CPC em vigor, inclusive, foi fruto de uma série de decretos publicados ao longo dos anos, posteriormente organizados em forma de código.^{270 - 271} Tal peculiaridade manifesta relevância, ainda, pelo fato de a lei não ser vista como a única fonte do direito processual, abrindo-se espaço para uma aceitação mais tranquila das regras convencionais sobre o procedimento.²⁷²

Diante do *overload* de processos por que vem passando nos últimos tempos,²⁷³ decorrentes da simplificação de acesso à justiça que as últimas reformas proporcionaram,²⁷⁴ a doutrina e a legislação francesas têm procurado na simplificação e flexibilização procedimental e nos incentivos à solução consensual dos conflitos a solução para tal problema. Desde a possibilidade de postulações orais, limitação de postulações, até a simplificação e unificação de procedimentos perante cada instância são esforços que vêm sendo implementados para que o processo seja mais eficiente.²⁷⁵

A respeito da flexibilização procedimental, há um envolvimento, cada vez maior, do magistrado na condução do processo, seja na atividade probatória, seja na definição do procedimento que melhor se adapta ao caso. Busca-se o ideal de cada caso ser tratado de acordo com suas próprias necessidades, o que é favorecido por um

²⁶⁹ CADIET, Löic. “Civil justice reform: french perspective.” *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 1999, p. 314.

²⁷⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. “Direito processual civil francês.” *Direito processual civil europeu contemporâneo*. CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.) São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 117.

²⁷¹ “Ela [a reforma] começou com a edição de quatro decretos, entre 1971 e 1973, até que sobreveio um verdadeiro código, em 1975.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês.” *Revista de Processo*, vol. 150. p. 59-69. São Paulo, ago./2007, p. 60.)

²⁷² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 117.

²⁷³ Após expor o incremento quantitativo e qualitativo da litigiosidade na França, Perrot conclui que “todas as mais importantes reformas processuais francesas têm sido ditadas por uma única e mesma preocupação, a de aceleração da Justiça.” (PERROT, Roger. “O processo civil francês na véspera do século XXI.” Trad. J.C. Barbosa Moreira. *Revista forense*, v. 94, n. 342, p. 161-168, abr./jun. 1998, p. 163.)

²⁷⁴ FERRAND, Frédérique. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005, p. 7-32, p. 11-12.

²⁷⁵ CADIET, Löic. “Civil justice reform: french perspective.” *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 1999, p. 317.

procedimento não muito preclusivo.²⁷⁶ Para tanto, foi criada uma audiência inicial (audiência presidencial – art. 759 do CPC francês) justamente para que o juiz (*juge de la mise en état*) tenha maior interação com as partes e defina os rumos procedimentais,²⁷⁷ o que proporcionou significativo progresso.²⁷⁸ Tal juiz, diferentemente do seu predecessor (*juge charge de suivre la procédure*), tem efetivos poderes de direção do processo,²⁷⁹ a exemplo da possibilidade de emitir ordens para as partes e cominar sanções, estabelecer prazos e definir como se dará a instrução da causa, inquirir as partes etc.²⁸⁰ Tal modelo foi inicialmente testado em alguns *Tribunaux de grande instance* e, diante do sucesso da medida, foi generalizado em 1971 para todos os tribunais.²⁸¹

Em sintonia com o direito inglês, foram criados circuitos procedimentais (curto, médio e longo) que podem ser adotados pelo juiz em cada caso a depender da sua complexidade. Assim, na audiência presidencial, o magistrado, ouvidas as partes, definirá qual o circuito procedimental que melhor se adapta às peculiaridades da demanda, analisando os seus diversos aspectos,²⁸² a exemplo da natureza da relação discutida, da complexidade probatória, do número de litisconsortes etc. No *circuito curto* haverá uma espécie de julgamento antecipado do mérito, pois não há necessidade de dilação probatória, estando a demanda madura para imediato julgamento (arts. 788-792). O *circuito médio* será aplicado quando houver necessidade de uma produção probatória singela, como a simples apresentação de documentos em audiência, por

²⁷⁶ “Infatti, a differenza del processo italiano, che appare oggi ormai definitivamente ancorato al sistema delle preclusioni stabilite direttamente dal codice, il processo francese è concepito in modo da potersi adattare più facilmente all’oggetto ed alla complessità della lite, sotto la sorveglianza del giudice, similmente a quanto avviene nell’ambito del *case management* inglese.” (CANELLA, Maria Giulia. “Gli accordi processuali francesi volti alla ‘regolamentazione collettiva’ del processo civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXIV, n. 2, junho/2010, p. 550.)

²⁷⁷ Segundo Ficcarelli: “Anche il processo civile francese non ha una scansione predeterminata dal legislatore in maniera generale ed astratta, con la previsione di distinte fasi (ad esempio trattazione, istruzione, e decisione) separate da rigide preclusioni e l’eventuale ulteriore scansione di ciascuna singola fase tramite la previsione. Al contrario si presenta come un processo elastico, non rigidamente ed astrattamente cadenzato.” (FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 34.)

²⁷⁸ PERROT, Roger. “O processo civil francês na véspera do século XXI.” Trad. J.C. Barbosa Moreira. *Revista forense*, v. 94, n. 342, p. 161-168, abr./jun. 1998, p. 164.

²⁷⁹ Que foram ainda mais ampliados com o Dec. 2005-1678, de 28 de dezembro de 2005.

²⁸⁰ JOLOWICZ, John Anthony. “Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil.” *Revista Forense*. Trad. J.C. Barbosa Moreira. Vol. 372, p. 135-147, mar.abr./2004, p. 143.

²⁸¹ FERRAND, Frédérique. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005, p. 7-32, p. 15.

²⁸² FERRAND, Frédérique. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005, p. 7-32, p. 16.

exemplo (art. 761). Já o *circuito longo* tem lugar nas demandas de maior complexidade, que dependem de uma dilação probatória mais profunda.²⁸³ Como se percebe, trata-se de uma definição procedimental no início do processo, a fim de que o seu curso seja adequado às peculiaridades da relação jurídica deduzida em juízo, evitando-se, assim, a prática de atos desnecessários ou inúteis.

Para a definição do circuito adequado ao caso concreto, o *Code* exige do magistrado a oitiva prévia das partes. Contudo, uma vez definido o circuito, tal decisão é irrecorrível, por se entender que se trata de mero ato de administração judiciária.²⁸⁴ Ademais, diferentemente do que ocorria no passado, pode o juiz colocar fim à fase inicial postulatória, quando entender que o caso já se encontra pronto para julgamento, o que evita eventuais posturas abusivas das partes.²⁸⁵

Por fim, é de se registrar a certa flexibilidade quanto à definição do objeto litigioso, que não será delimitado já na petição inicial, mas depois de toda a fase inicial instrutória, na qual as partes trocaram os diversos arrazoados e uma conclusão final (*conclusion récapitulative*). Diante de tais conclusões finais, o magistrado delimita o objeto litigioso e encaminha o caso para julgamento por outro juízo. Ainda assim, caso sejam apresentadas sérias razões (*cause grave*), é possível reabrir a fase preparatória, de ofício ou a requerimento das partes (art. 784).

Também na França, as soluções alternativas dos litígios são consideradas como uma das suas principais tendências, conferindo ao processo judicial uma posição subsidiária neste mister.²⁸⁶⁻²⁸⁷ Para evitar algum incômodo com a participação do juiz, inibindo as partes de proporem soluções consensuais ao litígio, junto a cada órgão judicial existe um “conciliador”, geralmente juízes aposentados, com a finalidade de aproximar as partes e tentar um acordo. Em 1996, surgiu também a figura da mediação,

²⁸³ Para uma exposição detalhada dos *circuits* franceses: CANELLA, Maria Giulia. “Gli accordi processuali francesi volti alla ‘regolamentazione collettiva’ del processo civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXIV, n. 2, junho/2010, p. 556 e seg.

²⁸⁴ FERRAND, Frédérique. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005, p. 7-32, p. 16. EZEQUIEL, Caroline Dal Poz. “Os circuits do direito processual francês e a possibilidade de sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro.” *Revista de Processo*, vol. 255/2016, p. 389-409, mai./2016.

²⁸⁵ FERRAND, Frédérique. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005, p. 7-32, p. 16.

²⁸⁶ Art. 21 Il entre dans la mission du juge de concilier les parties.

²⁸⁷ CADIET, Loïc. AMRANI-MEKKI, Soraya. “Civil procedure.” *Introduction to french law*. Kluwer Law International BV: The Netherland, 2008, p. 327-329.

podendo ser utilizada durante o curso do processo, por meio da qual o juiz pode designar um terceiro para tentar auxiliar as partes a alcançarem um acordo.²⁸⁸ Perrot chama tais técnicas de uma espécie de “Justiça consensual”, muito bem vista pelo legislador e que propicia uma Justiça mais humana para os litigantes.²⁸⁹

Na experiência jurisprudencial do início da década de 80, consoante assinala Cabral, pode-se identificar o berço de uma maior relevância da autonomia privada no processo civil, diante do fracasso do sistema processual rígido e dos instrumentos legislativos existentes para a flexibilização procedimental. Cita como exemplos, em uma primeira fase, os protocolos de procedimento, elaborados v.g. entre os tribunais e a ordem dos advogados, para disciplinarem especificidades locais, e, em uma segunda fase, os contratos individuais, que vieram a se consolidar no direito positivo por meio dos atos processuais colaborativos (art. 57) e das reformas de 2004 e 2005 que implementaram expressamente o calendário processual.²⁹⁰ - ²⁹¹ Frédérique Ferrand aponta a calendarização como uma técnica de contrato processual que traz grandes vantagens para o transcurso do processo, como a previsibilidade dos atos a serem praticados.²⁹²

O sistema processual francês revela uma verdadeira preocupação em adaptar os processos aos casos concretos submetidos a julgamento, conferindo certa plasticidade ao procedimento e incrementando os poderes judiciais na sua condução. Contudo, trata-se de modelo que limita a adaptação à extensão do procedimento de acordo com as necessidades probatórias especialmente, bem como deposita toda a confiança na figura do juiz, a quem incumbe a decisão irrecorrível sobre os rumos do processo. O juiz da preparação do caso tem um papel de líder na condução do processo, confere-lhe ritmo e celeridade, pode colocar pressão nas partes para se comportarem de maneira idônea e,

²⁸⁸ JOLOWICZ, John Anthony. “Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil.” *Revista Forense*. Trad. J.C. Barbosa Moreira, vol. 372, p. 135-147, mar.abr. /2004, p. 146.

²⁸⁹ “A preocupação é louvável; liga-se à ideia de que, neste fim de século XX, o jurisdicionado aspira a uma Justiça mais simples, menos solene, mais próximas de suas preocupações cotidianas, àquilo que numa palavra se denomina ‘Justiça de proximidade’.” (PERROT, Roger. “O processo civil francês na véspera do século XXI.” Trad. J.C. Barbosa Moreira. *Revista forense*, v. 94, n. 342, p. 161-168, abr./jun. 1998, p. 166.)

²⁹⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 118-122.

²⁹¹ Apontando os inconvenientes de adaptações particulares, preferindo, assim, os protocolos de procedimento: CANELLA, Maria Giulia. “Gli accordi processuali francesi volti alla ‘regolamentazione collettiva’ del processo civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXIV, n. 2, junho/2010, p. 550-551.

²⁹² FERRAND, Frédérique. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005, p. 7-32, p. 21.

enfim, aprecia a complexidade de cada caso e define o procedimento adequado para ele (*personnalisation du rythme des affaires*).²⁹³

Paralelamente ao *Tribunaux de grande instance*,²⁹⁴ há outros tribunais especializados, dentre os quais particularmente nos interessa o *Tribunal d'instance* e o *Tribunal de commerce*, que possuem regramentos procedimentais bastante parecidos. O *Tribunal d'instance* é chamado de justiça de proximidade, por viabilizar um acesso mais simples dos cidadãos ao Judiciário, podendo demandar oralmente e sem estar acompanhado de advogado.²⁹⁵ Trata-se de um juízo competente para processar pequenas causas (até 7.600 euros), causas de consumo etc., cujo procedimento é mais simplificado, preponderantemente oral e visa à prolação de uma decisão com maior celeridade. O mesmo procedimento aplica-se, em linhas gerais, ao *Tribunal de commerce*, devido ao fato de que os comerciantes insistem em ter um procedimento mais simples e célere.²⁹⁶ Como se pode perceber, trata-se da estipulação de um procedimento simplificado para demandas de valor reduzido e para alguns tipos de relações jurídicas abstratamente definidas pelo legislador. Quanto às relações comerciais, é interessante notar que são submetidas a um procedimento simplificado, independentemente do valor da causa, mas em razão de se pretender conferir uma solução mais simples e rápida a tais casos.

É de se registrar, ainda, a significativa simplificação processual alcançada pelo direito francês com a criação, pela Lei 2002-1.138, da “Justiça de Proximidade”, com o objetivo de conferir um tratamento mais célere e simples aos litígios de baixo valor e reduzida complexidade.²⁹⁷ É formada por juízes (*juges de proximité*) que não integram a carreira da magistratura e, diferentemente do *Tribunaux de grande instance*, seus julgamentos são monocráticos. Caracteriza-se pela desnecessidade de advogados e

²⁹³ FERRAND, Frédérique. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005, p. 7-32, p. 20.

²⁹⁴ Trata-se do órgão colegiado de competência comum, que trata das demandas que não devem se submeter a algum dos procedimentos especiais: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês.” *Revista de Processo*, vol. 150. p. 59-69. São Paulo, ago./2007, p. 62.

²⁹⁵ CADIET, Loïc. AMRANI-MEKKI, Soraya. “Civil procedure.” *Introduction to french law*. Kluwer Law International BV: The Netherlands, 2008, p. 316.

²⁹⁶ Para uma profícua exposição: FERRAND, Frédérique. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005, p. 7-32, p. 21-23.

²⁹⁷ PERROT, Roger. “La justice de proximité.” *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. Tomo I, p.163-177. Milano: Giuffrè Editore, 2005, *passim*.

por um procedimento eminentemente oral - possibilitando um contato mais próximo com a Justiça - e pela missão primordial de tentar obter uma solução consensual entre as partes.²⁹⁸

4.3 Processo civil inglês

O processo civil inglês passou por profundas alterações recentes, que tiveram por objetivo principal incrementar o acesso à justiça, reduzir o custo, a demora e a complexidade das demandas judiciais.²⁹⁹ Ao distanciamento da figura do juiz na condução do processo e ao excesso de poderes das partes na definição dos seus rumos foi creditada a razão pelas excessivas delongas processuais.³⁰⁰ Como solução, houve uma tentativa de incentivar a solução dos litígios por meios extrajudiciais (ADR - "alternative dispute resolution") e, judicialmente, confiou-se na figura do juiz e apostou-se no maior detalhamento legislativo dos trâmites processuais.³⁰¹ Some-se a isso a ampla abrangência dos poderes dos juízes na condução³⁰² e, até mesmo, na flexibilização do procedimento, consoante bem pontua Ficarelli: "la capacità del nuovo processo civile inglese di modellarsi attorno alle forme e in relazione ai caratteri della singola causa è assicurata da una numerosa serie di clausole di elasticità."³⁰³

Tais transformações fazem parte de uma gradativa tendência de aproximação entre as famílias do *civil law* e do *common law*,³⁰⁴ tendo a primeira influenciado esta última justamente ao mitigar o excessivo distanciamento do juiz, que, historicamente, era vista como essencial para a manutenção da sua imparcialidade.³⁰⁵ A

²⁹⁸ Ibidem, p. 165 e seg.

²⁹⁹ PASSANANTE, Luca. "La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva." *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LIV, 2000, p. 1.353-1.380, p. 1.355.

³⁰⁰ JOLOWICZ, John Anthony. "Justiça substantiva e processual no processo civil." *Revista de Processo*. Trad. J.C. Barbosa Moreira. Vol. 135, p. 161-178, mai/2006, p. 174.

³⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Uma novidade: o código de processo civil inglês." *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 181-182.

³⁰² ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. do autor, com rev. e orient. de Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 53. Apontando a adoção do *case management* como verdadeira quebra de paradigma para a Justiça inglesa: CRUZ E TUCCI, José Rogério. "Direito processual civil inglês." *Direito processual civil europeu contemporâneo*. CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.) São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 226.

³⁰³ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 31.

³⁰⁴ STÜRNER, Rolf. "Anglo-american and continental civil procedure: the english reform as a model for further harmonization?" *The future of transnational civil litigation*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 09-12, p. 11.

³⁰⁵ COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre o case management powers*. Tese apresentada à PUC/São Paulo. 2012, p. 34.

jurisprudência dos anos que antecederam a reforma demonstravam a insatisfação com algumas ideias mais exacerbadas do sistema adversarial.³⁰⁶ Os juízes começavam a demonstrar o intento de agir de ofício, o que a doutrina tradicional certamente não aceitaria.³⁰⁷

Considerado um dos pontos de partida para as reformas, o Relatório de Lord Woolf, de 1995, apontou como principal causa que deixava o processo inglês com custos imprevisíveis e desproporcionais, com acentuada morosidade e complexidade, a incontrolável cultura adversarial dos litigantes e dos seus advogados, que possibilitava que os litigantes subvertessem o processo judicial de acordo com os seus próprios interesses.³⁰⁸ Diante disto, propôs como questão central a necessária revisão da inércia judicial que caracterizava o sistema adversarial, devendo ser conferido aos juízes a responsabilidade por um processo mais adequado (*case management*).³⁰⁹⁻³¹⁰

Conforme apontado, um dos pontos de maior relevância foi a tentativa de consolidar o Judiciário como a *ultima ratio* para a solução dos litígios, conferindo poderes aos juízes e aos advogados para tentarem ao máximo uma solução consensual do litígio.³¹¹ Inicialmente isso se dá mediante a necessidade de os advogados trocarem informações sobre o caso e as provas de que dispõem, prática que deverá ser, inclusive,

³⁰⁶ Apontando as reformas do sistema inglês como um desenvolvimento das ideias de Klein: “L’evoluzione della disciplina del processo civile inglese rientra così in una linea di sviluppo, originatasi modernamente dall’opera legislativa di Franz Klein (1901), cui si deve il codice di procedura civile austriaco del 1895.” (CAPONI, Remo. “Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa.” Em [https://www.academia.edu/205261/R. Caponi Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa_2005?auto=download](https://www.academia.edu/205261/R._Caponi_Modelli_e_riforme_del_processo_di_cognizione_in_Europa_2005?auto=download). Acesso em 15 de janeiro de 2017, p. 3.)

³⁰⁷ JOLOWICZ, John Anthony. “A reforma do processo inglês: uma derrogação do *adversary system*?” *Revista Forense*. Trad. J.C. Barbosa Moreira. Vol. 328, p. 61-68, out.nov.dez./1994, p. 61.

³⁰⁸ MICHALIK, Paul. “Justice in crisis: England and Wales.” *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 1999, p. 152. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A revolução processual inglesa”. *Temas de direito processual civil – nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 71.

³⁰⁹ TURNER, Robert. “‘Actively’: the word that changed the civil courts.” *The civil procedure rules ten years on*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 82. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. do autor, com rev. e orient. de Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 53.

³¹⁰ “A comissão que auxiliou Lord Woolf listou inicialmente os defeitos a serem corrigidos, tendo identificado, segundo Robert Turner: a demora na tramitação dos feitos no aguardo de julgamento; a inobservância dos prazos impróprios. A ausência de sanções contra o descumprimento de orientações judiciais; a demora na etapa probatória; peritos sem isenção e tendentes a defender a parte que os remunera; a falta de esforço na identificação e facilitação da resolução das controvérsias; a demora no pagamento das custas pelo sucumbente; a má condução dos casos pelas partes; passividade do juiz; e falta de uniformidade das regras procedimentais emitidas por cada um dos tribunais.” (COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre o case management powers*. Tese apresentada à PUC/São Paulo. 2012, p. 49-50).

³¹¹ NAZZINI, Renato. “Transnational litigation and ADR: the philosophy of the CPR.” *The future of transnational civil litigation*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 91-108, p. 97-101.

informada posteriormente em juízo (*pre-action protocols*), caso um acordo não seja alcançado.³¹² O juiz, por sua vez, possui como uma das principais funções esclarecer às partes sobre os benefícios de uma solução consensual, evitando, pois, a instauração do processo judicial. Além disso, as informações do caso, que antes ficavam restritas apenas ao conhecimento dos litigantes, passam a ser de conhecimento também do juiz, a fim de que possa melhor conduzir o caso.³¹³

Ademais, Jolowicz aponta como essencial para o alcance do que chama de *justiça substancial* um juiz bem informado sobre a verdade dos fatos discutidos em juízo, sendo, pois, indispensável uma postura ativa dos magistrados no curso do feito. Substitui-se, portanto, a figura do juiz ignorante por um bem informado,³¹⁴ inclusive com o objetivo de conferir isonomia aos litigantes e a prolação de uma decisão mais justa.³¹⁵

A reforma foi executada em 1998 com a edição de um Código de Processo Civil (*CPR – Civil Procedure Rules*) que entrou em vigor em 26 de abril de 1999. Entre as principais medidas adotadas, destacam-se algumas que tocam mais diretamente a conformação procedimental e o papel dos sujeitos processuais:

a) atribuição de inúmeros poderes de gestão procedimental ao juiz

Logo no início da nova codificação, com a finalidade de se alcançarem os principais objetivos que desencadearam as reformas, as CPR estabelecem a necessidade de uma postura ativa dos juízes na gestão dos casos. Entre tais escopos fundamentais, está o gerenciamento de casos, que requer um juiz proativo a fim de: incentivar que as partes colaborem entre si na condução do caso e façam uso de medidas alternativas de solução de litígios (ADR); definir as questões controvertidas o mais cedo possível; definir prontamente quais questões devem se submeter a um procedimento amplo e quais podem ser julgadas antecipadamente; estabelecer calendários e controlar o progresso do caso; avaliar se os benefícios da adoção de uma determinada conduta justificam os custos para tal; concentrar a prática de atos processuais; dar andamento ao

³¹² SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedural*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 24 e 53.

³¹³ JOLOWICZ, John Anthony. “A reforma do processo inglês: uma derrogação do *adversary system*?” *Revista Forense*. Trad. J.C. Barbosa Moreira, vol. 328, p. 61-68, out.nov.dez./1994, p. 66. CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Direito processual civil inglês.” *Direito processual civil europeu contemporâneo*. CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.) São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 232.

³¹⁴ JOLOWICZ, John Anthony. “Justiça substantiva e processual no processo civil.” *Revista de Processo*. Trad. J.C. Barbosa Moreira. Vol. 135, p. 161-178, mai/2006, p. 176-177.

³¹⁵ JOLOWICZ, John Anthony. “A reforma do processo inglês: uma derrogação do *adversary system*?” *Revista Forense*. Trad. J.C. Barbosa Moreira, vol. 328, p. 61-68, out.nov.dez./1994, p. 68.

processo sem a necessidade de comparecimento das partes; fazer uso de tecnologias; apontar os caminhos que assegurem um procedimento célere e eficiente.³¹⁶

Como se percebe, a proatividade judicial é um traço evidente do processo inglês, medida adotada visando principalmente a conferir agilidade e eficiência ao trâmite processual. Paralelamente, aposta-se na máxima de que a solução extrajudicial do litígio, em especial pela via consensual, é sempre a melhor opção, reservando-se a jurisdição como *ultima ratio* para a solução dos casos.³¹⁷ Devem os juízes, pois, encorajar as partes para agirem de maneira colaborativa em todo o *iter* procedimental, bem como tentar a todo tempo que as partes cheguem a uma solução consensual. Ademais, pra impedir a prática de atos inúteis, eliminando-se o tempo patológico do processo, confere-se ao juiz o dever de identificar as questões controvertidas logo no início do processo, a fim de definir qual o tratamento processual que a cada uma deve ser reservado, organizando-se ao máximo a marcha processual. Para alcançar os melhores benefícios de tal organização, confere-se a possibilidade de estipulação de calendário sobre o curso do processo, informando aos litigantes todos os passos que serão adotados, o que proporciona previsibilidade tanto das medidas a serem adotadas quanto do tempo de duração do processo, possibilitando, igualmente, um acompanhamento mais de perto pelo juiz do progresso do caso em juízo, inclusive para assegurar se os custos do litígio são compatíveis com a demanda que está sendo processada. E a cláusula final de abertura, que possibilita ao juiz definir os rumos procedimentais que assegurem que o processo seja o mais célere e eficiente possível, confere significativos poderes ao magistrado para adotar a postura que entender necessária a fim de que tais objetivos sejam alcançados, retirando do processo inglês a intempestividade e a imprevisibilidade que lhe caracterizavam e atraíam tantas críticas.

³¹⁶ **1.4 (1)** The court must further the overriding objective by actively managing cases. **(2)** Active case management includes – **(a)** encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; **(b)** identifying the issues at an early stage; **(c)** deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others; **(d)** deciding the order in which issues are to be resolved; **(e)** encouraging the parties to use an alternative dispute resolution (GL) procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; **(f)** helping the parties to settle the whole or part of the case; **(g)** fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case; **(h)** considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it; **(i)** dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion; **(j)** dealing with the case without the parties needing to attend at court; **(k)** making use of technology; and **(l)** giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.

³¹⁷ MICHALIK, Paul. “Justice in crisis: England and Wales.” *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 1999, p. 155.

Tais ideias constituem aquilo que Stuart Sime chama de conceitos penetrantes, que devem acompanhar os operadores do direito em todas as fases do processo.³¹⁸

Adiante, tais poderes são ainda mais especificados, detalhando a lei um amplo leque de medidas *exemplificativas*³¹⁹ que podem ser adotadas pela autoridade judicial.³²⁰ O caráter exemplificativo é bem claro ao final, abrindo-se a possibilidade de o juiz adotar qualquer outro caminho ou expedir outras ordens a fim de bem gerir o caso e tentar alcançar uma solução consensual. Entre tais medidas, inclui-se também a possibilidade de decidir sobre medidas cautelares necessárias à tutela dos direitos sob litígio.³²¹ Até mesmo na fase de *pre-trial*, que antecede ao eventual julgamento e que sempre foi marcada pela passividade judicial, cabe ao juiz fiscalizar de perto a atividade das partes e constantemente incentivá-las à solução consensual do litígio.

b) possibilidade de decisão sobre o procedimento sem oitivas das partes

Com algum descompasso com as conquistas processuais que as partes vêm adquirindo nos ordenamentos jurídicos mais avançados, os poderes de gestão podem ser exercidos sem qualquer oitiva das partes, ratificando o viés publicista do processo inglês.³²² Turner aplaude tal medida como um dos significativos avanços da reforma inglesa.³²³ Jolowicz, no entanto, quando trata da relação entre as partes e o juiz no processo civil inglês, demonstra clara preocupação em controlar os poderes dos juízes quando estes atuam de ofício, sendo enfático quanto à necessidade de sempre ser aberto ao contraditório qualquer ponto sobre o qual deva decidir, ainda que esteja convicto de

³¹⁸ SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedural*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 20.

³¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A revolução processual inglesa”. *Temas de direito processual civil* – nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 73.

³²⁰ **3.1** (1) The list of powers in this rule is in addition to any powers given to the court by any other rule or practice direction or by any other enactment or any powers it may otherwise have. (2) Except where these Rules provide otherwise, the court may – (a) extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (even if an application for extension is made after the time for compliance has expired); (b) adjourn or bring forward a hearing; (c) require a party or a party’s legal representative to attend the court; (d) hold a hearing and receive evidence by telephone or by using any other method of direct oral communication; (e) direct that part of any proceedings (such as a counterclaim) be dealt with as separate proceedings; (f) stay^(GL) the whole or part of any proceedings or judgment either generally or until a specified date or event; (g) consolidate proceedings; (h) try two or more claims on the same occasion; (i) direct a separate trial of any issue; (j) decide the order in which issues are to be tried; (k) exclude an issue from consideration; (l) dismiss or give judgment on a claim after a decision on a preliminary issue; (ll) order any party to file and exchange a costs budget; (m) take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective, including hearing an Early Neutral Evaluation with the aim of helping the parties settle the case.

³²¹ COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre o case management powers*. Tese apresentada à PUC/São Paulo. 2012, p. 88.

³²² Rule 3.3 (4) The court may make an order of its own initiative, without hearing the parties or giving them an opportunity to make representations.

³²³ TURNER, Robert. “‘Actively’: the word that changed the civil courts.” *The civil procedure rules ten years on*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 83.

que a sua conclusão vai ao encontro da justiça com base no direito vigente. Ademais, reforça a necessidade de tais decisões serem sempre passíveis de controle pelas cortes superiores.³²⁴

c) possibilidade de julgamentos sumários

Como tentativa de eliminar liminarmente o litígio, as CPR preveem hipóteses de julgamento sumário, quando o caso for manifestamente procedente ou improcedente.³²⁵ Por meio de tal técnica, evitam-se processos desnecessários, quando a análise inicial já é suficiente para prever o seu desfecho. Consoante anota Turner, tal diretriz deve influenciar todo o gerenciamento de casos, de maneira a não se dar andamento a demandas temerárias.³²⁶

d) previsão de três circuitos procedimentais à disposição do juiz

As CPR, com o objetivo de auxiliar os operadores do direito a adequarem o procedimento às peculiaridades da demanda, preveem três espécies de ritos distintos para demandas de diversas complexidades. Trata-se da densificação de alguns dos objetivos principais da Justiça Civil inglesa, a exemplo da necessidade de tratar os casos de maneira célere e efetiva, dispender os menores recursos possíveis, conferir um tratamento de acordo com a complexidade e a importância econômica da causa, decidir sumariamente o que for possível e organizar a forma de tratamento das demais questões, definir o calendário para a prática dos atos futuros e limitar a produção de provas, em especial documentais e periciais.³²⁷ Segundo Michalik, a racionalidade por trás deste sistema está na limitação das possibilidades procedimentais disponíveis às partes, o que torna a Justiça menos complexa e custosa.³²⁸

Assim, com base na análise das peculiaridades do caso concreto, deverá o juiz determinar qual o procedimento que melhor se adapta à causa, sem prejuízo de uma mudança de circuito no curso do processo caso o caminho inicialmente escolhido não se

³²⁴ JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. Cambridge : Cambridge University Press, 2000, p. 203-204.

³²⁵ 24.2 The court may give summary judgment against a claimant or defendant on the whole of a claim or on a particular issue if – (a) it considers that – (i) that claimant has no real prospect of succeeding on the claim or issue; or (ii) that defendant has no real prospect of successfully defending the claim or issue; and (b) there is no other compelling reason why the case or issue should be disposed of at a trial.

³²⁶ TURNER, Robert. “‘Actively’: the word that changed the civil courts.” *The civil procedure rules ten years on*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 83.

³²⁷ SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedural*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 199.

³²⁸ MICHALIK, Paul. “Justice in crisis: England and Wales.” *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 1999, p. 153.

mostrar satisfatório.³²⁹ Ao iniciar a demanda, é atribuído um circuito provisório, que será posteriormente ratificado ou alterado pelo juiz. É garantido o contraditório sobre a adequação procedimental, podendo as partes manifestar-se amplamente sobre o tema.

As demandas de até *dez mil libras* são consideradas pequenas causas, às quais será adotado um procedimento mais simples e célere, que possui como características principais a informalidade, as limitações recursais, a possibilidade de audiências e adoção de técnicas dos demais procedimentos a critério do juiz. Às causas de até *vinte e cinco mil libras*, adota-se um procedimento intermediário, também caracterizado pela simplicidade e rapidez, porém um pouco mais extenso e com maiores possibilidades probatórias que o primeiro. Neste caso, será designada uma data nunca superior a trinta semanas para o *trial*, interstício dentro do qual se desenvolverá a produção de provas documentais, testemunhais e periciais. Por fim, as causas cujo valor supere *vinte e cinco mil libras* submetem-se a um procedimento mais complexo, cujo desenvolvimento será predominantemente determinado pelo juiz.³³⁰

Interessante perceber que não é conferido qualquer poder de decisão às partes quanto ao procedimento a ser adotado, sendo garantido, porém, o contraditório. A direção do caso é definida sem a necessidade de consentimento das partes.³³¹ Contudo, em razão da necessidade de oitiva prévia das partes, parcela da doutrina considera que o modelo inglês é um bom modelo de flexibilização franqueada ao juiz, “em colaboração

³²⁹ ZUCKERMAN, Adrian. “Litigation management under the CPR: a poorly-used management infrastructure.” *The civil procedure rules ten years on*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 93.

³³⁰ 26.6 (1) The small claims track is the normal track for— (a) any claim for personal injuries where— (i) the value of the claim is not more than £10,000; and (ii) the value of any claim for damages for personal injuries is not more than £1,000; (b) any claim which includes a claim by a tenant of residential premises against a landlord where— (i) the tenant is seeking an order requiring the landlord to carry out repairs or other work to the premises (whether or not the tenant is also seeking some other remedy); (ii) the cost of the repairs or other work to the premises is estimated to be not more than £1,000; and (iii) the value of any other claim for damages is not more than £1,000. (...) (4) Subject to paragraph (5), the fast track is the normal track for any claim— (a) for which the small claims track is not the normal track; and (b) which has a value— (i) for proceedings issued on or after 6th April 2009, of not more than £25,000; and (ii) for proceedings issued before 6th April 2009, of not more than £15,000. (5) The fast track is the normal track for the claims referred to in paragraph (4) only if the court considers that— (a) the trial is likely to last for no longer than one day; and (b) oral expert evidence at trial will be limited to— (i) one expert per party in relation to any expert field; and (ii) expert evidence in two expert fields. (6) The multi-track is the normal track for any claim for which the small claims track or the fast track is not the normal track. (...) (1) When deciding the track for a claim, the matters to which the court shall have regard include— (a) the financial value, if any, of the claim; (b) the nature of the remedy sought; (c) the likely complexity of the facts, law or evidence; (d) the number of parties or likely parties; (e) the value of any counterclaim or other Part 20 claim and the complexity of any matters relating to it; (f) the amount of oral evidence which may be required; (g) the importance of the claim to persons who are not parties to the proceedings; (h) the views expressed by the parties; and (i) the circumstances of the parties.

³³¹ SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedural*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 200.

com as partes”.³³² Há um parâmetro para a decisão que é o valor da causa, mas trata-se de mero *standard* inicial, que não prejudica a ampla margem de investigação da causa pelo juiz, que poderá levar em consideração as mais diversas circunstâncias particulares do caso. A análise é feita, portanto, levando-se em consideração a relevância econômica da causa e a sua complexidade, com grande margem de “discrecionabilidade” ao juiz.³³³

Apesar de a Corte ser soberana quanto à decisão final sobre o procedimento a ser adotado, excepcionalmente admite-se que as partes convençam sobre os prazos processuais.³³⁴ Trata-se de uma abertura, tímida é verdade, mas uma abertura à autonomia privada no processo civil inglês.

Da análise do sistema inglês é possível perceber uma ampla adaptabilidade procedimental às circunstâncias do caso concreto, com possibilidade de julgamento sumário e supressão de fases previstas em lei. Tal maleabilidade do rito processual foi conferida ao juiz, a quem se outorgaram amplos poderes para definir a conformação do processo e o seu ritmo, excluindo-se das partes qualquer possibilidade de decisão a respeito, não obstante haja a previsão de amplo contraditório anterior à definição do rito a ser seguido.³³⁵ Um processo, portanto, marcado por um acentuado publicismo, cuja flexibilização do procedimento é deferida, mas sempre pelas mãos do juiz.³³⁶

³³² FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 32-33.

³³³ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 31-33.

³³⁴ **2.11** Unless these Rules or a practice direction provide otherwise or the court orders otherwise, the time specified by a rule or by the court for a person to do any act may be varied by the written agreement of the parties.

³³⁵ “O *case management system* propugna o planejamento do processo pelo juiz, com a colaboração das partes e dos advogados, definindo as suas etapas para predeterminar o seu fim, mas não exclui a legalidade do procedimento, propondo apenas regras legais menos detalhadas, que abrem espaço à flexibilização, a fim de que o juiz possa disciplinar a marcha do processo do modo mais adequado a atingir a meta da solução do litígio com justiça, eficiência e celeridade.” (GRECO, Leonardo. “Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual.” In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 291.)

³³⁶ Henrique Costa busca em Robert Turner interessante inventário dos resultados alcançados com o CPC de 1998: “O mesmo autor enumera que os seguintes objetivos foram alcançados em ordem de importância: elaboração de uma parte geral com princípios norteadores de todo o novo sistema; substituição do juiz adversarial por um juiz participativo; exigência de cooperação entre as partes; elaboração de um roteiro para a prática judicial ativa; criação de protocolos anteriores à fase judicial; extensão da fase probatória para evitar julgamento por emboscada; proposta de unificação dos procedimentos decisórios; auxílio às partes para que tenham ciência sobre o prognóstico do caso; redefinição do papel dos peritos judiciais; vedação da produção probatória impertinente; admissão de propostas de acordo a qualquer momento do processo; iniciativa processual atribuída ao Judiciário; uniformização do direito processual da Inglaterra e do País de Gales. Além disso, há objetivos parcialmente alcançados, tais como: cooperação entre os advogados das partes; desenvolvimento de um novo papel dos juízes; diminuição significativa na demora da tramitação em primeira instância; implantação de varas especializadas; acompanhamento adequado do calendário fixado para os passos processuais. Ou seja, essas conclusões reforçam o *case management* como o centro instrumental do novo

A doutrina divide-se quanto aos resultados obtidos pela reforma inglesa. Para alguns, os resultados apresentados são positivos, em termos de celeridade processual e eficiência, bem como no incremento do número de soluções consensuais para os litígios. Casos que levavam cerca de cinco anos ou mais, agora são resolvidos entre quinze e dezoito meses.³³⁷⁻³³⁸ Há, porém, uma parcela da doutrina bastante crítica quanto às reformas implementadas, seja porque não atentaram para inúmeros estudos que já tinham sido feitos sobre os problemas da justiça civil inglesa, seja porque, passados dez anos, os problemas de custos, morosidade e complexidade ainda estão presentes, se é que não aumentaram. Por tais razões, Zander conclui que é necessário urgentemente aprimorar a maneira como as reformas legislativas são realizadas.³³⁹

Uma visão dos operadores do direito sobre as reformas também não é inteiramente positiva. Consoante anota Tim Parkes, os custos do litígio aumentaram sensivelmente e o *case management*, apontado como o coração da reforma inglesa, não foi colocado em prática com a extensão que se esperava, variando de juiz para juiz. Em regra, os juízes não veem necessidade de intervir nos casos, especialmente diante de “partes sofisticadas”. Parkes ainda registra que a falta de intervenção dos juízes é apontada como a grande falha das CPR. Ademais, quando interveem, nem sempre é bem visto pelas partes, pois o fazem sem maiores conhecimentos do caso e preocupação em detalhar a utilidade dos trâmites adotados ou os custos das medidas.³⁴⁰

sistema, cujo papel é colocar em prática os princípios eleitos, por meio da participação ativa do juiz.” (COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre o case management powers*. Tese apresentada à PUC/São Paulo. 2012, p. 50.) Para uma ampla exposição: TURNER, Robert. “The proactive judge and the provision of a single transnational case management system and its associated procedures.” *The future of transnational civil litigation*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 73-88.

³³⁷ TURNER, Robert. “‘Actively’: the word that changed the civil courts.” *The civil procedure rules ten years on*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 84.

³³⁸ Aplaudindo a permanente apuração empírica e análise estatística dos resultados legislativos no cotidiano forense inglês (o que não é costume no Brasil), Barbosa Moreira enxerga resultados positivos em termos de tempestividade, quantidade de demandas intentadas e acordos celebrados, criticando, porém, os custos do processo. E conclui: “pouco a pouco, afasta-se a Inglaterra de uma posição desconfortável no tocante à eficiência de sua Justiça civil e aproxima-se dos países europeus mais bem situados no particular.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A revolução processual inglesa”. *Temas de direito processual civil – nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 85.)

³³⁹ ZANDER, Michael. “The Woolf reforms: what’s the verdict?” *The civil procedure rules ten years on*. Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 432.

³⁴⁰ PARKES, Tim. “The civil procedure rules ten years on: the practioners’ perspective.” *The civil procedure rules ten years on*. Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 440-450.

4.4 Processo civil português

Em 2013, foi aprovado um novo Código de Processo Civil em Portugal, que teve como um dos seus nortes o princípio da adaptabilidade do procedimento, conferindo ao juiz poderes de flexibilização procedimental ao encontro de um “processo equitativo”. Já no seu art. 6º, o CPC prevê o dever de gestão processual nos seguintes termos: “1 - *Cumpra ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.* 2 - *O juiz providencia officiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo.*” E prossegue no art. 547, densificado ainda mais tais deveres de “adequação formal”: “*O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.*” Cláusulas gerais, portanto, que empoderam os juízes e os responsabilizam pela concretização de um procedimento adequado à tutela postulada.³⁴¹

As reformas processuais portuguesas, porém, não são recentes. Especialmente a partir de 1995/1996, inúmeras alterações foram realizadas na tentativa de resolver os gargalos da Justiça civil. Entre as principais intervenções, no que particularmente interessa, Miguel Teixeira de Sousa aponta a supervalorização da celeridade e da simplicidade na definição das regras processuais, incentivando-se a sumarização dos ritos (Regime Processual Experimental - Dec-lei 108/2006, de 08.06) em prejuízo da equidade procedimental e a ampliação dos poderes judiciais de condução e de decisão da causa, apontando o juiz como um “gestor do processo”.³⁴²

A edição do novo diploma teve como mote compromissos internacionais assumidos pelo governo português, especialmente com o Banco Central Europeu e o

³⁴¹ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 455.

³⁴² SOUSA, Miguel Teixeira de. “Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?” *Revista de Processo*, vol. 161/2008, p. 203 – 220, Jul / 2008.

com o Fundo Monetário Internacional, de modernizar o seu sistema processual, por consistir instrumento fundamental para o bom funcionamento da economia do país. O foco principal de tais mudanças deveria ser conferir maior eficiência ao sistema processual, notadamente por meio de novos modelos de gestão dos tribunais e incentivos a soluções extrajudiciais dos conflitos. Segundo o “Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Econômica” elaborado pelo Primeiro-Ministro português José Sócrates, entre os objetivos do governo português, estava aprimorar o funcionamento da Justiça portuguesa, pois fundamental para o adequado desenvolvimento da economia, por meio das seguintes medidas: assegurar o regular cumprimento dos contratos e observância das regras de concorrência; incrementar a eficiência, por meio da reestruturação do sistema judicial e adoção de novos modelos de gestão; minorar a lentidão dos processos e viabilizar soluções extrajudiciais dos litígios. Ademais, havia a obrigação de o Governo rever o CPC e preparar um aperfeiçoamento notadamente nas seguintes áreas: consolidar a legislação sobre os processos de execução; conferir poderes aos juízes para decidir de forma mais célere; reduzir os expedientes administrativos de reponsabilidade dos juízes; estabelecer prazos judiciais para o encerramento de processos.³⁴³

Diante de tais compromissos, foi elaborado um novo CPC em 2013, com o fim de consolidar as alterações que já vinham sendo elaboradas e definir os novos rumos para a justiça civil portuguesa. A análise da exposição de motivos é bastante esclarecedora quanto aos caminhos que o processo português vem tomando. Conferiram-se maiores poderes de adaptabilidade procedimental ao magistrado, de maneira que se possa, à luz das peculiaridades dos casos apresentados, conformar o processo, a fim de que os melhores resultados possíveis fossem alcançados. Vejamos:

Com vista a racionalizar, simplificar e tornar célere a realização do fim essencial do processo civil – a justa composição dos litígios privados em tempo útil –, conferem-se ao juiz poderes inquisitórios e de direcção do processo, agora reforçados, que lhe permitam, de forma efectiva, não apenas pôr eficazmente termo ao uso de meios e faculdades de natureza dilatória que o actual Código prevê e permite às partes, mas também ordenar a tramitação processual, adequando-a à especificidade da matéria litigiosa, evitando a prática de actos que, em concreto, se possam revelar inúteis e flexibilizando e agilizando as formas processuais previstas, em abstracto, na lei.

Em verdade, conforme esclarece Paula Costa e Silva, o dever judicial de adaptação do procedimento não é uma novidade no Direito português, porquanto já era

³⁴³ Link para o Memorando disponível em: RODRIGUES JR. Otávio Luiz. “Portugal aprova seu novo Código de Processo Civil.” *Consultor Jurídico*: http://www.conjur.com.br/2013-set-18/direito-comparado-cpc-portugues-nao-boa-fonte-inspiracao#_ftn2_2609 (acesso em 05/11/2016).

presente no CPC revogado, bem como o princípio já encontrava previsão nas Ordenações Manuelinas e Filipinas.³⁴⁴ Consoante anota Miguel Serra, já havia na legislação revogada a previsão de um Poder de Direção do Processo, o Princípio do Inquisitório (artigo 265º do CPC revogado), assim como o Princípio da Adequação Formal (artigo 265º-A do CPC revogado).³⁴⁵ Contudo, por conta da pouca efetividade que tais regras geravam na prática forense, há quem esteja proclamando-o como uma novidade, especialmente com o objetivo de chamar atenção para tal técnica processual.³⁴⁶ Lebre de Freitas acrescenta, ainda, que o art. 6º do CPC, não obstante ser um aprimoramento de disposições normativas já presentes no ordenamento português, teve o mérito de aproximar os deveres de gestão processual e adequação formal, porquanto “o desenvolvimento do conceito de gestão processual implica acentuar os poderes judiciais de direção formal do processo e a vinculação do juiz ao seu exercício efetivo para melhor realização concreta da função processual.”³⁴⁷

O modelo português deposita uma significativa confiança na pessoa do magistrado, a quem é conferida a responsabilidade pela adequação procedimental. Livra o processo das rígidas amarras legais por meio da *flexibilização judicial*. Segundo a exposição de motivos, confere-se maior relevo ao “princípio inquisitório”, possibilitando uma limitação às faculdades dilatórias das partes, uma maior gestão da instrução da causa, direção da audiência e ajustes da adequação formal às especificidades da causa. Para evitar atuações protelatórias das partes, foram criadas técnicas como a aplicação de taxa diferenciada a processos de especial complexidade e taxa sancionatória excepcional para comportamentos abusivos.³⁴⁸

A simplificação e agilização processuais também foram objetivos colimados com a reforma, respeitados os princípios processuais da isonomia e do contraditório. Preocupou-se, portanto, com a densificação do princípio da duração razoável do processo, ou seja, da concretização de um processo sem dilações indevidas. Tal se deu especialmente, além do gerenciamento procedimental pelo juiz, mediante a redução das

³⁴⁴ COSTA E SILVA, Paula. “A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 33, n. 156, p. 237-250, fev./2008, p. 244.

³⁴⁵ SERRA, Miguel Pestana. “O dever de gestão processual no Código de Processo Civil de 2013.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 5, n. 5, 2015, p. 98.

³⁴⁶ SERRA, Miguel Pestana. “O dever de gestão processual no Código de Processo Civil de 2013.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 5, n. 5, 2015, p. 99.

³⁴⁷ FREITAS, José Lebre de. *Código de processo civil anotado*. 3.ed. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 22.

³⁴⁸ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 454-462.

possibilidades de impugnação das decisões interlocutórias e “despachos” de gestão do procedimento. A doutrina aponta alguns exemplos de posturas que podem ser adotadas pelos magistrados, como a dispensa de atos que entender desnecessários, substituição de atos por outros que se afigurem mais adequados aos fins do processo, dispensa de realização de audiência prévia, ampliação do número de testemunhas previsto em lei etc.³⁴⁹

Fortaleceram o princípio da primazia da decisão de mérito, seja por meio da possibilidade de, sempre que possível, sanear os defeitos processuais para que o mérito logre apreciação, seja por meio de maior abertura para as partes articularem os fatos essenciais ao julgamento da controvérsia. Evitou-se, portanto, um sistema de preclusões excessivamente rígido.³⁵⁰

A essa postura de maior amplitude da direção judicial na marcha do processo, contudo, não faltaram críticas, especialmente da Ordem dos Advogados,³⁵¹ diante da possibilidade do risco de um “dirigismo autoritário do processo civil” mediante “decisões casuísticas e *ad hoc* do juiz”, maculando a sua própria imparcialidade.³⁵²

Ademais, algo que preocupa no sistema processual português foi a relativa exclusão das partes no processo de flexibilização procedimental. Na redação original do citado art. 547 do CPC, havia expressamente a necessidade de oitiva prévia das partes quanto aos atos de alteração da marcha processual, o que foi suprimido na redação aprovada.³⁵³ Registre-se que a redação anterior exigia apenas a oitiva das partes e não a sua concordância, consoante previa o Dec-Lei 329A/95, que sequer entrou em vigor quando das reformas que se operaram anteriormente à entrada em vigor do código. Sobre o tema, parcela da doutrina manifestou-se favoravelmente à época, pois entendia que a necessidade de concordância das partes implicava uma “drástica limitação da

³⁴⁹ SERRA, Miguel Pestana. “O dever de gestão processual no Código de Processo Civil de 2013.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 5, n. 5, 2015, p. 101-102.

³⁵⁰ FREITAS, José Lebre de. *Código de processo civil anotado*. 3.ed. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 22-25.

³⁵¹ Vide o “veemente protesto pelo descalabro legislativo” de Mario Pinto sobre a nova legislação em: <http://www.rtp.pt/noticias/index.php?article=677834&tm=8&layout=123&visual=61> (acesso em 05/11/2016)

³⁵² ONO, Taynara Tiemi. “A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português.” *Revista de Processo*. Vol. 254/2016, p. 407-427, abr./2016.

³⁵³ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 457.

aplicação do dispositivo, ao condicioná-lo à existência de um acordo entre as partes.”³⁵⁴ Contudo, seja no regime revogado, seja no regime vigente, não há dúvida sobre a importância do contraditório prévio, no sentido de que o juiz só poderia proceder às modificações rituais sem oitiva das partes se seus atos não tivessem qualquer potencial de causar prejuízo aos jurisdicionados ou à tutela do bem jurídico em disputa.³⁵⁵

É de se registrar, ainda, que, apesar dos amplos poderes conferidos ao juiz, o legislador não se furtou de estabelecer um procedimento que, a princípio, deve ser seguido pelos operadores do Direito. Ou seja, não está o juiz livre para desenhar o procedimento como melhor lhe aprouver em todos os casos.³⁵⁶ Não obstante, os trâmites legais só deverão ser observados “se os resultados processuais os justificarem. Todo o processo é plástico e elástico: todo ele se adapta ao caso concreto e todo ele comporta apenas as fases que, uma adaptação do tipo legal abstracto, se mostrarem necessárias.”³⁵⁷

Por fim, uma característica que chama a atenção no direito português é a irrecurribilidade das decisões que versem sobre a adaptação processual. É o que prevê o número 2 do art. 630, nos seguintes termos: “2 - Não é admissível recurso das decisões de simplificação ou de agilização processual, proferidas nos termos previstos no n.º 1 do artigo 6.º, das decisões proferidas sobre as nulidades previstas no n.º 1 do artigo 195.º e das decisões de adequação formal, proferidas nos termos previstos no artigo 547.º, salvo se contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios.” Com o pretexto de conferir “segurança ao magistrado, evitando-se os atrasos e retrocessos decorrentes do recurso”,³⁵⁸ ampliam-se significativamente os seus poderes e, ao mesmo tempo, aumenta-se o risco de decisões equivocadas prejudicarem as partes sem possibilidade de

³⁵⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “O princípio da adequação formal do direito processual civil português.” *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 1/2012, nº 11, p. 6.665-6.685, p. 6.673.

³⁵⁵ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 457-458.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 460.

³⁵⁷ COSTA E SILVA, Paula. “A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 33, n. 156, p. 237-250, fev./2008, p. 245.

³⁵⁸ SERRA, Miguel Pestana. “O dever de gestão processual no Código de Processo Civil de 2013.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 5, n. 5, 2015, p. 103.

impugnação. No entanto, segundo alerta Lebre de Freitas, tais decisões poderão ser objeto de recurso quando da impugnação da sentença final da demanda.³⁵⁹

³⁵⁹ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 231-232. No mesmo sentido: FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 462.

PARTE II

SEGURANÇA JURÍDICA E FLEXIBILIZAÇÃO PROCESSUAL

1. INTRODUÇÃO – POR UMA ABORDAGEM HOLÍSTICA DA SEGURANÇA PROCESSUAL

Verificada a importância assumida pelo procedimento ao longo da história, especialmente no que toca às funções de conferir um adequado tratamento ao direito material e de resguardar as garantias processuais dos jurisdicionados, e identificadas as tendências de flexibilização procedimental tanto no Brasil como em experiências estrangeiras, surge a preocupação sobre eventual déficit de segurança jurídica que tal modelo pode proporcionar. Cumpre investigar, portanto, em que consiste a segurança processual, qual a sua estrutura e substância no Estado constitucional, para, em um segundo momento, perquirir a adequação de um modelo processual que se afasta do paradigma da rigidez procedimental.

A segurança jurídica no processo civil é tema geralmente tratado de maneira lateral, conferindo suporte à abordagem de outros assuntos, o que gera certa carência doutrinária a respeito de teorização específica que possa ser posteriormente utilizada no tratamento dos demais institutos.³⁶⁰ Apesar de os processualistas preocuparem-se com tal princípio, por exemplo, quando enfrentam questões relativas à preclusão, à coisa julgada, aos precedentes, às invalidades, ao direito intertemporal etc., é necessário perceber que, em verdade, trata-se de tema pervasivo, que influencia a conformação de praticamente todo o processo.

Assim, não obstante a relevância de tais abordagens pontuais, é necessária uma investigação mais ampla, que considere o fenômeno processual como um todo. É o que se propõe a fazer por meio do que se identificou como *abordagem holística da segurança processual*.³⁶¹ O tratamento da segurança no processo não pode limitar-se à

³⁶⁰ Enfrentando o tema: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 671-674.

³⁶¹ Trabalhando com uma visão limitada à estrutura interna do processo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira identifica um constante conflito entre segurança e efetividade, como se a efetividade processual não fosse em si um fator de segurança para o processo. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de processo civil*, 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008). No mesmo sentido: “O conflito entre segurança jurídica e efetividade é recorrente no âmbito do devido processo legal, deflagrando-se, inevitavelmente, pelo decurso do tempo.” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 189.) Assim também: “Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo, e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 66.)

análise da sua estrutura interna, mas também dedicar-se aos fins que o processo visa a alcançar. Um processo seguro não pode ser apenas aquele que garante o contraditório, a ampla defesa, a fundamentação das decisões judiciais, a publicidade etc., mas também aquele que proporcione segurança de que os seus objetivos serão alcançados tempestiva e efetivamente, que o direito material logrará uma tutela idônea, transformando as promessas legislativas em realidade concreta na vida das pessoas. Nas palavras daquele que muito contribuiu para esta visão do processo civil, a “titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.³⁶²

Pois bem, tendo por base tal premissa, inicia-se uma abordagem mais ampla da ideia de segurança processual.

Uma primeira aproximação no tratamento do tema conduz à percepção de que um Direito processual seguro é aquele que atende a duas exigências principais: a) suas disposições devem ser dotadas de *clareza normativa* e b) suas normas devem ser aptas a conferir *previsibilidade* quanto à forma de tutela dos direitos.³⁶³⁻³⁶⁴ São dois vetores principais que devem orientar os Poderes da República e os operadores do direito ao editar, interpretar e aplicar as disposições normativas processuais.

As normas que regem o processo civil devem ser claras o suficiente para ser compreendidas e aplicadas pelos operadores do direito sem dúvidas ou receios. Não se pode pensar em um processo seguro sem um ambiente normativo inteligível pelos destinatários das normas vigentes, que apresente coerência e não contradição das suas disposições quando analisadas sistematicamente. Tanto as disposições normativas devem ser inteligíveis quando analisadas pontualmente, quanto o ordenamento interpretado em seu conjunto deve ser compreensível, formando um todo harmônico. Daí se falar na necessidade de o Direito processual apresentar segurança pela *clareza* das suas normas.³⁶⁵ Ademais, as normas que regulam o processo civil devem

³⁶² CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11.

³⁶³ Definindo a certeza jurídica como previsibilidade, Gianmarco Gometz identifica-a como “una situación de hecho caracterizada por la disposición de determinados individuos a la más o menos precisa, fiable, clarividente, previsión acerca de las consecuencias jurídicas efetivamente enlazables a los actos o hechos que ellos consideran.” (GOMETZ, Gianmarco. *La certeza jurídica como previsibilidad*. Trad. Diego Moreno Cruz e Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 259.)

³⁶⁴ Tratando da segurança processual igualmente como previsibilidade: MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais.” In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 311.

³⁶⁵ “A segurança jurídica postula o princípio da precisão ou determinabilidade dos actos normativos, ou seja, a conformação material e formal dos actos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios. Nesta perspectiva se fala de *princípios jurídicos de norma*ção

proporcionar aos seus operadores *previsibilidade*, de maneira que se possa ter tranquilidade quanto aos efeitos e ao grau de intangibilidade dos atos praticados no passado, bem como se possa prever como se dará a conformação do processo no futuro.³⁶⁶ Com efeito, *clareza normativa* e *previsibilidade* são os dois conceitos-chave para que o processo civil seja um ambiente seguro à idônea tutela dos direitos. Trata-se de construção que nos permite olhar tanto para a segurança do direito processual quanto para a segurança da estrutura do processo. Essas duas premissas são fundamentais para seguir adiante.

É inegável que o processo civil desempenha destacado papel de instrumento de realização dos direitos, porquanto confere atuabilidade às promessas abstratamente previstas pelo legislador.³⁶⁷ Sem um processo apto a produzir resultados práticos na vida das pessoas, coloca-se em risco a segurança de todo o ordenamento jurídico, carecendo os cidadãos da devida expectativa de poder exigir eficazmente que seus direitos sejam respeitados. Diante de tal importante função desempenhada pelo processo civil, descortina-se a noção de que o tratamento da segurança processual não deve abranger apenas questões relativas à segurança interna no processo, mas também aspectos atinentes à segurança do Direito como um todo.³⁶⁸

jurídica concretizadores das exigências de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica e, conseqüentemente, da segurança jurídica e do Estado de direito.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 258.)

³⁶⁶ Humberto Theodoro Jr. cita o interessante relatório de Bertrand Mathieu, na XV Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema “Constitution et sécurité-juridique”, em que se conclui que o princípio da segurança jurídica pode ser desdobrado em dois grandes grupos de exigências: a) qualidade normativa e b) previsibilidade. “Lembra MATHIEU que a França já foi condenada pela Corte Europeia dos Direitos do Homem, em julgamento de 24 de abril de 1990, por ter editado leis imprecisas sobre escutas telefônicas, que, por isso, não respeitavam a segurança jurídica, no pertinente à acessibilidade e à previsibilidade do direito. (...) Em Portugal, o Tribunal Constitucional considerou, em diversas ocasiões, ofensivas às garantias constitucionais do Estado de direito democrático leis que não satisfaziam, em determinadas matérias, o grau de exigência de determinabilidade e precisão do direito; o mesmo ocorrendo com leis que adotavam cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, sem respeitar um mínimo de critérios objetivos para delimitar a discricionariedade do aplicador da norma.” (THEODORO Jr. Humberto. “A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica”. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 14, setembro 2006. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm. Acesso em: 30 out. 2016.) No mesmo sentido: BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 13.

³⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11 e 12. GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales.” *Revista de Processo*, vol. 109/2003, p. 187 – 220, Jan-Mar/2003.

³⁶⁸ “A segurança jurídica consubstancia-se ao mesmo tempo em fundamento do Estado Constitucional e função que deve ser por ele desempenhada a fim de viabilizar condições institucionais para autodeterminação da pessoa (citizens to live autonomous lives) e desenvolvimento da vida social em circunstâncias de mútua confiança (mutual trust). A segurança jurídica é um princípio instrumental que visa à efetiva atuabilidade dos direitos, sem a qual inexistiria o império da juridicidade inerente ao Estado

Assim, a segurança processual pode ser entendida, em primeiro lugar, desde uma perspectiva externa, considerando o papel desempenhado pelo processo no sistema jurídico.³⁶⁹ Sob este ângulo, o processo deve proporcionar uma maior cognoscibilidade do direito, informando à sociedade qual o conteúdo normativo em vigor, o que podemos chamar de *segurança-cognoscibilidade*; mas também visa a conferir atuabilidade aos direitos, garantindo aos cidadãos que o ordenamento jurídico seja eficaz e confira tutela adequada às situações jurídicas materiais, o que se pode chamar de *segurança-realização*. Por se tratar de uma perspectiva de investigação externa ao processo, que considera a sua função no ordenamento jurídico em geral, podem ser consideradas espécies do gênero *segurança segurança pelo processo*.

Feito o estudo da segurança jurídica pelo processo, pode-se olhar para a estrutura do formalismo processual, a fim de definir a melhor conformação que o qualifique ao idôneo cumprimento dos seus objetivos, com respeito aos direitos e garantias dos jurisdicionados. Parte-se, nesta segunda dimensão, para análise interna do processo, que podemos chamar de *segurança no processo*.³⁷⁰

Tal noção mais ampla da segurança processual que se perfilha, que considera não só aspectos internos do processo, mas também a própria função que o processo civil desempenha, pode ser chamada de visão holística da segurança processual, justamente por considerar o fenômeno processual como um todo,

constitucional.” (MITIDIÉRO, Daniel. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional”. *Revista de Processo*, vol. 229/2014, p. 51 – 74, Mar/2014, p. 58.)

³⁶⁹ “Resulta imprescindível visualizar o processo desde seu exterior, para constatar que o sistema não tem valor em si mesmo, senão pelos objetivos que é chamado a cumprir. Em uma perspectiva interna - atos do processo - verifica-se que cada um deles tem funções frente ao Direito Material, à sociedade e ao Estado. Isso não implica, de nenhum modo, desrespeitar o sistema processual ou defender um retrocesso, mas sim reconhecer seu verdadeiro *status* de instrumento autônomo a serviço do Direito Material, do Estado e da sociedade, e que, por si só, carece de razão de existir.” (LOPES JR. Aury. *A Instrumentalidade garantista do processo penal*. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9E6-MHkyF90J:https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/instrumentalidade-garantista-do-processo-penal-aury-lobes-jr.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 18/11/2016.)

³⁷⁰ Interessante a observação de Couture que, não obstante apresente similares preocupações, insere a segurança apenas dentro do processo ao expor o que se deve entender como um processo idôneo à tutela dos direitos: “lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro para no angustiar por restriccion al demandado. El proceso, que es en sí mismo sólo un medio de realización de la justicia, viene así a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma” (COUTURE, Eduardo. “Las garantías constitucionales del proceso civil.” *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 23)

constituindo a segurança processual o justo equilíbrio entre essas duas dimensões.³⁷¹ É o que se passa a detalhar.

³⁷¹ Com semelhantes preocupações: “Propõe-se, em outras palavras, a duplicidade de perspectivas, para encarar o sistema processual a partir de ângulos externos (seus escopos), sem prejuízo da introspecção do sistema.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 366.)

2. SEGURANÇA JURÍDICA E PROCESSO – PERFIL ESTRUTURAL

2.2 Segurança pelo processo

Inicia-se o estudo da segurança processual desde sua dimensão externa. Um processo seguro é aquele que efetivamente garante aos jurisdicionados a tutela aos direitos seja em uma perspectiva geral (incrementa o nível de cognoscibilidade do Direito mediante a formação de precedentes judiciais que informam à sociedade sobre o conteúdo normativo em vigor) seja numa dimensão individual (garante a realização dos direitos por meio de instrumentos adequados à prevenção, remoção ou reparação de ilícitos e danos).³⁷²⁻³⁷³

2.2.1 Segurança-cognoscibilidade

Um dos elementos estruturais da segurança jurídica é a cognoscibilidade do Direito. Não é possível o exercício pleno da liberdade sem que as pessoas conheçam as normas jurídicas que regem as suas condutas e as respectivas consequências dos seus atos.³⁷⁴ A fim de proporcionar conhecimento sobre o direito positivo a ser aplicado às relações sociais, o Brasil, em razão das suas raízes romano-germânicas, adotou um sistema de ampla produção legislativa, seja por meio de codificações bastante detalhadas, seja mediante a edição de diversas leis esparsas sobre as mais variadas circunstâncias da vida social.³⁷⁵ A ciência jurídica passou a ser uma disciplina meramente cognoscitiva, que explica e declara o direito, submetendo-se à lei como fonte única de sua legitimação.³⁷⁶

³⁷² Sobre a tutela dos direitos nas dimensões particular e geral: “Daí que o processo civil no Estado constitucional tem por função dar tutela aos direitos mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para a promoção da unidade do direito para a sociedade em geral. Essa finalidade responde a dois fundamentos bem evidentes do Estado constitucional – a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica.” (MITIDIERO, Daniel. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional”. *Revista de Processo*, vol. 229/2014, p. 51 – 74, Mar/2014, p. 54 e 55.)

³⁷³ Trabalhando a segurança pelo processo apenas como segurança de realização: ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 578-586. Por outro lado, tratando da segurança pelo processo como segurança de cognoscibilidade: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 674.

³⁷⁴ “A cognoscibilidade foi definida como a capacidade de compreensão das alternativas de sentido reconduzíveis a um texto normativo (...)” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 266.)

³⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 54-55.

³⁷⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 284-285.

Contudo, a evolução da Teoria do Direito já não deixa mais dúvidas quanto à insuficiência da legislação, por mais detalhada que seja, para conferir certezas quanto às normas jurídicas em vigor.³⁷⁷ O Direito consiste em uma empresa eminentemente problemática e argumentativa,³⁷⁸ constituindo uma característica inerente da linguagem a ambiguidade e a vagueza,³⁷⁹ o que confere ao intérprete a tarefa de decidir a respeito do melhor significado que deve ser utilizado na conformação da norma jurídica. Assim, com base na distinção entre textos e norma, foi possível perceber que, diante da inerente indeterminação da linguagem, diretivas sistemáticas, teleológicas, históricas, genéticas etc. influenciam significativamente no resultado da interpretação dos textos legais.³⁸⁰

O modelo das diretivas interpretativas foi inicialmente concebido por Jerzy Wróblewski, que encontrou solo fértil para o seu desenvolvimento na escola analítica genovesa, especialmente na pessoa de Pierluigi Chiassoni que, em seu *Técnica dell'interpretazione giuridica*, discorre amplamente sobre as técnicas de interpretação baseadas no modelo wrobleuskiano.³⁸¹ Segundo a minuciosa análise das técnicas de interpretação desenvolvida por Chiassoni, deve-se trabalhar com os *códigos interpretativos*, que fornecem esquemas de interpretação possíveis, por meio da utilização de diretivas interpretativas primárias, secundárias e terciárias. As diretivas primárias informam de que modo deve o intérprete atribuir significado a uma disposição jurídica, por exemplo, utilizando-se de diretivas linguística, genéticas, sistemática, funcional (teleológica), entre outras. Já as diretivas secundárias orientam a forma de utilização e valoração das diretivas primárias, indicando principalmente qual deve prevalecer diante de determinada atividade interpretativa (diretivas de preferência ou preferenciais). Por fim, as diretivas terciárias informam o objetivo principal de política do direito que deve ser perseguido pelo intérprete, a orientar toda a atividade hermenêutica.³⁸²

O objetivo de trabalhar com as diretivas não está em alcançar uma interpretação objetivamente correta, como pretenderia o formalismo interpretativo, mas sim demonstrar que se podem alcançar os mais diversos resultados a depender do juízo de

³⁷⁷ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argumentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39.

³⁷⁸ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 91.

³⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 275.

³⁸⁰ CHIASSONE, Pierluigi. *Técnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 73.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 72.

³⁸² *Ibidem*, p. 80-123.

valor que se faça na seleção e aplicação de tais diretivas.³⁸³ A atividade interpretativa envolve as mais diversas variáveis que, a depender das opções adotadas, podem conduzir a conclusões absolutamente distintas. Não à toa, é tão comum longas discussões sobre o conteúdo normativo de textos legais e constitucionais, restando vencidas teses com pequena margem de maioria dos votos nas cortes de vértice. A legislação, portanto, é incapaz de conferir a cognoscibilidade desejada do Direito, sendo necessário ainda um complexo processo interpretativo para que se definam as normas jurídicas que podem ser reconstruídas com maior suporte possível no ordenamento em vigor.³⁸⁴

Neste cenário, o processo desempenha relevante papel, pois é o instrumento pelo qual o Judiciário, ao ser estruturado e empoderado para dar a última palavra sobre o conteúdo normativo em vigor, informa à sociedade o teor das normas que compõem o ordenamento jurídico.³⁸⁵ Por meio dos precedentes das Cortes de vértice, incrementa-se cognoscibilidade ao ambiente normativo, ao reduzir por meio da interpretação a complexidade jurídica que decorre da equivocidade dos textos legais.³⁸⁶ Prestigia-se, outrossim, a coerência e a racionalidade do direito, pois a consistência de um Estado de Direito pressupõe a inexistência de variações do padrão decisório entre juízes e Cortes para casos essencialmente iguais.³⁸⁷ Por isso que o processo civil no Estado constitucional visa não apenas a propiciar decisões justas para os casos concretos que são apresentados ao Judiciário, mas também a conferir tutela à ordem jurídica como um todo, por meio dos precedentes judiciais.³⁸⁸

Com efeito, o processo civil não pode ser mais visto apenas como um instrumento para solução de conflitos individuais, mas deve ser estruturado para cumprir a função de tutela do ordenamento jurídico, proporcionando, assim, cognoscibilidade ao Direito.³⁸⁹

³⁸³ *Ibidem*, p. 74.

³⁸⁴ “O conteúdo do Direito não é algo previamente dado em normas inequívocas, algo para ser descoberto, mas uma prática construtiva e interpretativa de formação de significados por meio da argumentação.” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 289.)

³⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. *Corte superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 71.

³⁸⁶ TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 164-166. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula Vinculante. *Ciência Jurídica*, v. 13, n. 85, p. 279-295, jan./fev. 1999, p. 284

³⁸⁷ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

³⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Corte superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.

³⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

Dá a necessidade de se repensar não só os institutos processuais à luz de um sistema de precedentes judiciais, mas também a própria função das cortes,³⁹⁰ conferindo-lhes condições para bem desempenharem os fins que lhes são acometidos.³⁹¹

Ademais, para além de um processo que esteja adequadamente estruturado para a formação de precedentes, a segurança processual também depende da própria conscientização dos operadores do direito quanto ao papel que o precedente desempenha na ordem jurídica, densificando cláusulas gerais, eliminando divergências interpretativas, orientando, portanto, os operadores do Direito sobre as normas jurídicas.³⁹² E tal noção vale especialmente para o próprio processo, ou seja, para as regras processuais, que também precisam ser densificadas e, constantemente, necessitam ser solucionadas divergências interpretativas. É o processo civil, por meio dos precedentes, contribuindo para um dos elementos essenciais da segurança jurídica, a clareza normativa.

2.2.2 Segurança-realização

Desde uma perspectiva externa ao processo, não obstante a relevância da formação de precedentes, o papel de destaque do processo civil é o de conferir solução às controvérsias, assegurando aos cidadãos que as situações jurídicas sejam tuteladas e os direitos realizados praticamente. De pouco valor seria um ordenamento jurídico se

³⁹⁰ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 311 e seg.

³⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Corte superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 79.

³⁹² “A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria ao *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que essa tradição insistiu na tese de que a segurança jurídica seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decisis*, enquanto no *civil law* foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões. Porém, quando se ‘descobriu’ que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os ‘casos iguais’, curiosamente não se abandonou a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica e inafastável conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do Poder que a pronunciou. A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*)”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 100 e 101).

não fosse dotado de mecanismos idôneos que orientassem a sua observância.³⁹³ Consoante observa Alvaro de Oliveira, “constituiria inafastável incoerência se, assegurado o acesso à jurisdição, em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito (...), não se compreendesse aí o exercício do direito de invocar e obter tutela jurisdicional adequada e efetiva.”³⁹⁴

O processo civil, portanto, confere eficácia normativa, constituindo instrumento de garantia à sociedade de que as situações jurídicas no plano jurídicas no plano material serão, de fato, respeitadas.³⁹⁵ Desempenha o papel de papel de conferir segurança sistêmica a toda ordem jurídica e, por consequência, a toda consequência, a toda a sociedade, como garante de uma efetiva tutela dos direitos.³⁹⁶ É direitos.³⁹⁶ É o que Humberto Ávila chama de *segurança de realização*, pois viabiliza a viabiliza a eficácia normativa de todo o ordenamento jurídico.³⁹⁷ Ainda que o processo o processo civil não atue, a sua simples existência como um instrumento eficiente já é eficiente já é suficiente para proporcionar a expectativa de que o Direito será será regularmente observado. Segundo Ávila, “trata-se, no sentido aqui estipulado, de estipulado, de uma eficácia eminentemente jurídica: não uma efetividade de fato, mas uma aspiração de eficácia baseada em condições jurídicas”.³⁹⁸

A Corte Europeia dos Direitos Humanos vem reiteradamente manifestando em seus pronunciamentos que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem tem por fim tutelar direitos não apenas ilusórios e teóricos, mas concretos e efetivos.³⁹⁹ Por tal motivo, vem conferindo substancial atenção ao princípio da tempestividade processual,

³⁹³ Monroy e Monroy bem ilustram a relevância de um processo efetivo: “El mensaje social desde la perspectiva de un eventual fracaso de los procesalistas sería terrible, un ciudadano podría decir: ¿Por qué debo cumplir con mis obligaciones jurídicas si esta sociedad “premia” al incumplido con un proceso de reconocimiento del derecho tan largo, complicado y moroso que, en la eventualidad de que alguna vez me den la razón, es seguro que habrá desaparecido en mí el interés por tal satisfacción?” (GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales.” *Revista de Processo*, vol. 109/2003, p. 187 – 220, Jan-Mar/2003.)

³⁹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 84.

³⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 67.

³⁹⁶ “A observância do processo justo, por derradeiro, não constitui apenas garantia de justiça, mas é igualmente, condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça. E essa confiança, por sua vez, investe-se como elemento fundamental para a legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade civil.” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzell de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 201.)

³⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 579.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 579.

³⁹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 147-148.

consagrado no art. 6 da Convenção, como uma exigência imprescindível de todo o Estado de Direito.⁴⁰⁰

E quando se trata de *segurança-realização* por meio do processo, não podemos nos limitar às soluções dos litígios que são encaminhadas mediante a aplicação do Direito estatal. O processo tem se tornado cada vez mais um ambiente de incentivo a soluções consensuais, estruturando-se de maneira a permitir melhores condições para que as partes alcancem saídas que considerem justas, sem a necessidade da imposição heterônoma mediante aplicação do Direito estatal.^{401 - 402} Esta abertura, cada vez maior, do processo para a consensualidade nada mais é do que a absorção dos ideais democráticos de participação popular no exercício do poder e de respeito à liberdade dos cidadãos.⁴⁰³ O processo civil não pode ser um oásis dentro do ordenamento jurídico, infenso aos valores do Estado constitucional, mas, ao contrário, deve refletir amplamente os seus ideais e, portanto, abrir-se para uma nova visão de cidadania processual. É o Estado, e por consequência a jurisdição, a serviço do cidadão.⁴⁰⁴ Introduce-se no processo todo o movimento de humanização do direito, desenvolvido especialmente no último quarto do século XX.⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ MILIONE, Ciro. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 134. TROCKER, Nicolò. *La formazione del diritto processuale europeo*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 262-265.

⁴⁰¹ “Ademais, na sociedade atual, observa-se um claro declínio do legiscentrismo e uma diminuição da capacidade regulativa do Estado no seu formato tradicional, com imposição unilateral de regras de conduta. O consenso parece ganhar espaço em detrimento da autoridade, e então a lei passa a ceder força em favor do contrato e do acordo como instrumentos de produção normativa.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 165-166.)

⁴⁰² “Oltre alla disciplina del processo come fenomeno legislativo statale, entra in crisi anche la concezione, propria specialmente dei sistemi europeo-continentali, dello scopo primario del processo civile come attuazione del diritto oggettivo in caso di controversia.” (CAPONI, Remo. “Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa.” Em <https://www.academia.edu/205261/R. Caponi Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa 2005?auto=download>. Acesso em 15 de janeiro de 2017, p. 5.)

⁴⁰³ “É preciso, portanto, substituir a postura adversarial tradicional por uma busca pela conciliação e mediação.” (BARROSO, Luís Roberto. “Democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos.” *Direito tributário*. MACHADO, Hugo de Brito *et al* (coord.) São Paulo: Atlas, 2014, p. 141-142.)

⁴⁰⁴ CIPRIANI, Franco. “Il processo civile nello stato democratico.” *Il processo civile nello stato democratico: saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 16-21.

⁴⁰⁵ “De ‘humanismo jurídico’ o de la humanización por el derecho se puede hablar, en el sentido de que el hombre necesariamente se encuentra en el centro, en el núcleo, de la consideración del derecho, por cuanto éste aspira a regir su conducta social del mejor modo posible; entendemos que más que fundar (esto es filosofía), el derecho (algunas de sus manifestaciones, el derecho según determinadas orientaciones) sirve para confirmar, orientar y afirmar el humanismo. Algunos señalamientos - evitar la violencia; favorecer los acuerdos y la racionalidad de la conducta; proteger y promover (dentro de los límites sociales) la libertad - surgen en todo sistema jurídico, aunque los grados en que ésto ocurre pueden cambiar radicalmente el resultado.” (BIDART, Adolfo Gelsi. “La humanización del proceso”. *Revista de Processo*, vol. 9, p. 105-151, Jan-Mar/1978)

O CPC brasileiro é um grande exemplo de codificação moderna que incorpora tais noções, proliferando diretrizes para soluções autocompositivas. Estabelece no art. 3º, como norma fundamental, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (§ 2º) e que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (§ 3º). Tal compromisso fundamental concretiza-se ao longo do Código mediante diversas técnicas que prestigiam as soluções consensuais, tanto concernentes ao objeto litigioso (arts. 165-175; 334; 695; 515, III; 725, VIII; 515, §2º etc.), quanto relativas às próprias regras processuais (art. 3º, §1º; 63; 190; 313, II; 357, §2º etc.). Até mesmo o Poder Público, cujos litígios em regra envolvem direitos indisponíveis, é incentivado à criação de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo (art. 174, CPC). Tal orientação legislativa fez com que a doutrina identificasse até mesmo a existência de um *princípio do estímulo da solução por autocomposição*, como decorrência da estrutura do novo código.⁴⁰⁶

Há, inclusive, uma virada na compreensão sobre necessidade de as técnicas autocompositivas serem desenvolvidas durante o processo e dentro da estrutura do Poder Judiciário, como era a prática no Brasil e em diversas experiências estrangeiras. A tendência evolutiva em vários países é a utilização de núcleos de conciliação ou mediação delegados, ou seja, a serem realizadas por terceiros estranhos ao processo, de modo que as partes não receiem de eventual influência do juiz na hipótese de não se alcançar um acordo.^{407 - 408}

O modelo processual multiportas representa, pois, a densificação dos valores maiores do Estado constitucional, quais sejam, aqueles antes condensados nas ideias de *juridicidade, liberdade e participação*.⁴⁰⁹ Se o Estado de Direito tem por fundamento a dignidade da pessoa humana e o seu epíteto “*democrático*” confere-lhe

⁴⁰⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de processo civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 274.

⁴⁰⁷ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p.39.

⁴⁰⁸ Vide, a propósito, a Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que estipula a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, com foco na conciliação e mediação.

⁴⁰⁹ Para uma ampla análise do sistema multiportas de solução de litígios: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2017.

uma necessária abertura à participação dos cidadãos no exercício do poder e ao respeito à liberdade, é de se conferir cada vez mais relevância às partes no processo.

Como decorrência, é de se reconhecer maior equilíbrio entre os escopos jurídicos e sociais do processo.⁴¹⁰ Se a finalidade de tutela dos direitos mediante a afirmação do Direito estatal constitui relevante função do processo,⁴¹¹ é de se enxergar no escopo social de pacificação uma importante medida de promoção da dignidade da pessoa humana, porquanto a eliminação dos litígios é, sem dúvidas, uma das mais relevantes providências estatais de prestígio ao bem-estar das pessoas.⁴¹² Nas palavras de Caponi, a jurisdição no Estado moderno não é concebida como uma função dirigida à atuação do direito objetivo ao caso concreto, mas, em primeiro lugar, como serviço público destinado à composição das controvérsias com justiça.⁴¹³

Tais percepções a respeito do processo civil auxiliam à compreensão do papel que tal instrumento ocupa no sistema jurídico e, por consequência, o seu potencial de influência direta na vida das pessoas. Definitivamente, não se pode considerar o processo como uma técnica formal pura e simples, voltada para si e sem preocupação com o mundo externo.⁴¹⁴ Ao contrário, a evolução que vem experimentando o direito processual confere-lhe distintas preocupações e finalidades, sobretudo com o objetivo de que o processo seja um instrumento útil ao cidadão, garantindo a sua liberdade e, por consequência, proporcionando melhores condições de vida em sociedade.⁴¹⁵ Uma das

⁴¹⁰ É de ser repensada, pois, as ideias propaladas por Bedaque de que o “escopo jurídico absorve o social e o político” e que “parece correto afirmar que o direito processual, como ramo do Direito, não tem por objetivo apenas a paz social, mas o acesso efetivo a valores jurídicos: paz social legítima é aquela obtida segundo os valores jurídicos da sociedade.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 59-60.)

⁴¹¹ Segundo Cabral, a pacificação pode ser alcançada mesmo sem a aplicação do direito estatal. (CABRAL, Antônio do Passo. O processo como superego social: Um estudo sobre os fins sociais da jurisdição. *Revista de Processo*. São Paulo, rev. dos tribunais, 2004. n.115, p.345-374, p. 363.)

⁴¹² “De um modo geral, todo empenho em aperfeiçoar o conhecimento (contraditório, instrução, recursos) favorece o encontro da verdade e, com isso, é fator de fidelidade à vontade concerta da lei. Liga-se, portanto, ao escopo jurídico de atuação desta. De outra parte, as concessões feitas em detrimento desse ideal de fidelidade visam a acelerar o serviço jurisdicional e torná-lo aderente à realidade do conflito e do seu modo de ser; com isso, concorrem para eliminar logo e de modo conveniente o estado anti-social de insatisfação que deu causa ao processo. Troca-se a virtude funcional da pacificação social, porque o valor daquela reside justamente na capacidade que tenha a ordem jurídica, de promover a pacificação com justiça; e, quando a justa pacificação puder ser alcançada independentemente da prevalência da vontade concreta do direito, que seja ela então obtida e esta esquecida.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 279)

⁴¹³ CAPONI, Remo. “Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa.” Em https://www.academia.edu/205261/R._Caponi_Modelli_e_riforme_del_processo_di_cognizione_in_Europa_2005?auto=download. Acesso em 15 de janeiro de 2017, p. 4.

⁴¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 11.

⁴¹⁵ Trocker faz uma observação que qualifica de banal: “la procedura non può diventare il fine stesso dell’esperienza giudiziaria. La procedura è soltanto uno strumento e le sue regole devono essere adeguate

obras mais relevantes para a processualística moderna foi elaborada em 1978 por Cappelletti e Garth, tendo por base justamente tais preocupações:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.⁴¹⁶

Com efeito, desde uma perspectiva externa, é possível identificar mais esta relevante função do processo civil, promover *segurança-realização*, conferindo à sociedade a garantia de que as situações jurídicas materiais serão amplamente tuteladas por um Estado colaborador, aberto ao diálogo e preocupado com os valores democráticos de proteção da dignidade das pessoas.⁴¹⁷

2.3 Segurança no processo (processo justo)

Passando da dimensão externa para uma dimensão interna na análise da segurança jurídica processual, é preciso trabalhar a estruturação do processo civil. O processo em si deve se apresentar como um ambiente que confira segurança àqueles que o utilizam ou possam vir a utilizá-lo para a proteção dos seus direitos.⁴¹⁸ Por isso é que a mão invisível da segurança jurídica deve guiar todo o processo de densificação da cláusula constitucional do devido processo: “a segurança jurídica no processo é elemento central na conformação do direito ao processo justo.”⁴¹⁹ Sem a segurança do

ai bisogni dei suoi fruitori; cioè della società e delle parti.” (TROCKER, Nicolò. “Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa.” *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. SCARSELLI, Giuliano (org.). Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2010, p. 177.)

⁴¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11 e 12.

⁴¹⁷ “A segurança jurídica é um princípio instrumental que visa à efetiva atuabilidade dos direitos, sem a qual inexistente o império da juridicidade inerente ao Estado constitucional.” (MITIDIERO, Daniel. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional”. *Revista de Processo*, vol. 229/2014, p. 51 – 74, Mar/2014, p. 58.)

⁴¹⁸ Em análise similar, mas sem tratar especificamente do tema da segurança jurídica: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 457: “Uma vez que o direito à tutela jurisdicional do direito tem o dever de a jurisdição prestá-la como correlato, é lógico que o processo – instrumento de que dispõe a jurisdição para cumprir o seu dever e exercer o seu poder – deve ser estruturado de modo a permitir a outorga das tutelas prometidas pelo direito material. Portanto, a situação jurídica, aqui retratada, acaba sendo o fundamento do processo adequado à tutela do direito material.”

⁴¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 671.

devido processo não se pode falar em um estado de confiabilidade do Direito.⁴²⁰ Assim, o ideal de *segurança pelo processo* só será atingido se, igualmente, for promovida a *segurança no processo*. Consoante alertava Calmon de Passos, a preocupação com a efetividade só será legítima, se o que antecedeu à decisão também o for, ou seja, se as garantias processuais foram respeitadas, caso contrário a efetividade do injusto consagraria, em verdade, a inefetividade da tutela jurisdicional.⁴²¹ Na mesma linha, Cipriani exorta à compreensão de que quando se tolhem os direitos das partes e conferem-se poderes discricionários ao juiz, ou seja, quando se busca obter eficiência em detrimento das garantias não se resolvem os problemas e apenas prestigia o autoritarismo inútil e contraproducente.⁴²²

Essa dupla perspectiva, externa e interna, da segurança jurídica processual é de grande relevância, pois auxilia à compreensão de que a efetividade processual não deve ser tratada como um princípio antinômico à segurança, mas sim como uma das suas dimensões. Não se pode reduzir a segurança jurídica processual às garantias internas do processo, a exemplo da publicidade, fundamentação das decisões, direito de defesa e contraditório etc. Um processo seguro é aquele que equilibra adequadamente os direitos fundamentais dos litigantes, proporcionando efetividade necessária à tutela dos direitos (nas dimensões individual e geral), sem olvidar das garantias internas do processo. Segundo anota Picó y Junoy, da mesma forma que não se admite o garantismo processual sem eficácia, não se pode aceitar a eficácia sem garantia dos jurisdicionados.⁴²³ A segurança funciona, pois, como um sobreprincípio que ilumina toda a conformação processual, guiando a concretização da cláusula constitucional do processo justo, a fim de que sejam promovidos os seus fins e constitua, efetivamente, um instrumento de segurança de todo o ordenamento jurídico. A segurança processual contempla, assim, efetividade (resultado) e adequação (forma) da prestação jurisdicional, estabelecendo uma relação de verticalidade com esses princípios e não de horizontalidade.

⁴²⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 580.

⁴²¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “Cidadania e efetividade do processo.” *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, set./out. 1999, p. 35.

⁴²² CIPRIANI, Franco. “Il processo civil italiano tra efficienza e garanzie.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 04/2002, p. 1.243-1.261, p. 1.250.

⁴²³ PICÓ I JUNOY, Juan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado.” *Cuestiones Jurídicas Revista de Ciências Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. VI, n. 1, p. 11-31, jan.-jun./2012, p. 11-15.

Cumpra investigar, portanto, qual o modelo de processo civil apto a conferir a segurança jurídica almejada no Estado constitucional, ou seja, como deve se conformar um processo “adequado à tutela dos direitos na sua dupla dimensão”.⁴²⁴ Tendo por foco a rigidez/flexibilização procedimental, o desafio que se abre ao pesquisador é a necessidade de buscar fundamentos que justifiquem uma ou outra opção. Qual o formato de processo apto a gerar confiança aos jurisdicionados a respeito da idônea tutela dos seus direitos? Qual a razão da opção de determinado modelo? Trata-se de uma evolução da ciência processual ou de mera correção de um modelo inadequado anteriormente utilizado?

Como é de fácil percepção, considerando que o processo não é um expediente puramente técnico e infenso a valores,⁴²⁵ o desenvolvimento de um discurso consistente a respeito da segurança jurídica processual não prescinde de uma detida análise das atuais circunstâncias culturais, tanto relacionadas à compreensão do direito, como atinentes à relação entre sociedade e Estado. Não se pode desenvolver adequadamente um discurso sobre rigidez ou flexibilidade procedimental sem uma análise detida de tais fatores culturais.⁴²⁶

O que parece relevante compreendermos nesse momento é que o formalismo processual está a serviço da segurança jurídica de todo o ordenamento jurídico, devendo ser estruturado a partir desta premissa. Para que o processo bem desempenhe tal papel, ele mesmo deve se desenvolver em um ambiente seguro para os jurisdicionados, pois um *iter* processual hostil a tais ideias macularia o próprio Estado de Direito. As duas dimensões da segurança jurídica estão, pois, teleologicamente vinculadas. A segurança interna deve se fazer presente para proporcionar segurança externa.

Ademais, devem essas duas dimensões equilibrar-se, de maneira que a segurança processual será a síntese de um trabalho de harmonização entre a *segurança pelo processo* e a *segurança no processo*. Um processo seguro será aquele cujo

⁴²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 439.

⁴²⁵ “A ligação entre sistema cultural e sistema jurídico é hoje insuprimível do horizonte do jurista.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.)

⁴²⁶ “As formas processuais fundamentam-se na necessidade de *segurança jurídica*. Não só, aliás, as formas processuais são instituídas igualmente em respeito à *liberdade* e à *igualdade* no processo. É claro que o valor outorgado à forma – e o modo de com ela trabalhar no processo – é determinado, como tudo o mais, pela cultura.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 429-431.)

procedimento seja estruturado para alcançar os seus objetivos externos, sem deficit das garantias internas. Agrega-se, pois, mais esse fundamento à teorização do formalismo processual. A segurança processual não pode ser pensada de maneira particularizada, mas sim como um instrumento de segurança do ordenamento jurídico considerado em seu todo. Daí a importância de uma abordagem holística da segurança jurídica no processo civil.⁴²⁷

⁴²⁷ Com semelhante preocupação: MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 200.

3. SEGURANÇA JURÍDICA E PROCESSO – PERFIL SUBSTANCIAL

3.1 Notas introdutórias sobre processo e cultura – os valores do Estado constitucional

A teorização sobre a segurança jurídica processual está diretamente ligada aos valores que estão na base do Estado constitucional. A depender da sua configuração axiológica, ressaem distintas necessidades de conformação da estrutura interna do processo e de disposição dos poderes das partes e dos juízes. Apesar de o processo ser um relevante instrumento a serviço do direito material, não constitui mera técnica infensa aos valores culturais e às circunstâncias jurídico-políticas que o circundam.⁴²⁸ Até mesmo o tecnicismo e a neutralidade, que decorreram do projeto de Justiça civil dos oitocentos e dos novecentos, têm a sua fonte na ideologia liberal de distanciamento entre sociedade e Estado, sendo fruto, portanto, da sua época.⁴²⁹ Virada esta página da história e assentada a ideia de que o formalismo processual reage aos mais diversos influxos sociais, jurídicos e políticos, percebe-se que não se pode teorizar a seu respeito sem entender o atual momento cultural e o modelo de Estado em que estamos inseridos.⁴³⁰

Consoante os ideais do constitucionalismo moderno, estamos evoluindo para o aperfeiçoamento do *Estado constitucional*, modelo de organização político-jurídica qualificada por duas grandes qualidades, ser um *Estado de Direito* e um *Estado Democrático*. A conexão entre esses dois elementos conduz à estruturação da ordem jurídica sob o império do Direito, mas em constante sintonia com a proteção das liberdades individuais e com a participação democrática. Uma “ordem de domínio legitimada pelo povo.”⁴³¹ Historicamente, o conceito de *Estado de Direito* que floresceu no ambiente liberal possuía como elementos básicos a *submissão ao império da lei*, a *divisão de poderes* e a *garantia dos direitos individuais*. Apesar de consubstanciarem conquistas das mais relevantes da civilização ocidental, diante da ambiguidade da palavra *Direito*, poderia ser utilizado para legitimar diversas organizações estatais, carecendo assim de um epíteto que lhe caracterizasse e conferisse um conteúdo

⁴²⁸ DENTI, Vittorio. *Il processo come strumento di politica sociale. Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971, p. 75.

⁴²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. “Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social”. *Revista dos tribunais*, n. 824/2004, p. 34-60, p. 46.

⁴³⁰ Sobre a relação entre processo e cultura: LACERDA, Galeno. “Processo e cultura.” *Revista de direito processual civil*, v. 2, n. 3, p. 74-86, jan./jun. 1961, *passim*.

⁴³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 98.

material.⁴³² Foi necessário acrescer-lhe a qualificação *democrática*, não só para que o exercício do poder fosse desempenhado por instituições representativas constituídas de acordo com os interesses da sociedade, mas também para conferir um conteúdo aos direitos fundamentais que efetivamente dignificasse a pessoa humana e, ainda, viabilizasse uma constante participação do cidadão nas decisões do Estado e na condução das suas vidas.⁴³³

O Direito é um dos grandes responsáveis pela harmonia e organização da vida social, ocupando posição de indiscutível imprescindibilidade no mundo moderno. Diante da complexidade das organizações sociais, difícil supor uma sociedade que tenha condições de ser livre, justa e solidária, em que todos os cidadãos tenham condição de se desenvolver com dignidade, sem um *ordenamento jurídico estruturado* com a finalidade de cumprir tais objetivos. Daí a imprescindibilidade do Estado de Direito caracterizado por um alcance universal, de maneira que todos sejam submetidos ao seu império. A juridicidade proporciona, assim, em primeiro lugar, o que a doutrina chama de *segurança do direito*, porquanto confere positividade à ordem jurídica, impondo-se com obrigatoriedade por meio do estabelecimento de normas que vão reger a sociedade. Com isso, evita-se a atuação aleatória dos particulares e do Estado e, por consequência, começa a fechar o cerco para as injustiças.⁴³⁴ A existência de um ordenamento positivado já confere à sociedade um início de *segurança, ordem e certeza*, valores instrumentais para o alcance de uma ordem jurídica justa.⁴³⁵

Mas, se no Estado Legislativo a legitimação do Direito decorria apenas da autoridade que o produzia,⁴³⁶ hoje as atenções voltam-se ao seu conteúdo, pois só será legítimo se estiver em consonância com as normas consagradas em uma Constituição rígida elaborada pelo povo e na legislação nela fundada. Se é certo que se vive em um Estado sob o império do Direito, não é qualquer Direito dele emanado que poderá ser

⁴³² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.113.

⁴³³ “O Estado Constitucional constitui Estado de Direito e Estado Democrático. São os seus dois corações – as suas ‘duas grandes qualidades’. O Estado de Direito está alicerçado na igualdade, na segurança e na confiança. O Estado Democrático na liberdade e na participação. Várias exigências ressaem dessa base conceitual no que tange à organização do processo – que aí só pode ser encarado como um processo justo – e à organização do Poder Judiciário.” (MITIDIERO, Daniel. *Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil. Um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni*. Revista dos Tribunais, vol. 199, set/2011, p. 83.)

⁴³⁴ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. *Fórum Administrativo: Direito Público*. Belo Horizonte, v.6, n.59, p. 6653-6661, jan. 2006, pp. 6.653-6.654.

⁴³⁵ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. *Fórum Administrativo: Direito Público*. Belo Horizonte, v.6, n.59, p. 6653-6661, jan. 2006, p. 6.661.

⁴³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo*. vol. 1. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 56.

aceito como o estatuto jurídico que rege a sociedade moderna, pois o Estado constitucional estabelece algumas balizas que devem ser observadas como condição para a sua legitimidade.⁴³⁷ Entender o *Estado de Direito* como *Estado de Legalidade* constitui uma “redução deformante”, na feliz dicção de José Afonso da Silva,⁴³⁸ remetendo-nos a um paradigma próprio do século XVIII. Segundo Canotilho, a juridicidade estatal deverá ser constituída por um direito que esteja em sintonia com a ideia de *justiça*. *Estado de Direito justo* é aquele em que os direitos são observados, promovidos e, se necessário, protegidos; em que há uma divisão equânime dos direitos e deveres fundamentais; no qual se implemente um ambiente de justa distribuição dos bens jurídicos e de oportunidades de desenvolvimento para as pessoas; enfim, que esteja em sintonia com a promoção do bem-estar geral, respeitando o “espaço subjetivo de autonomia dos indivíduos”. De forma resumida, conclui o autor, a ideia de Direito deve caminhar lado a lado com o ideal de *justiça* no Estado constitucional, que se concretizará por meio da afirmação e do respeito aos princípios da *dignidade da pessoa humana*, da proteção da liberdade, do desenvolvimento da personalidade e da realização da igualdade.⁴³⁹

Conectando tais ideias aos fins do processo civil, começa a ficar clara a função de garante da ordem jurídica que desempenha. Se a existência de um Estado de Direito justo depende não só de uma ordem jurídica estruturada em consonância com os valores constitucionais, mas também de instrumentos para efetivação e proteção dos direitos, uma tutela jurisdicional eficiente ocupa papel de destaque na consecução de tais objetivos. Ademais, como o processo, a um só tempo, integra o ordenamento jurídico e está a serviço dele, não pode ser conformado e interpretado a partir de premissas diversas daquelas que regem todo o sistema jurídico. Assim, também o processo será regido pelos ideais de justiça que compõem o Estado constitucional, devendo promover na maior extensão possível os princípios da *dignidade da pessoa humana*, da proteção da liberdade, do desenvolvimento da personalidade e da realização

⁴³⁷ “E é também aqui que a segurança [*do direito*] pode harmonizar-se com o valor do justo, na medida em que a Constituição tem por missão assegurar a vigência e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, em que se centram todas as demais manifestações dos direitos fundamentais do homem.” (aditamento nosso) (SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica. Fórum Administrativo: Direito Público*. Belo Horizonte, v.6, n.59, p. 6653-6661, jan. 2006.)

⁴³⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.114.

⁴³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 244-245.

da igualdade. Enfim, o processo não cumprirá legitimamente os seus escopos se afastado dos princípios que estão na base do Estado constitucional.

Mas não se pode conceber nos dias atuais um Estado que renda homenagens apenas ao princípio do Estado de Direito. O Estado constitucional não se coaduna com um modelo em que a juridicidade rege a sociedade apenas por que engendrada pelo poder constituído. O princípio da soberania popular é um dos pilares mais importante do Estado constitucional, fazendo do elemento democrático instrumento de legitimação do poder e, por consequência, pressuposto de validade do Direito vigente.⁴⁴⁰ Essa é a razão pela qual o comando estabelecido constitucionalmente de que “todo poder emana do povo e em seu nome será exercido” deve iluminar todo o processo de exercício e organização do poder, desde a elaboração dos instrumentos normativos gerais e abstratos, até a criação das normas jurídicas individuais pela Administração e pelo Poder Judiciário.

Quando a CF/88 prevê, logo no art. 1º, que o Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, qualificando *o Estado* como democrático,⁴⁴¹ confere um claro conteúdo material ao sistema jurídico brasileiro, informando que toda a atuação do Estado, inclusive o direito (mas não só ele), deve ser guiada em observância ao elemento democrático. Atribui-se conteúdo ao Estado de Direito, proporcionando um norte seguro e de caráter inclusivo da soberania popular para o seu delineamento formal e substancial. “O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo”.⁴⁴²

Na conformação do princípio democrático, o primeiro elemento que se apresenta indispensável é a *liberdade*. Não é ocioso lembrar que a CF/88 conferiu especial destaque a esse valor, quando, no *caput* do art. 5º, dispositivo que inaugura os direitos e garantias fundamentais, consigna que a liberdade constitui direito inviolável dos brasileiros e estrangeiros residentes no país, demonstrando que nossa Constituição “é também e em primeira linha uma constituição da liberdade”. Foi positivado, portanto,

⁴⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 98.

⁴⁴¹ Ao contrário da Constituição Portuguesa, que consagra o princípio do *Estado de Direito Democrático*, consoante se observa no seu art. 2º: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”

⁴⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.119.

um direito geral à liberdade, primordialmente com o intuito de não dar margem a lacunas constitucionais quanto à sua proteção, se alguma das suas dimensões não tiver sido contemplada com uma regra específica. Se o homem é um ser essencialmente livre, a ideia de proteção da sua liberdade decorre da própria instituição do Estado de Direito, como instrumento necessário à harmonia social.⁴⁴³

Deve-se preservar a *liberdade (negativa ou de defesa)*, protegendo a sociedade de desmandos autoritários que violem o patrimônio jurídico das pessoas sem uma justificativa razoável para tanto. Trata-se da noção de liberdade difundida no Estado Liberal, momento em que se amadureceu a consciência da necessidade de um distanciamento do povo em relação ao Estado, impondo inúmeros limites à sua atuação, em respeito à esfera jurídica das pessoas. O momento histórico do florescimento de tais liberdades negativas é bastante elucidativo, porquanto o principal anseio da população era se livrar do autoritarismo dos governos absolutistas que não respeitavam o povo, fazendo com que fossem pensados mecanismos de blindagem da população contra o poder central. Pode-se visualizar com nitidez exemplos de comandos consagrados constitucionalmente que visam a dar concreção a tais liberdades, a exemplo do princípio da legalidade, da isonomia, da liberdade de expressão, das regras de inviolabilidade do domicílio, de proteção do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada etc. Trata-se de nítida consagração de direitos do cidadão que devem ser preservados quando do exercício do poder, consubstanciando o patrimônio jurídico mínimo das pessoas que se apõe como rígida baliza à atuação do Estado. O princípio democrático, na sua dimensão da liberdade, confere assim conteúdo aos direitos e garantias fundamentais prometidos pelo princípio do Estado de Direito, consubstanciando verdadeira “garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana”.⁴⁴⁴

O segundo elemento estruturante de um estado democrático é a *participação*, considerada aqui sob a vertente da efetiva possibilidade de as pessoas participarem do exercício do poder. Enquanto as liberdades negativas pressupunham um distanciamento da população em relação ao exercício do poder, aqui temos, ao contrário, uma aproximação participativa dos cidadãos na definição dos rumos a serem

⁴⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 429-431.

⁴⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.119.

seguidos pelo Estado.⁴⁴⁵ Trata-se do paradoxo constitutivo do Estado constitucional, pois, além de ser imprescindível a existência de tais limites ao exercício do poder, não se prescinde de uma ativa participação social na sua conformação e em todo o processo decisório. São, na verdade, posturas que se inserem em um círculo virtuoso, pois enquanto o povo estabelece quais são os limites à atuação do Estado, também é ele quem define como o poder será exercido em respeito a tais limites.

Pois bem, *juridicidade*, *liberdade* e *participação* são os elementos constitutivos do Estado constitucional, vetores que devem guiar toda a atuação estatal, seja na conformação do Direito, seja na sua aplicação. Se o Estado constitucional tem por fundamento tais premissas, o processo civil, que ocupa papel de destaque na sua proteção, deve ser pensado também com base em tais parâmetros. “Várias exigências ressaem dessa base conceitual no que tange à organização do processo – que aí só pode ser encarado como um processo justo – e à organização do Poder Judiciário.”⁴⁴⁶ Como a jurisdição é uma das mais importantes formas de exercício do poder, porquanto toca diretamente a vida das pessoas, não se pode conceber o seu exercício divorciado da juridicidade, do respeito ao exercício da liberdade e do direito de participação.⁴⁴⁷

Definidos os valores do Estado constitucional, é possível seguir no caminho de substanciação do modelo de processo que atende aos ideais contemporâneos e, portanto, que devem orientar a densificação da segurança processual. É o que será visto adiante.

3.2 Pressupostos teóricos da segurança jurídica processual

3.2.1 Premissas para a substanciação da segurança processual

Consoante referido linhas atrás, não se pode teorizar sobre a segurança jurídica processual sem um olhar atento para o ambiente cultural que se investiga,

⁴⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 99.

⁴⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. *Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil. Um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni*. Revista dos Tribunais, vol. 199, set/2011, p. 87.

⁴⁴⁷ “(...) só há efetiva participação cidadã no controle das atividades estatais quando há transparência com relação a resultados, a processos, a conteúdos e a responsabilidades.” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 215.)

constituindo tema dos mais sensíveis a variações de tempo e espaço.⁴⁴⁸ Determinados aspectos sociais e jurídicos são fundamentais para se definir qual o modelo de processo apto a conferir a necessária segurança aos cidadãos.⁴⁴⁹ Com base em tal pesquisa, será possível traçar parâmetros sobre como deve apresentar-se a conformação do procedimento, sua rigidez ou flexibilidade, bem como avaliar qual deve ser o papel do legislador, dos juízes e das partes neste mister.⁴⁵⁰

Para tanto, divide-se o estudo em duas seções, que, apesar de exercerem influências recíprocas, são claramente distinguíveis. Em primeiro lugar, analisa-se em que termos encontram-se as relações entre sociedade e Estado, a fim de especialmente investigar qual o grau aceitável de influência do Estado-juiz na condução do formalismo processual sem deficit de segurança. Em seguida, desenvolve-se o estudo sobre alguns aspectos da compreensão do direito e da relação entre o direito material e o direito processual, que refletirão na definição do processo justo.

3.2.2 Pressupostos sociais

3.2.2.1 Relação entre sociedade e Estado – a dignidade da pessoa humana

O primeiro aspecto social que merece reflexão é a relação entre a sociedade e o Estado, sendo necessário definir qual a postura que se espera do Estado perante o cidadão e, portanto, qual o grau de aceitação e a forma da sua interferência na liberdade das pessoas. Significativa, neste contexto, foi a passagem do modelo de Estado liberal para o Estado social, que ficou marcada na história pela necessidade de um Estado

⁴⁴⁸ Com semelhante preocupação no estudo da flexibilização procedimental: SANTOS, Igor Raatz dos. Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. Tese de doutorado, UNISINOS, 2016, p. 210.

⁴⁴⁹ “Certo, inequivocamente o direito processual civil contém uma estruturação técnica; essa constatação, no entanto, não elide o caráter cultural do próprio formalismo do processo, viés que acaba condicionando a eleição deste ou daquele caminho a seguir na organização do tecido processual.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26-27)

⁴⁵⁰ Muito interessante a pesquisa citada por Chase sobre uma comparação entre a sociedade americana e japonesa. Segundo o autor, as relações intersubjetivas no Japão se apresentam mais solidárias e hierarquizadas se comparadas aos Estados Unidos. E conclui: “Es evidente que estas diferencias de actitudes se reflejan en los respectivos ordenamientos jurídicos.” Voltando os olhos para o sistemas jurídicos destes países constata também significativas diferencias especialmente no sentido de que: “el sistema estadounidense favorece los procedimientos judiciales, mientras que los japoneses se inclinan hacia procesos no jurisdiccionales como la mediación y la conciliación.” (CHASE, Oscar G.. *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Trad. Fernando Martins Diz. Marcial Pons: Madrid, 2011, p. 179.)

menos omissa e mais presente na vida social e econômica, sendo considerado o grande responsável pela promoção do bem-estar dos cidadãos.⁴⁵¹

Os ideais liberais deflagrados especialmente pela revolução norte-americana (1776) e pela revolução francesa (1789), apesar de proporcionarem diversos avanços na história do pensamento político ocidental ao protegerem as liberdades individuais contra os arbítrios estatais,⁴⁵² fizeram eclodir uma reação dos ideais sociais, que fomentavam a necessidade de o Estado ter por missão interagir de perto com a sociedade civil, tutelando os cidadãos nos mais diversos setores da vida.⁴⁵³ A ideologia liberal circundava especialmente sobre o direito de propriedade, que devia ser protegida com vigor, sendo conferido o direito de participação no exercício do poder a uma restrita elite econômica e intelectual.⁴⁵⁴ O direito ao voto é um interessante termômetro sobre a participação do povo na gestão da coisa pública, que evoluiu juntamente com a noção de cidadania, a passos lentos, especialmente a partir do século XX. Prevalencia, portanto, a ideia de um Estado distante da vida social e econômica e gerido por uma elite minoritária.⁴⁵⁵

Os problemas decorrentes da excessiva omissão do Estado fizeram com que a sua relação com a sociedade começasse a mudar, especialmente a partir da primeira grande guerra. Inicia-se, então, a virada de página da história, desde um *Estado abstencionista* para um *Estado assistencialista*, preocupado com as questões socioeconômicas. O Estado assume a regulação da economia, e até mesmo passa a atuar diretamente nela, e se preocupa em prover os cidadãos quanto às suas necessidades básicas.⁴⁵⁶ Tal movimento ocasionou uma hiperinflação dos poderes estatais e, em alguma medida, uma limitação da esfera individual dos cidadãos, passando o Estado a ditar quais os melhores rumos para a vida civil, um Estado paternalista que exclui o cidadão do processo decisório.⁴⁵⁷ Não se pode desconsiderar, ademais, que o século XX foi marcado por inúmeros governos autoritários, o que apenas ratifica o aumento do

⁴⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 57-62.

⁴⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 99-100.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 101.

⁴⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 58-59 e 202.

⁴⁵⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 15-26.

⁴⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 117.

⁴⁵⁷ “Estado social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 203)

poder estatal e enfraquecimento do cidadão.⁴⁵⁸ O ideal democrático apresentava-se ainda bastante tímido, contentando-se com o direito, por vezes limitado, de eleger os representantes por meio do voto popular.

Não é isso, porém, o que se espera do Estado contemporâneo.⁴⁵⁹ A evolução da ideia de cidadania proporcionou verdadeira reconfiguração da noção de democracia.⁴⁶⁰ O Estado deve respeitar a liberdade, não mediante simples omissão, mas por meio da garantia de condições ao seu pleno exercício. Um Estado provedor do bem-estar social, com o fim de possibilitar plenas condições do exercício da cidadania e da liberdade, devendo conferir condições ao desenvolvimento das pessoas.⁴⁶¹ A relação entre sociedade e Estado evoluiu bastante, não sendo mais aceitável o apequenamento do cidadão frente ao exercício do poder. Cada vez é maior a consciência dos valores democráticos e, portanto, a exigência de respeito à participação popular na definição dos rumos estatais e à liberdade do cidadão.⁴⁶² A consensualidade está cada vez mais presente nas relações entre o estado e o indivíduo.⁴⁶³ Segundo Aury Lopes: “A democracia é um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado e que se manifesta em todas as esferas da relação Estado-indivíduo.”⁴⁶⁴

⁴⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 118.

⁴⁵⁹ Segundo Sarmento, “o Estado Social, na sua vertente democrática, não é outra coisa senão uma tentativa de composição e conciliação entre as liberdades individuais e políticas e os direitos sociais (...)” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 20.)

⁴⁶⁰ A nota Barroso que a democracia, ou melhor, o constitucionalismo democrático, “é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular; e um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais.” (BARROSO, Luís Roberto. “Democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos.” *Direito tributário*. MACHADO, Hugo de Brito *et al* (coord.) São Paulo: Atlas, 2014, p. 127.)

⁴⁶¹ “Porém, nessa nova conjuntura, o princípio da segurança jurídica vem relacionado a outro tipo de confiança, a outra lógica da confiança: não apenas confia-se na inação estatal, a fim de não perturbar o espaço da livre-iniciativa econômica; confia-se também na racionalização do poder do Estado e na sua ação, tendo em vista o interesse (que é social e coletivo, e não meramente individual) no livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos.” (Martins-Costa, Judith. “A Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre os Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança.” *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004, p. 112.)

⁴⁶² “Já vimos que o regime democrático é uma garantia geral da realização dos direitos humanos fundamentais. Vale dizer, portanto, que é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. (...) Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 236.)

⁴⁶³ “O Estado incitador propõe políticas públicas, diretrizes a serem alcançadas pela ação pública ou privada, numa relação que não é mais de subordinação, mas de coordenação e cooperação, falando-se então em consensualidade nas decisões administrativas.” (Martins-Costa, Judith. “A Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre os Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança.” *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004, p. 115.)

⁴⁶⁴ LOPES JR. Aury. *A Instrumentalidade garantista do processo penal*. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9E6->

É crescente, pois, a consciência de que entre as principais manifestações da dignidade da pessoa humana estão o respeito à autonomia das pessoas e a democratização do exercício do poder. Barroso assinala que, ao lado da vida, da igualdade e da integridade física e psíquica está a autonomia das pessoas, que possibilita aos indivíduos fazer valorações escolhas sem interferências externas indevidas.⁴⁶⁵ O Estado deve funcionar, pois, a serviço do cidadão e em respeito a ele. E se isso procede, o ideal de segurança dos cidadãos frente ao Estado muda de perspectiva. A segurança da sociedade depende não apenas de um Estado ativo e promotor do bem-estar, mas também que cada vez mais seja inclusivo dos cidadãos no seu poder decisório e respeite a liberdade das pessoas.⁴⁶⁶

3.2.2.2 A independência e a responsabilidade do Judiciário

Outro aspecto que merece luzes ao se teorizar sobre a segurança jurídica processual é a relação de confiança que a sociedade estabelece com o Poder Judiciário. Nos países em que os membros do Judiciário não são escolhidos pelo voto popular, o respeito e o sentimento de segurança resultante da sua atuação decorrem, em grande

MHkyF90J:<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/instrumentalidade-garantista-do-processo-penal-aury-lobes-jr.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>, p. 11. Acesso em 18/11/2016.

⁴⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos.” *Direito tributário*. MACHADO, Hugo de Brito *et al* (coord.) São Paulo: Atlas, 2014, p. 128.

⁴⁶⁶ “A dignidade da pessoa humana constitui ‘qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana’ e funciona ao mesmo tempo como ‘valor-fonte do ordenamento jurídico’, fundamento e medida do Estado de Direito e de inúmeros direitos fundamentais. No que agora interessa, a colocação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado constitucional impõe como “tarefa” para a doutrina a realização de uma teorização do direito a partir da pessoa humana e não a partir do Estado. Dito de outro modo, o reconhecimento da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica revela que o Estado “é uma organização política que serve o homem” e que, portanto, “não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios”. Daí que, “consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1.º, III, da CF (LGL\1988\3)), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”. Vale dizer: constitui a “pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”. (...) “A dignidade da pessoa humana – posta como fundamento do Estado Constitucional e como critério de legitimidade substancial de toda a ordem jurídica – obviamente repele qualquer perspectiva estatalista do processo civil. Sendo o Estado Constitucional um meio para realização dos fins da pessoa humana, é evidente que o processo civil nele ambientado só pode ser encarado a partir de uma perspectiva nela centrada. Qualquer teoria que veja como fim do processo civil a aplicação da Gesetzewillens, da volontà concreta della legge ou do diritto oggettivo está em óbvio descompasso com os compromissos sociais da nossa Constituição.” (MITIDIERO, Daniel. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional”. *Revista de Processo*, vol. 229/2014, p. 51 – 74, Mar/2014, p. 56 e 63.)

medida, da independência e da responsabilidade dos juízes.⁴⁶⁷ Esses dois vetores são fundamentais para conectar o Judiciário aos valores democráticos, devendo a sua organização e funcionamento estarem voltados a tais fins.⁴⁶⁸ Quanto maiores forem sua independência e responsabilidade, incrementada será sua atuação democrática e, por consequência, a aptidão de conferir segurança à sociedade.⁴⁶⁹ Constitui, inclusive, um dos princípios processuais transnacionais, identificados por um dos mais abrangentes estudos de direito comparado,⁴⁷⁰ a necessidade de um juiz independente de influências internas e externas, como requisito inafastável para a sua imparcialidade. A independência, como requisito objetivo, e a imparcialidade, requisito subjetivo, são elementos fundamentais para a aproximação de um ideal de justiça processual.⁴⁷¹ Na mesma linha, o Tribunal Europeu de Direito Humanos considera uma característica fundamental do processo justo que os julgamentos sejam realizados por tribunais independentes e imparciais.⁴⁷²

Olhando para a história, uma das bandeiras da Revolução Francesa foi a redução dos poderes dos juízes, justamente para evitar arbitrariedades e garantir o isonômico tratamento às partes, conferindo-lhes as mesmas oportunidades postulatórias e de avaliação das suas alegações. Ou seja, foram reduzidos os poderes judiciais diante da desconfiança social que havia em relação à figura do juiz. A pluralidade de fontes normativas, a escassez de parâmetros de julgamento, as reduzidas garantias de imparcialidade e o comprometimento dos magistrados com a realeza conduziram a um acentuado desgaste judicial.⁴⁷³ Neste contexto, difícil pensar em segurança social

⁴⁶⁷ Expondo o difícil ponto de equilíbrio entre essas duas garantias: CARPI, Frederico. “Responsabilità del giudice e pubblicità processuale.” *Garanzie processuali o responsabilità del giudice*. Org. Vincenzo Ferrari. Milano: Franco Angeli Editore, 1981, p. 71.

⁴⁶⁸ “A independência do juiz, ao revés, é a que importa a garantia de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também implica a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 88.)

⁴⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Em <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200008>, acessado em 03 de junho de 2016.

⁴⁷⁰ Trata-se de estudo realizado por ALI (American Law Institute) e UNIDROT (International Institute for the Unification of Private Law), com o objetivo de identificar um conjunto de regras e princípios comuns que devem ser aplicados globalmente, proporcionando segurança para os jurisdicionados por meio de processos justos. Tal estudo está publicado como *Principles of Transnational Civil Procedure*. New York, Cambridge University Press, 2006.

⁴⁷¹ Em *Principles of Transnational Civil Procedure*. New York, Cambridge University Press, 2006, p. 18.

⁴⁷² MILIONE, Ciro. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudência del tribunal europeo de derechos humanos*. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 67.

⁴⁷³ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 103.

quando o julgador não reúne as garantias necessárias de imparcialidade para a prolação de decisões justas.⁴⁷⁴ Em busca de segurança para os jurisdicionados, reduziram-se os poderes judiciais, conferindo ao juiz um papel passivo na condução do processo e praticamente nulo na atividade interpretativa. Sua função era de mero aplicador das normas editadas pelo parlamento.⁴⁷⁵ As ideias de Montesquieu, no sentido de que a liberdade só será garantida se o poder de julgar for separado dos poderes legislativo e executivo, ainda ressoam ao estudarmos o contexto em que se deu a revolução de 1789.⁴⁷⁶

Na história da Justiça brasileira, houve um tempo em que o Judiciário era excessivamente vinculado ao Executivo, sendo este quem concedia vantagens pecuniárias, remoções, honrarias etc., exercendo assim forte influência na sua atividade. A partir de 1832, os juízes de direito eram nomeados pelo Imperador, gozando de vitaliciedade, mas não de inamovibilidade, de maneira que não era possível separar os interesses da magistratura dos interesses políticos.⁴⁷⁷ Mesmo com as garantias conferidas à magistratura com a Constituição republicana e com as reformas constitucionais de 1926, ainda havia forte influência do Executivo, especialmente sobre os juízes temporários. Até 1934, não havia concurso para juízes federais, tampouco para estaduais. Os concursos que foram sendo criados pelos Estados eram meramente habilitadores, não prescindindo da livre indicação política.⁴⁷⁸ O Chefe do Executivo detinha significativa ascensão perante o Judiciário, o que maculava a sua independência e, por consequência, a segurança que transmitia à sociedade.⁴⁷⁹

Mas se esse foi o sentimento de segurança que estava presente até o século XIX, não se pode dizer que a relação da sociedade com o Judiciário ainda seja esta. Se é

⁴⁷⁴ “A delegação do monarca, no antigo regime, fazia dos operadores prepostos do rei. A delegação era pressuposto de um exercício da judicatura por consenso do governante.” (LUZ, Américo. *A independência da magistratura*. Boletim dos procuradores da República, v. 2, n. 16, p. 3-4, ago. 1999, p. 4.)

⁴⁷⁵ “Com a separação entre teoria e prática, as classes dominantes conseguiram dois resultados significativos: (a) sujeitaram os magistrados aos desígnos do poder, impondo-lhes a condição de servos da lei; e (...) (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 36.)

⁴⁷⁶ LUZ, Américo. *A independência da magistratura*. Boletim dos procuradores da República, v. 2, n. 16, p. 3-4, ago. 1999, p. 3.

⁴⁷⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.306.

⁴⁷⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 350.

⁴⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Em <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200008>, acessado em 03 de junho de 2016.

verdade que ainda podemos avançar, a exemplo da alteração da forma de escolha dos juízes dos tribunais superiores, muito se evoluiu em termos de garantias de imparcialidade e controle, especialmente com a sua desvinculação aos interesses dos demais Poderes do Estado.⁴⁸⁰ O Poder Judiciário brasileiro atualmente conta com autonomia financeiro-administrativa, garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, bem como foi instituído o Conselho Nacional de Justiça para aumentar a fiscalização sobre sua atuação.⁴⁸¹ Para além disso, há um amplo sistema recursal na Justiça brasileira, podendo ser arrostadas praticamente todas as decisões prolatadas. Ou seja, proliferam-se instrumentos de independência e controle no Judiciário brasileiro, o que contribui decisivamente para uma maior confiança dos cidadãos na atividade dos juízes.⁴⁸²

Analisando a história do formalismo processual, Alvaro de Oliveira registra que é corrente nos distintos estágios evolutivos do processo civil a variação entre o crescimento e a intensidade do poder e arbítrio judicial e o formalismo processual, seu principal fator de contenção. Assim, somente com o “exercício mais maduro da cidadania, de conscientização interna para o uso mais adequado do poder e da conquista de uma relativa independência do Poder Judiciário, poderão mudar essa escala entre um e outro fator, quase constante em épocas mais atrasadas.”⁴⁸³

O que se percebe, portanto, é que o amadurecimento institucional do Poder Judiciário, no decorrer do século XX, proporcionou maior confiança social que, logicamente, deve influenciar na segurança jurídica processual.⁴⁸⁴ Há, portanto, sólidos

⁴⁸⁰ “L’affermazione della indipendenza interna e la eliminazione del principio gerarchico è una conquista non solo nell’interesse del magistrato, ma anche per il cittadino.” (CARPI, Frederico. “Responsabilità del giudice e pubblicità processuale.” *Garanzie processuali o responsabilità del giudice*. Org. Vincenzo Ferrari. Milano: Franco Angeli Editore, 1981, p. 72.)

⁴⁸¹ Para uma interessante análise crítica sobre a necessidade de controle do Judiciário: FONSECA, William Lopes da. “O controle social do poder judiciário, a independência da magistratura e o caráter político da função jurisdicional.” *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 841, p. 87-117, nov. 2005, *passim*.

⁴⁸² Em sentido contrário: CIPRIANI, Franco. “Il processo civil italiano tra efficienza e garanzie.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 04/2002, p. 1.243-1.261, p. 1.252.

⁴⁸³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

⁴⁸⁴ Chiovenda já alertava para os riscos em atribuir grandes poderes aos juízes nas sociedades em que os cidadãos não confiam na sua magistratura: Chiovenda, Giuseppe. “Le forme nella difesa giudiziale del diritto.” *Saggi di diritto processuale civile*. vol. I. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 371.

fundamentos a justificar maior credibilidade do Poder Judiciário, o que justifica a possibilidade de lhe conferirem maiores poderes sem deficit de segurança.⁴⁸⁵⁻⁴⁸⁶

3.2.3 Pressupostos jurídicos

3.2.3.1 A eficácia direta e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais

O primeiro aspecto jurídico que merece ser enfrentado diz com a postura do operador do direito frente ao catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.⁴⁸⁷ Se, antigamente, deveria o juiz simplesmente aplicar a letra fria da lei, jungido quase que integralmente à sua interpretação literal (*dura lex sed lex*), exercendo os princípios constitucionais uma mera eficácia moral, sem propriamente um conteúdo jurídico, o cenário normativo, sobretudo a partir da segunda guerra mundial, mudou significativamente.⁴⁸⁸ Diante deste triste capítulo da história da humanidade, verificou-se a necessidade da criação de declarações para a proteção dos direitos humanos, que deveriam ser respeitados e observados pelas nações no período pós-guerra.⁴⁸⁹ Trata-se de verdadeiras balizas que devem ser observadas no exercício do poder, o que foi gradativamente incorporado nas mais diversas Constituições, a exemplo da Constituição de Bonn (1949), Constituição italiana (1947), portuguesa (1976), espanhola (1978) e brasileira (1988).

Desde então, desenvolveu-se uma nova concepção do papel dos direitos fundamentais constitucionais, deixando de desempenhar uma função meramente supletiva de lacunas legislativas, para agregar normatividade direta sobre todas as

⁴⁸⁵ Ainda Chiovenda, mas agora no *Principii*, trata especificamente nos poderes judiciais de definição do procedimento, vinculando sua extensão à proporção da confiança que os cidadãos têm no Poder Judiciário: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980, p. 664.

⁴⁸⁶ Vale lembrar as palavras de Calmon de Passos sobre o que espera da magistratura contemporânea: “Superação do mito da neutralidade do juiz e do seu apoliticismo, institucionalizando-se uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada, mediadora confiável tanto para solução dos conflitos individuais como dos conflitos sociais que reclamem e comportem solução mediante um procedimento contraditório, em que a confrontação dos interesses gere as soluções normativas de compromisso e conciliação dos contrários.” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “Democracia, participação e processo.” *Participação e processo*. DINAMARCO, Cândido Rangel *et al.* (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 95.)

⁴⁸⁷ E não só na Constituição. Vide art. 5º, §2º, da CF/88: “§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁴⁸⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992, p. 38. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 50-51.

⁴⁸⁹ PICÓ I JUNOI, Juan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado.” *Cuestiones Jurídicas Revista de Ciências Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. VI, n. 1, jan.-jun./2012, p. 11-31, p. 13.

demais normas do ordenamento jurídico.⁴⁹⁰ A aplicação formal das leis cede espaço para a sua interpretação por meio do filtro constitucional, seja para negar-lhe aplicação por inconstitucionalidade, seja para definir o seu conteúdo normativo diante de uma interpretação conforme a Constituição.⁴⁹¹ Ademais, a CF/88, de maneira inédita no Brasil, previu no art.5º, §1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, que significa dizer que não se pode negar a sua aplicação a pretexto de omissão legislativa, tendo por “finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora”.⁴⁹²

Para além da *dimensão subjetiva*, que confere aos jurisdicionados o direito de reivindicar ao Estado a proteção da sua esfera jurídica, os direitos fundamentais possuem também uma *dimensão objetiva*, consagrando valores maiores que orientam o conteúdo de toda a ordem jurídica, uma eficácia pervasiva, impondo limites e balizas aos operadores do direito.⁴⁹³ Não se trata, pois, apenas de direitos de defesa dos cidadãos, visão insuficiente da normatividade constitucional, mas de direitos a prestações positivas a permitir que as liberdades sejam desfrutadas mediante um agir do Estado. “Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário.”⁴⁹⁴ Os direitos fundamentais espraiam, assim, sua normatividade tanto para os cidadãos, conferindo-lhes diretamente direitos em face (especialmente) do Estado, bem como orientam como os poderes estatais devem atuar e se organizar em respeito à fundamentalidade constitucional.

Ao que particularmente nos interessa, tal dimensão objetiva dos direitos fundamentais contribui para aquilo que os constitucionalistas vêm tratando como “direito à organização e ao procedimento”, que consiste na necessidade de o Estado colocar à disposição dos cidadãos órgãos, setores ou repartições administrativas (direito à organização), bem como possibilitar a plena fruição dos direitos e garantias

⁴⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 273 e seg.

⁴⁹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992, p. 39.

⁴⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 271.

⁴⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 524 e seg.

⁴⁹⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106.

processuais (direito ao procedimento).⁴⁹⁵ É o que perfilha Canotilho quando aduz que “o exercício das funções públicas está sujeito a um *iter* procedimental juridicamente adequado à garantia dos direitos fundamentais e à defesa dos princípios básicos do Estado de direito democrático.”⁴⁹⁶

No particular, manifesta-se com bastante evidência a importância do processo civil num Estado de Direito como penhor da funcionalidade de todo o ordenamento. Sem um processo adequado à proteção dos mais diversos direitos previstos pelo legislador, especialmente pelo legislador constitucional, ao invés de direito haverá apenas promessas que poderão ou não ser cumpridas. Assim, a eficácia normativa de toda a Constituição possui como condição a existência de mecanismos que a amparam e a viabilizam, a exemplo das garantias processuais, que preservam e afirmam as normas constitucionais.⁴⁹⁷

Tais câmbios implicam óbvias consequências para o direito processual, especialmente no Brasil, em que o Constituinte disciplinou de maneira minuciosa os direitos fundamentais processuais, que passaram, assim, a lançar normatividade sobre todo o ordenamento. Os agentes estatais são, pois, conduzidos na sua atuação legislativa e judicial pelas garantias do contraditório, ampla defesa, isonomia, acesso à justiça, tempestividade, publicidade, fundamentação das decisões judiciais, respeito à coisa julgada etc. Tais garantias fundamentais têm ao mesmo tempo um poder bloqueador e propulsor, porquanto impeditivas de atos praticados ao seu arrepio e orientadoras à promoção de um processo judicial que as densifique adequadamente.⁴⁹⁸

A noção de segurança jurídica processual reage, portanto, a esta nova configuração jurídica, seja para se adaptar a um sistema que não está aprisionado nos limites das disposições legais, seja para estabelecer parâmetros de atuação dos juízes na tarefa de densificação dos preceitos constitucionais.⁴⁹⁹ Todo o estudo sobre o

⁴⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 8.

⁴⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 545.

⁴⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

⁴⁹⁸ Nas palavras de Alvaro de Oliveira, o Estado “tem uma obrigação (negativa) de se abster de ingerências no âmbito protegido pelos direitos fundamentais, como também uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo que sirva para a realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não diga respeito a uma pretensão subjetiva dos cidadãos. Nesse quadro se insere a mudança de perspectiva por que vem passando o fenômeno processual dos tempos atuais.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 84.)

⁴⁹⁹ Alexy demonstra preocupação quanto à indeterminação dos princípios, postulando a necessidade de parâmetros para a sua aplicação: “A adoção de princípios de nível máximo de abstração tem vantagens e

formalismo processual deve ser feito com atenção a esta realidade, de maneira que as disposições normativas sobre o procedimento não sejam um óbice à concreção dos superiores mandamentos constitucionais. Por isso que se diz que, sob o prisma interno da conformação processual, o procedimento nada mais representa do que o balanceamento entre os princípios constitucionais, devendo as leis infraconstitucionais ser vistas como normas constitucionais concretizadas ou densificadas.⁵⁰⁰ E se as balizas procedimentais estabelecidas abstratamente pelo legislador não podem se sobrepor aos ditames constitucionais, é evidente que um diverso modelo processual deve ser considerado para atender a esta realidade normativa. Há, portanto, uma nova concepção do direito e, em especial, do direito processual.⁵⁰¹

3.2.3.2 Relação entre direito material e processo

A posição do processo frente ao direito material constitui relevante dado de análise para a conformação de um procedimento que confira a almejada segurança jurídica. Para tanto, devemos responder à pergunta sobre como as diversas espécies de relações materiais devem ser tratadas procedimentalmente para que o processo constitua um instrumento idôneo à tutela dos direitos.⁵⁰²

Na fase metodológica do cientificismo, em que a preocupação estava ancorada na afirmação do processo como ciência autônoma porquanto versava sobre relação jurídica distinta da relação de direito material, o processo foi estruturado sem maiores preocupações com a sua efetividade e adequação, mas essencialmente em ter um desenho uniforme e previsível, formado por fases com funções bem específicas, visando a uma purificação em relação ao direito material.⁵⁰³ Nesta configuração, a isonomia estava garantida, pois todas as relações seriam tratadas sem distinções,

desvantagens. As vantagens residem na sua flexibilidade. Eles são aplicáveis como pontos de partida para fundamentações dogmáticas das mais variadas exigências estruturais e substanciais no âmbito dos direitos fundamentais, em todos os campos dos sistemas jurídicos. Sua desvantagem é sua indeterminação. Eles incentivam uma das formas mais obscuras de fundamentação jurídica, a ‘dedução’ ou ‘derivação’ de conteúdos concretos a partir de princípios abstratos.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 527-528.)

⁵⁰⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 139-340.

⁵⁰¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992, p. 39.

⁵⁰² BERIZONCE, Roberto Omar. *Tutelas procesales diferenciadas*. Santa Fe: Rubizal-Culzuni, 2009, p. 16-17.

⁵⁰³ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 164.

inclusive procedimentais. A segurança encontrava o seu porto seguro na rigidez do procedimento e no tratamento uniforme da maioria das demandas.⁵⁰⁴

Contudo, o desenvolvimento que o Direito processual experimentou especialmente na segunda metade do século XX proporcionou uma distinta perspectiva de tratamento do direito material. A propósito, os estudos de Proto Pisani na década de 1970 são sempre lembrados como importante marco histórico na consolidação e desenvolvimento de tais ideias.⁵⁰⁵ Amadurecida a noção de que a relação jurídica processual era distinta da relação material, percebeu-se que o distanciamento entre processo e direito material era nocivo à adequada tutela dos direitos. O procedimento, antes visto como algo neutro e indiferente ao objeto litigioso da demanda, deveria ser estruturado em função das peculiaridades do caso concreto submetido à apreciação judicial.⁵⁰⁶ Desta forma, o processo não poderia mais ser tratado como um fim nele mesmo, mas sim como instrumento a uma idônea tutela do direito material, devendo ser pensado e conformado visando a um tratamento mais aderente possível às peculiaridades do direito material.⁵⁰⁷ Consoante anota Berizonce, “no cabe admitir, especialmente en el Estado constitucional de justicia, que el proceso civil vaya a desligarse del papel que el Derecho material e los derechos fundamentales desempeñan en la sociedade.”⁵⁰⁸

Ademais, é de se acrescentar que a relevância da relação entre direito e processo apresenta-se ainda diante da percepção de que o processo nada mais é do que um instrumento redutor de complexidade do direito, que visa à produção de normas jurídicas. Assim, não só o produto condiciona o processo, mas também o processo

⁵⁰⁴ TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad oggi* cit., p. 167-177 e 265-266.

⁵⁰⁵ PROTO PISANI, Andrea. “Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro.” *Studi di diritto processuale del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1977. PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 34, n. 4, 1979.

⁵⁰⁶ “Autonomia não é antinomia. Os campos, ramos ou departamentos em que se distribui a ciência jurídica não são estanques e incomunicáveis; ao contrário, interpenetram-se e mutuamente se influenciam. (...) Para sustentar-se a autonomia do Direito Processual não é necessário negar-lhe o caráter instrumental que todos lhe reconhecem. (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Justificação teórica dos procedimentos especiais”, abril/1994, *in* [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%20C3%83%20ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%20C3%83%20ADcio(3)formatado.pdf), acesso em 15 de dezembro de 2016.)

⁵⁰⁷ Francesco Carnelutti, em 1958, já identificava com clareza tal necessidade de aproximação entre direito e processo, tratando do fenômeno como “princípio de elasticidade”: “Al problema della direzione del procedimento si collega quello della adeguazione del procedimento alle esigenze della lite.” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 156.)

⁵⁰⁸ BERIZONCE, Roberto Omar. *Tutelas procesales diferenciadas*. Santa Fe: Rubizal-Culzuni, 2009, p. 16.

condiciona o produto.⁵⁰⁹ Como o direito não é algo pronto e acabado pela atividade legislativa, a aproximação entre direito e processo manifesta importância na necessidade de uma adequada estruturação processual, a fim de evitar uma equivocada ou arbitrária definição de normas jurídicas concretas ou mesmo de precedentes judiciais.⁵¹⁰ Este é um ponto por demais interessante da relação entre direito e processo ainda pouco explorado pela doutrina: perceber o quão relevante é a conformação do procedimento para a estruturação de um ambiente normativo efetivamente democrático, que densifique o acesso substancial à justiça, sobretudo mediante a participação e respeito à liberdade dos jurisdicionados. Em um Estado Democrático de Direito, a legítima reconstrução das normas jurídicas por meio do processo depende de um procedimento adequadamente estruturado para atender às necessidades de tutela dos casos concretos.

Diante de tais percepções, operou-se um reencontro teleológico entre direito material e direito processual, consolidando a necessidade de ambos caminharem lado a lado.⁵¹¹ Para que o processo cumpra com eficiência as suas finalidades e constitua um idôneo instrumento de acesso substancial à justiça, há de se adaptar às peculiaridades da relação material.⁵¹² “Para chegar a essas ideias, foi preciso, sem a mínima transigência quanto à autonomia do processo perante o direito material, aceitar a tese da ‘relativização do binômio substância-processo’.”⁵¹³

A segurança jurídica processual, neste contexto, passa a ser assegurada por meio de um processo apto a conferir um tratamento específico às necessidades dos casos concretos. A confiança dos jurisdicionados no processo, como instrumento eficiente às necessidades de tutela dos direitos, depende, pois, de um procedimento que se mostre aderente às peculiaridades das relações materiais postas em juízo.⁵¹⁴

Todavia, assentadas tais lições, começou-se a perceber que o projeto seria de difícil concretização, diante da absoluta incapacidade do legislador em prever todas

⁵⁰⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal.” *Revista de Processo*, vol. 102/2001, p. 55-67, abr.-Jun./2001.

⁵¹⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal.” *Revista de Processo*, vol. 102/2001, p. 55-67, abr.-Jun./2001.

⁵¹¹ Denti, Vittorio. *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazione. Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1982, p. 11.

⁵¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 65.

⁵¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 366.

⁵¹⁴ Identificando o procedimento comum como excepcional, priorizando-se sempre o procedimento adaptado: “Por isto, a adoção do procedimento ordinário, prevista no Código de Processo Civil, deve ser a exceção, não a regra, e ser utilizado tão somente quando não houver, no ordenamento jurídico, outros instrumentos processuais mais adequados à realização do direito material.” (CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.” *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44, p. 28.)

as situações materiais possíveis que demandarão um tratamento processual diferenciado, estabelecendo, prévia e abstratamente, um rito apropriado à tutela dos direitos.⁵¹⁵ Por tal razão, e considerando que o direito fundamental de acesso à justiça depende da referida aproximação entre direito material e processo, ou seja, da aderência da conformação processual à relação jurídica material submetida ao Judiciário, foram necessários novos estudos sobre o formalismo processual para dar respostas a tais contingências. Desenvolvem-se, então, os estudos sobre a flexibilização processual.

3.2.3.3 A posição do juiz e das partes no processo

Importante elemento que deve ser investigado na teorização sobre a segurança jurídica processual é o papel que as partes e o juiz devem desempenhar no processo civil contemporâneo. Qual a compreensão moderna sobre o nível de participação dos jurisdicionados no exercício do poder estatal e sobre a extensão dos poderes judiciais no processo? Tal resposta é fundamental para uma adequada estruturação do formalismo processual.⁵¹⁶

O século XX, especialmente, foi marcado por profundas discussões sobre o papel que os sujeitos processuais devem ocupar no processo, o que dividiu a doutrina em dois grupos, por vezes bastante apaixonados, que pautaram as discussões sob o maniqueísmo *ideológico* do liberalismo ou socialismo processual; *principiológico* do processo dispositivo (adversarial) ou inquisitivo (não-adversarial); quanto à *natureza* pública ou privada do processo; ou quanto à *postura* ativista ou garantista do juiz.⁵¹⁷ Esta polarização acabou por obscurecer para os adeptos de certa concepção as qualidades existentes na concepção oposta, o que, em alguma medida, prejudica o

⁵¹⁵ CAPONI, Remo. “Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição.” *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Trad. Michele Pedrosa Paumgarten. Ano 10, vol. 17, n. 2. Jul. a Dez./16, p. 531-549, p. 547.

⁵¹⁶ “(...) questo è il sommo problema che divide la dottrina moderna e le legislazioni, essendosi il regolamento austriaco posto risolutamente sulla via della estensione dei poteri del giudice; mentre il germanico è rimasto sulla riva opposta; mentre noi abbiamo pur fatto un piccolo passo colle recenti riforme per elevare la funzione del magistrato nel processo civile, ma un passo timido e quasi inconsapevole. Ma, o signori: è questo un problema di diritto processuale, o non è forse l’intero problema del rapporto fra lo Stato e il cittadino, trasportato nel campo del processo civile? Non è l’eterno conflitto fra la libertà individuale e i poteri pubblici? Non è l’eterna incertezza sui confini della funzione dello Stato?” (Chiovenda, Giuseppe. *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Roma: Foro Italiano, 1930. vol. I, p. 391-392).

⁵¹⁷ Construção semelhante: ABREU, Rafael. “‘Customização processual compartilhada’: o sistema de adaptabilidade do novo CPC.” *Revista de Processo*, vol. 257/2016, p. 51-76, jul./2016.

desenvolvimento da ciência processual.⁵¹⁸ Investigando a produção literária sobre o tema, é necessário fazer um balanço das virtudes de cada posição e construir um modelo de processo civil que esteja em harmonia com o ambiente cultural do Estado constitucional.⁵¹⁹

Sob forte influência da ZPO austríaca de 1895, tributária dos estudos de Franz Klein, setores do direito processual europeu, trazendo a reboque o direito brasileiro,⁵²⁰ experimentaram uma hiperinflação dos poderes judiciais no processo civil, sob o fundamento de que um juiz mais ativo era fundamental para que o processo civil alcançasse as suas finalidades públicas.⁵²¹ O processo então foi marcado por uma significativa assimetria entre os sujeitos processuais, ocupando o juiz um papel de proeminência e reservando às partes uma posição bastante limitada quanto à participação e ao exercício da liberdade. Tal fenômeno é encontrado sob diversos rótulos, por vezes como um avanço do princípio inquisitivo, uma valorização da natureza pública do processo, uma preocupação com um processo civil mais social etc.⁵²²

Tal movimento, contudo, encontrou pouco eco no Direito francês, que erigiu seu ordenamento processual sob bases liberais, conferindo significativos poderes para as partes e limitações à atuação judicial. O Direito processual francês acabou, portanto, tornando-se um importante contraponto às concepções socializantes do

⁵¹⁸ Para uma ampla noção da discussão, vide: MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant la Blanch, 2006.

⁵¹⁹ TROCKER, Nicolò. “Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa.” *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. SCARSELLI, Giuliano (org.). Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2010, p. 176-177. DIDIER JR., Fredie. “Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo.” *Revista de Processo*, vol. 36, n. 198, 2011, p. 213-225.

⁵²⁰ O CPC de 1939 é um bom exemplo da ampliação dos poderes judiciais na condução do processo, da alteração do sistema de provas, da redução dos recursos. (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.358. PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 187. OLIVEIRA, Carlos)

⁵²¹ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoria general e historia del proceso*. Tomo II. México: UNAM, 1974, p. 23.

⁵²² Barbosa Moreira explica com interessante metáfora: “Se cabe ver no litígio uma como enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”. *Temas de direito processual civil – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-46.)

processo, em atenção à necessidade da participação dos cidadãos no exercício do poder e de respeito às suas liberdades.⁵²³

Não obstante os diversos acertos e avanços que a concepção publicista do processo proporcionou à Justiça Civil,⁵²⁴ é difícil sustentar que tamanha ascensão do Estado sobre as partes no exercício da jurisdição reflita o ideal de um processo seguro do Estado contemporâneo. Se essa foi uma vertente que influenciou diversos ordenamentos na maior parte do século XX, atualmente o desenvolvimento doutrinário e legislativo devem seguir em um caminho evolutivo. Diante da percepção de que o Estado Democrático de Direito deve ser entendido em função do indivíduo (tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana); que os seus fins principais são a promoção da liberdade e da igualdade;⁵²⁵ que a democracia processual tem que se promovida por meio do amplo direito de participação dos cidadãos no exercício de poder do Estado; que apesar de a jurisdição ser uma função pública, deve ser exercida com respeito ao exercício da liberdade dos cidadãos; emergiu a noção de que as partes não poderiam ocupar uma posição passiva no processo, frente a um juiz com poderes substanciais de condução do procedimento e investigação dos fatos relevantes.⁵²⁶ Na conhecida metáfora de Cipriani, não se pode construir hospitais em função dos médicos, mas sim com atenção voltada aos enfermos.⁵²⁷

É cada vez mais sedimentada a ideia de que o modelo de processo que atende aos anseios do Estado constitucional é o processo cooperativo⁵²⁸ ou participativo⁵²⁹, iluminado pelo princípio da colaboração, segundo o qual os

⁵²³ CADIET, Lóic. “Civil justice reform: french perspective.” *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 1999, p. 314.

⁵²⁴ Apontando o publicismo como um dos fenômenos mais relevantes do direito processual que se desenvolveu no curso do século XX: PICÓ I JUNOI, Juan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado.” *Cuestiones Jurídicas Revista de Ciências Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. VI, n. 1, p. 11-31, jan.-jun./2012, p. 12.

⁵²⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 63.

⁵²⁶ “Democracia quer significar, acima de tudo, participação. A participação no poder é da essência da democracia. É essa participação que legitima o exercício do poder. (...) Um processo em que a parte não possa participar efetivamente configura um atentado contra tudo aquilo que se tem de mais essencial no processo jurisdicional.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 252-253.)

⁵²⁷ “Insomma, e come si sarà capito, è come se gli ospedali, anziché essere costruiti in funzione degli ammalati, fossero costruiti per i medici.” (CIPRIANI, Franco. “Il processo civil italiano tra efficienza e garanzie.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 04/2002, p. 1.243-1.261, p. 1.244.)

⁵²⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁵²⁹ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

sujeitos processuais devem formar uma comunidade de trabalho⁵³⁰ para que, conjuntamente e mediante mútuo auxílio, o exercício do poder se dê de maneira legítima.⁵³¹ Não se deve tratar, pois, de uma “divisão de trabalho” entre juiz e partes, mas sim de uma *comunhão de forças* dos sujeitos processuais, na qual não só o juiz tenha que aparar os excessos das partes, mas que também estas possam conferir limites à atuação judicial.⁵³²

Neste contexto, aparecem não só deveres de *consulta, auxílio, prevenção e esclarecimento* dos juízes perante as partes,⁵³³ firmando a necessidade de participação dos cidadãos no exercício da função jurisdicional, mas também surge a percepção de que às partes deve ser conferido maior protagonismo na própria definição dos rumos processuais que melhor atenda aos seus interesses.⁵³⁴

Houve, portanto, uma virada de página na história do processo civil, de maneira que só se pode falar atualmente em um processo seguro se se conferirem poderes de iniciativa judiciais,⁵³⁵ mas sempre com observância dos referidos condicionamentos e limites no exercício do poder.⁵³⁶ Analisando o processo evolutivo

⁵³⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 157 e seg..

⁵³¹ “O processo, além de outorgar à jurisdição a possibilidade de proteger os direitos, deve ser legítimo, espelhando os valores que fazem do Estado uma democracia ou que conferem ao exercício do poder natureza democrática.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 439.)

⁵³² “A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais. O modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia.” (DIDIER JR., Fredie. “*Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*.” *Revista de Processo*, vol. 36, n. 198, 2011, p. 213-225.)

⁵³³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 102-106.

⁵³⁴ “De fato, o princípio dispositivo garante às partes poderes de disposição e renúncia que devem ser respeitados pelo Estado em nome do equilíbrio entre a natureza pública da relação jurídica processual e os interesses privados que também se manifestam no processo.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 139.)

⁵³⁵ “(...) il giudice deve essere una persona del processo e non solo una persona che giudica alla fine del processo. Per questo è anche necessario che al giudice spettino concreti poteri di direzione e controllo del processo stesso.” (FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p.24.)

⁵³⁶ “Quando se fala em divisão de trabalho entre juiz e partes normalmente incorre-se no erro de confrontar os dois extremos. Há um caminho do meio, que é o de permitir a direção do processo, sem retirar a autonomia das partes (princípio dispositivo em sentido material). Devem ser rechaçadas as figuras do juiz-espectador, totalmente inerte frente aos maiores desmandos das partes, e do juiz-ditador, que atua em cada passo da marcha processual.” (ABREU, Rafael. “Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do estado liberal ao estado social e a atualidade de sua discussão.” *Revista de Processo*, vol. 229/2014, mar./2014, p. 116.)

do direito europeu, Comoglio anota que há de ser superada a contraposição teórica extrema entre processos totalmente dominados pelo princípio dispositivo ou inquisitivo, prevalecendo nos dias atuais um modelo misto, que tenta equilibrar um papel ativo das partes e do juiz.⁵³⁷ Nas palavras de Cruz e Tucci, deve-se combater “a imposição de um processo de matriz autoritária, que, a pretexto de prestigiar os princípios fundamentais da duração razoável e da economia processual, vulnera o direito individual do cidadão.”⁵³⁸

Um formalismo que confere segurança jurídica aos cidadãos não mais pode ser visto como aquele em que o processo é conduzido por um Estado paternalista, que em tudo substitui a vontade dos jurisdicionados, outorgando a “justiça” que entende ser a melhor. A atividade judicial não pode ser vista de maneira totalmente soberana, porquanto “condicionada, de um outro modo, à vontade e ao comportamento das partes, pelo que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância”, apresentando-se o contraditório como “poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz”.⁵³⁹

Se as finalidades jurídicas e políticas do processo são relevantes, porquanto constituem meio de definição e proteção da ordem jurídica em vigor, não se pode perder de vista que o Estado constitucional está a serviço do cidadão e não o contrário. O processo não pode ser visto simplesmente como um meio para os fins estatais, mas imediatamente um meio para os fins dos cidadãos e mediatamente um meio para os fins estatais.⁵⁴⁰ Deve-se superar, pois, a ideia de que “non il processo serve alle parti, ma le parti servono al processo.”⁵⁴¹ Isso nos leva à percepção de que a finalidade social do processo, de colocar fim aos litígios e proporcionar a pacificação social, é um dos escopos mais aderentes ao valor da dignidade da pessoa humana. A paz social é o

⁵³⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. “Ruolo del giudice nell’evoluzione dei modelli processuali europei.” *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 70, n. 1, 2015, p. 131-157, p. 135-136.

⁵³⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Contra o processo autoritário.” *Revista de Processo*, vol. 242/2015, p. 47-67, p. 48.

⁵³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132-133.

⁵⁴⁰ Desferindo incisiva crítica à teoria da instrumentalidade processual, Abboud e Tomaz de Oliveira identificam a relevância que se deve conferir às partes em um Estado Democrático de Direito: “Aqui fica evidente a ideia autoritária de se conferir o monopólio do poder ao Estado perante o qual os cidadãos estão apenas na condição de sujeitos, num estado Democrático de Direito, o Estado apenas possui poder sobre o cidadão na medida em que o Direito lhe conferir esse poder. (...) Imaginar o cidadão como mero participante no processo sobre quem será exercido o poder, acaba por desnaturar a ideia de cidadão (...)” (ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. “O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo”. *Revista de Processo*, vol. 166/2008, p. 27-70, Dez/2008, p. 52-53.)

⁵⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. v. 1. Padova: CEDAM, 1936, p. 216.

próprio fim do Direito, devendo o processo caminhar rumo à sua promoção. Um Estado forte e eficiente na tutela dos direitos é muito importante, mas não pode se sobrepor à pessoa, ao exercício das suas liberdades.⁵⁴²

É de se resgatar, portanto, a maior participação das partes no processo e o respeito ao exercício da liberdade, sem prejuízo das garantias publicistas que foram alcançadas com o cientificismo processual. Conforme assinalado, trata-se do resgate de conquistas que, apesar de terem se perdido no curso da história, devem ser retomadas ao encontro de um processo verdadeiramente democrático.⁵⁴³

3.2.3.4 O Direito processual como ramo de direito público

Uma questão relevante que deve ser levada em consideração quando se teoriza a segurança jurídica no processo diz respeito à circunstância de o direito processual pertencer ao ramo do direito público,⁵⁴⁴ o que implica a natureza pública da maior parte das suas disposições normativas.⁵⁴⁵ Diante dos avanços do cientificismo, não há como questionar seriamente a autonomia da relação processual frente à relação material debatida em juízo e, portanto, a sua natureza pública independente da natureza do direito objeto do litígio.⁵⁴⁶ O direito processual civil regula uma relevante relação entre Estado e cidadão, cujas regras devem ser observadas, sobretudo, como anteparo a arbítrios estatais e meio para que o processo alcance as suas finalidades. “Ser de direito público significa que as normas processuais não disciplinam negócios ou *interesses conflitantes* entre o Estado e as partes, mas o modo como o poder é exercido.”⁵⁴⁷

Para que o processo fosse apto a alcançar tais objetivos, sem máculas à imparcialidade judicial e às garantias das partes, os sujeitos processuais necessariamente deveriam percorrer os rígidos caminhos estabelecidos pelo legislador. A garantia de segurança estava na legislação, segurança para as partes diante o exercício do poder

⁵⁴² Igualmente postulando uma maior relevância às partes no processo: CIPRIANI, Franco. “Il processo civil italiano tra efficienza e garanzie.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 04/2002, p. 1.243-1.261, p. 1.250.

⁵⁴³ “Percebe-se, ainda, que, na busca de uma efetiva democratização jurídica no processo jurisdicional, faz-se mister uma articulação conjunta das conquistas técnicas dos processos liberal e social (...)” (NUNES, Dierle José. “Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático.” *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas – Edição Especial – 2008*, p. 27.)

⁵⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980, p. 102.

⁵⁴⁵ GUASP, Jaime. *Concepto y metodo de derecho processal*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 57.

⁵⁴⁶ CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXII, n. 3, junho/2008, p. 114-115.

⁵⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.I. 5.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 67.

estatal e segurança para o alcance das finalidades do processo, especialmente a de afirmar a vontade concreta da lei. A natureza pública das regras processuais constitui penhor da segurança necessária ao alcance dos escopos processuais.

Não obstante, mesmo Chiovenda já reconhecia que a natureza pública do direito processual não eliminava a possibilidade de as partes, no exercício da autonomia privada, definirem algumas regras de procedimento de maneira que o processo melhor atendesse aos seus interesses particulares. Segundo o autor, *“la legge processuale ha spesso riguardo alla volontà delle parti: vale a dire, che le norme processuali non sono sempre assolute o cogenti, mas sono talora dispositive.”* Prossegue conferindo ao legislador a responsabilidade de decidir sobre os limites da autonomia privada no processo: *“Se le parti abbiano o no questa libertà deve risultare o dalle parole espresse della legge, o dallo scopo della singola norma (...).”* E, por fim, reconhece que conferir a natureza dispositiva ou cogente às normas processuais é uma questão de política legislativa, que pode mudar de acordo com o tempo e o lugar, ratificando, pois, as influências culturais no processo civil: *“una norma può passare dalla categoria delle dispositive a quella delle assolute e vice-versa, secondo le condizioni di tempo e di luogo e secondo l’apprezzamento che ne fa un legislatore.”*⁵⁴⁸ Caponi, igualmente analisando a obra de Chiovenda, enfatiza que o autor identifica o direito processual como um ramo do direito público, mas que flerta com a possibilidade de classificá-lo como um direito intermediário, justamente pelo fato de o andamento do processo e o seu resultado no caso concreto serem de interesse das partes.⁵⁴⁹

Conforme já exposto, a percepção sobre o modelo de processo apto a alcançar os seus fins de maneira efetiva e tempestiva vem passando por profundas modificações ao longo da história. Se antes tais objetivos eram alcançados por meio de procedimentos rígidos e uniformes, atualmente já é madura a ideia de que o procedimento deve se adaptar à realidade das distintas relações materiais que são submetidas ao Judiciário. Houve uma reaproximação entre direito material e direito processual, ratificando a natureza instrumental do processo, não obstante a sua autonomia. Além disso, houve uma reorganização do papel dos sujeitos processuais, conferindo-se uma relevância cada vez maior às partes, como fruto da concretização dos ideais de um Estado democrático. Por fim, não se pode olvidar que o legislador não é

⁵⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980, p. 103.

⁵⁴⁹ CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXII, n. 3, junho/2008, p. 116.

capaz de prever todas as situações concretas carentes de tutela, o que conduz à reflexão por um modelo processual mais dinâmico, que não necessite de uma resposta sempre precisa da lei para atender às peculiaridades das relações materiais.

Pois bem, diante desta mudança de percepção objetiva e subjetiva do formalismo processual, é de se indagar se a natureza pública do processo constitui óbice à teorização de um processo apto a dar respostas adequadas às distintas relações materiais não apenas por obra do legislador, mas também por definições judiciais e convencionais sobre os rumos do procedimento. Parece que tal não ocorre.⁵⁵⁰

A natureza pública do processo deve ser considerada como garantia de que os seus objetivos serão alcançados com o máximo respeito aos direitos processuais dos cidadãos. Uma garantia, em primeiro lugar, do cidadão frente ao Estado e, em segundo lugar, de tutela da ordem jurídica. Significa dizer, portanto, que a natureza pública do direito processual deve ser vista como verdadeira barreira contra arbitrariedades, em prestígio às garantias dos jurisdicionados, mas não como um tributo à rigidez do procedimento ou à redução do espaço de liberdade das partes no processo.⁵⁵¹

A propósito, a presença da consensualidade no processo civil para a adaptação do procedimento e, portanto, do respeito à autonomia privada, não é algo novo e sempre conviveu harmoniosamente com a natureza pública do direito processual. Proliferam-se regras que facultam às partes mudarem os rumos do procedimento, a exemplo das convenções sobre o foro competente, juízo arbitral, suspensão do processo, ônus probatórios, alteração de prazos etc.⁵⁵² Com efeito, a natureza pública do processo não pode ser aposta como um empecilho a uma distinta conformação processual, mas como garantia de que os cidadãos terão os seus direitos processuais preservados e o direito material realizado.

⁵⁵⁰ Percebendo a inexistência de tal antinomia: “Hay, pues, dentro del derecho procesal normas cuyo contenido no puede completarse atendiendo a la voluntad de sus sujetos y normas en las que sí cabe esta integración; la delimitación específica entre unas y otras no puede verificarse sino mediante la correspondiente interpretación; en particular deben considerarse como normas dispositivas, no sólo las que conceden un poder de fijación a las partes sino también al juez.” (GUASP, Jaime. *Concepto y método de derecho procesal*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 63.)

⁵⁵¹ Trabalhamos o tema em: OLIVEIRA, Paulo Mendes. “Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição.” *Negócios processuais*. Coord. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 417-443, p. 427 e seg.

⁵⁵² “Temos maturidade para reconhecer que interesses públicos e privados, no processo, devem conviver numa coordenação e compatibilização mútua, constantemente operada no seio da relação jurídica processual. Nem sempre prevalecerão interesses públicos e nem sempre serão preponderantes os interesses privados.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 152-153).

3.2.3.5 A tempestividade da tutela jurisdicional e o direito de defesa

O processo civil que foi estruturado sob a ideologia do Estado Liberal tinha por premissa a excepcionalidade da intervenção do Estado na vida dos cidadãos, exigindo-se amplo direito de defesa e ampla possibilidade recursal antes que fosse possível a ingerência na esfera jurídica das pessoas. Ao direito de defesa foi conferida uma feição tão hipertrofiada que, em regra, não se podia cogitar de medidas de efetivação durante o processo de conhecimento, ou seja, antes da cognição plena, exauriente e confirmada em grau recursal.⁵⁵³ Na mesma senda, o ajuizamento dos embargos à execução, independentemente da alegação que veiculassem, implicava a automática suspensão das medidas executivas. Tais ideias, não obstante decorrentes da necessidade de proteção dos cidadãos contra arbítrios estatais, oriundas da concepção clássica de desconfiança da figura do juiz, acabou por desequilibrar a balança a favor do réu,⁵⁵⁴ prejudicando, em grande medida, a isonomia das partes no processo.⁵⁵⁵ O autor, ainda que detentor de um direito evidente ou em risco de perecimento, tinha que se submeter ao amplo, demorado e rígido trâmite processual para, só então, tentar reparar os prejuízos que sofreu em decorrência não só dos atos do réu, mas também em razão da delonga processual.⁵⁵⁶ A segurança jurídica processual, sob este viés, era prestigiada mediante o distanciamento do Estado da vida dos cidadãos, protegendo a esfera jurídica dos jurisdicionados enquanto não exercido amplamente o contraditório e alcançada a “certeza” da cognição exauriente. O processo era rígido e neutro, indiferente às distintas vicissitudes dos casos concretos que afluíam ao Judiciário.⁵⁵⁷

A noção atual da relação que deve se estabelecer entre a tempestividade processual e o direito de defesa é bem distinta.

De fato, quando se reflete sobre a intempestividade da tutela jurisdicional, deve-se atentar que ela não se manifesta apenas quando é prolongado indevidamente o caminho ao seu desfecho (*duração patológica*), mas também quando não é respeitada a sua *duração fisiológica*, aquela indispensável para que a demanda seja adequadamente

⁵⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. “Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social”. *Revista dos tribunais*, n. 824/2004, p. 34-60, p. 40-41.

⁵⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

⁵⁵⁵ ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 204-205.

⁵⁵⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 212.

⁵⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 42-46.

discutida antes de ser julgada.⁵⁵⁸ Não é sem sentido que os processos, por vezes, precisam ser longos e com variados incidentes, decorrentes da necessidade de uma devida apreciação da causa, investigação dos fatos, colaboração dos sujeitos processuais, possibilidade de revisão pelas instâncias superiores etc. Trata-se do tempo necessário para a idônea prestação jurisdicional, de maneira que, se o processo não pode nem ser longo demais, também é avesso a uma celeridade excessiva. Daí porque a noção de processo justo está diretamente ligada à maneira como o tempo é tratado no curso do procedimento.

Contudo, não raro, mesmo quando sentenciado em tempo adequado, sequer tal tutela afigura-se apta a cumprir o seu papel, pois não mais é possível reparar o dano sofrido ou o ilícito perpetrado. Ou seja, tão só o tempo necessário para o regular curso do processo pode consubstanciar fonte de danos para a parte, evidenciando aquilo que a doutrina chama de *dano marginal*, causado pelo período ordinário de duração da atividade jurisdicional.⁵⁵⁹

Amadurecidas tais noções, a ciência processual viu-se na contingência de trabalhar com rotas procedimentais distintas a serem definidas à luz das características dos casos concretos, não só para que se evite o *tempo patológico* e se assegure o *tempo fisiológico*, mas também para que se minimizem os males do *dano marginal*. Tratar cientificamente o tempo do processo e reconhecê-lo como potencial fonte de danos às partes foi um dos passos mais importantes do ciência processual no século XX.⁵⁶⁰ É preciso “perceber que o tempo do processo é um dos principais fundamentos dogmáticos do processo adequado ao Estado constitucional.”⁵⁶¹

A tempestividade processual ganha, assim, atenção da comunidade jurídica, a fim de que o direito fundamental à ampla defesa do réu não se transforme em um injusto ônus que recaia apenas sobre os ombros do autor, especialmente quando seja titular de uma situação jurídica fruto de um direito evidente ou urgente. Um processo seguro, neste contexto, passa a ser aquele que garante à sociedade que as necessidades de tutela serão respeitadas, inclusive com a eventual inversão do ônus do tempo do

⁵⁵⁸ As expressões duração patológica e fisiológica são de Proto Pisani: PROTO PISANI, Andrea. “Appunti sulla tutela cautelare.” *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 1979, p. 111-112.

⁵⁵⁹ A expressão “dano marginal” é de Enrico Finzi. (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 34.)

⁵⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

⁵⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 22.

processo, não se aprisionando a prestação jurisdicional em módulos formais neutros e rígidos.

É de se perceber esta virada metodológica sentida pelo processo civil moderno, a fim de que se construa um procedimento apto a dar as devidas respostas a esta nova realidade. O direito fundamental à tempestividade processual, atualmente presente no art. 5º, LXXVIII, da CF/88,⁵⁶² -⁵⁶³ exige que o processo observe rigorosamente o seu *tempo fisiológico*, eliminando-se eventual *tempo patológico*,⁵⁶⁴ e minimize, na maior medida possível, os efeitos dos *danos marginais*.⁵⁶⁵ Para cumprir tal desiderato, é indispensável que sejam forjadas soluções que possibilitem a análise específica das relações materiais levadas a juízo, dinamizando-se o procedimento para que só remanesça a fisiologia virtuosa do processo, eliminando tempos mortos e fases desnecessárias e, ainda, que o ônus desse tempo seja distribuído com justiça entre as partes.⁵⁶⁶

⁵⁶² E também em diversos diplomas internacionais, a exemplo do art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direito do Homem: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.” Vide, ainda, o art. 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁵⁶³ “Não foi sem razão que tais cuidados vieram à luz nesse período. Duas guerras mundiais na primeira metade do século XX mudaram rumos e comportamentos da humanidade. A explosão de progresso, o crescimento da população, a revolução tecnológica em todas as áreas do conhecimento influíram profundamente. Além desses acontecimentos - e como frutos seus -, relevantes diplomas internacionais fixaram orientação nova para a atividade processual. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU, a assegurar não só o direito de acesso aos tribunais, como um “remédio efetivo”; a Declaração Americana dos Direitos do Homem, a garantir um “procedimento simples e breve”; a Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais da Comunidade Europeia, que impõe ser a causa apreciada “em prazo razoável”; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José, que fala igualmente em “prazo razoável”. Tais instrumentos preceituam no âmbito universal, reiterado em países europeus e americanos, não só o acesso ao Poder Judiciário - o “dia na Corte”, prescrito na Carta da ONU - como a decisão em prazo aceitável. A Corte Europeia dos Direitos do Homem tem aplicado sanções a Estados que retardam a prestação jurisdicional.” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “O processo civil no limiar de um novo século.” *Revista dos Tribunais*, vol. 781, p. 51, nov./2000.)

⁵⁶⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional”. *Estado de direito e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 368.

⁵⁶⁵ “Demandante e demandado têm de arcar com o peso que o tempo representa no processo de acordo com a maior ou menor probabilidade da posição jurídica por eles defendida em juízo.” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.)

⁵⁶⁶ “(...) o princípio da razoável duração do processo pode justificar a não-aplicação de regras processuais inúteis, que somente atrasariam, sem necessidade ou razão que as justificasse, a tutela jurisdicional. Portanto, o princípio assegura o desenvolvimento do processo sem dilações indevidas, ou seja, sem atos processuais desnecessários e inadequados para o escopo do processo.” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 127-128.)

3.2.3.6 O papel da interpretação jurídica e a legitimação do exercício do poder

Mais um elemento importante que deve ser considerado na conformação do formalismo processual diz respeito à própria atividade judicial de interpretação do direito. A aurora do século XX foi marcada pela ideia de que o juiz seria um mero reproduzidor de normas previamente elaboradas pelo parlamento, cuja atividade era desprovida de qualquer manifestação de vontade. O juiz nada criava, apenas declarava a *vontade concreta da lei*.⁵⁶⁷ A lei era posta e executada, jamais interpretada, sob pena de traição aos ideais da revolução francesa direcionados à promoção da igualdade e eliminação dos privilégios.⁵⁶⁸

Contudo, a metodologia jurídica vem passando por profundas alterações a partir da segunda metade do século XX, o que vem impactando sensivelmente o direito processual civil e a teoria do processo.⁵⁶⁹ Não há mais dúvida que a atividade do intérprete não se resume a declarar algo previamente concebido. Diante da dupla indeterminação do direito, decorrente da equivocidade dos textos e da vagueza das normas, percebeu-se que a atividade do juiz é adscritiva de sentido aos textos legais, uma atividade, portanto, reconstrutiva da norma jurídica. O seu ponto de partida realmente é estabelecido, no mais das vezes, pelo legislador, mas a norma será fruto da sua interpretação, será o resultado da decisão das opções normativas que o texto legal lhe confere.⁵⁷⁰

A atenção a essa evolução metodológica ganha ainda mais relevo diante da crescente utilização pelo legislador de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, conferindo ainda mais espaço para movimentação interpretativa dos operadores do direito,⁵⁷¹ ou seja, o próprio legislador vem atribuindo responsabilidade

⁵⁶⁷ “Como se sabe, o esforço da ilustração para obter um direito perfeitamente determinável e previsível não teve limites. Com o objetivo de impedir o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil, as leis haveriam de determinar-se de tal modo que a função judicial reduzir-se-ia à pura aplicação do texto legal. Uma indeterminação do sentido da lei, que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito, em última análise em legislador, afigurava-se contraditória com a doutrina da divisão de poderes.” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 104.)

⁵⁶⁸ FIORAVANTI, Maurizio. “A produção do direito entre lei e juiz: a relação entre democracia e jurisdição.” *Interesse público*, vol. 14, n. 76, p. 161-166, nov./dez. 2012, p. 162.

⁵⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. “Cláusulas Gerais Processuais.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 35, n. 187, p. 69-83, set. 2010, p. 69-83.

⁵⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30-35.

⁵⁷¹ “As cláusulas gerais têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico.” MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 341.

aos aplicadores do direito pela definição das normas jurídicas, diante das circunstâncias de tempo e lugar em que se dá a atividade interpretativa.

Tal percepção a respeito da forma de produção do Direito vem causando verdadeira revolução no processo civil. Se a norma é fruto da interpretação e se o percurso da fonte à norma é repleto de opções semânticas, teleológicas, sistemáticas, históricas do intérprete, a legitimação democrática do exercício do poder só se dará mediante efetiva participação dos cidadãos na definição das normas jurídicas. Tal participação se dará mediante um formalismo processual que garanta um contraditório forte, com real poder de influência das partes nas decisões judiciais, e um amplo dever de fundamentação judicial. Não se admite produção normativa sem a adequada explicitação das razões que levaram às opções interpretativas adotadas.⁵⁷²

Com efeito, também por este motivo, avulta-se a importância das partes no processo e a necessidade de efetiva participação no seu curso.⁵⁷³ Um formalismo processual que desconsidera o direito de influência dos cidadãos na produção normativa está despregado do ideal de segurança que se espera no processo civil moderno. Percebendo-se com outros olhos o papel que a jurisdição desempenha no Estado contemporâneo, deve o formalismo processual se ajustar para conferir respostas satisfatórias às exigências desta nova realidade.⁵⁷⁴

3.2.3.7 O incremento de cognoscibilidade pelos precedentes

Mais uma virada que pode ser apontada na experiência jurídica brasileira, que trouxe significativo impacto na definição da segurança jurídica processual, foi a adoção crescente de um sistema de precedentes que definem as controvérsias sobre a interpretação e aplicação do direito e informam à sociedade o conteúdo normativo em

⁵⁷² “Se o direito é uma das formas de emprestar sentido e significação ao agir dos homens, ele reclama, para a sua compreensão, ser analisado do ponto de vista da comunicação humana, donde a ineliminável dimensão intersubjetiva e linguística de sua produção. Torna-se, pois, fundamental institucionalizar-se o que provisoriamente pode ser denominado *status activus processualis*, concebido como o reconhecimento do direito fundamental, ativa e responsabilmente, nos procedimentos que objetivam produzir normas jurídicas, em todos os seus níveis, bem como na institucionalização das respectivas estruturas organizativas.” CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal.” *Revista de Processo*, vol. 102/2001, p. 55-67, abr.-Jun./2001.

⁵⁷³ “Essa renovada perspectiva teórica a respeito da lógica que informa o fenômeno jurídico não demorou, conjugada com o direito fundamental ao contraditório, a incrementar os poderes das partes a respeito da valoração do material jurídico da causa, reconhecendo-lhe expressamente o direito de avançar nessa seara.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 100.)

⁵⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 437.

vigor.⁵⁷⁵ Os problemas gerados pela indefinição do direito no Brasil fizeram com que houvesse um amadurecimento da necessidade de o processo civil ser dotado de técnicas de uniformização de entendimento sobre as normas jurídicas que regem a sociedade, evitando-se a aleatoriedade da prestação jurisdicional, que tanto mal faz à segurança jurídica e à isonomia.⁵⁷⁶

Gradativamente, o direito brasileiro foi adotando diversos instrumentos de uniformização jurisprudencial, com o fim de incrementar a cognoscibilidade do ambiente normativo brasileiro e, por consequência, reduzir o grande número de demandas ajuizadas e recursos interpostos. Se a sociedade conhece a resposta que será dada pelo Estado às divergências interpretativas, o direito se torna mais previsível e, por consequência, as pessoas podem exercer a liberdade com mais segurança e a tendência de observância voluntária das normas jurídicas é incrementada. Trata-se, portanto, de técnica que confere claros benefícios teóricos e práticos.⁵⁷⁷

O prestígio ao sistema de precedentes confere tanto segurança pelo processo, pois informa à sociedade qual o conteúdo normativo do direito vigente, como incrementa a segurança no processo, pois a legislação processual também é fonte de grandes divergências interpretativas. Portanto, se o direito processual caminha para se conferir um maior espaço de movimentação interpretativa e adaptabilidade procedimental por meio da edição de regras com textura aberta (cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados),⁵⁷⁸ um sistema de precedentes tem por função justamente conferir segurança quanto às decisões interpretativas adotadas. Se, por um lado, há abertura legislativa para uma maior aderência do processo à idônea tutela dos casos concretos, por outro os precedentes realizam o fechamento do sistema quando necessário.

⁵⁷⁵ Demonstrando que se trata de um fenômeno mundial, inclusive em países de raízes romano-germânicas: TARUFFO, Michele. “Precedente e jurisprudência.” *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.199, p. 139-155, set. 2011, p. 140.

⁵⁷⁶ Sobre uma análise *ex professo* sobre precedentes na doutrina brasileira: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais – racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes. O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial*. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

⁵⁷⁷ TARUFFO, Michele. “Precedente e jurisprudência.” *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.199, p. 139-155, set. 2011, p. 140-141.

⁵⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. “Cláusulas Gerais Processuais.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 35, n. 187, p. 69-83, set. 2010, p. 69-83.

Deixemos para a história o modelo jurídico em que a segurança estava depositada exclusivamente na lei⁵⁷⁹ para, com base em distinta compreensão do fenômeno da interpretação jurídica, contarmos com os precedentes como relevante fonte formal do direito. Assim, o formalismo processual reage a esta nova realidade normativa por meio de técnicas que permitam um maior campo de interpretação dos operadores do direito, exibindo espaços de conformação à luz das circunstâncias concretas apresentadas, mas, ao mesmo tempo, impõe aos tribunais o dever de controlar tais adaptações procedimentais não só pelo julgamento dos recursos, mas principalmente pela formação de precedentes, que devem ser observados pelos demais operadores do direito como balizas a serem seguidas, verdadeiros instrumentos de contenção do poder.⁵⁸⁰

É relevante ter presente esta função dos precedentes no formalismo processual. O risco da tendência de se utilizar disposições normativas de textura aberta, oportunizando maior liberdade interpretativa e, por consequência, dinamicidade ao direito, é significativamente minorado pela adequada utilização de um sistema de precedentes judiciais, restringindo determinadas decisões e, portanto, controlando os poderes que são confiados aos magistrados.⁵⁸¹ É chegada a hora de a doutrina brasileira preocupar-se mais como lidar com os precedentes, especialmente com as técnicas de distinção e superação, do que propriamente com a existência de um sistema de precedentes, instrumento processual tão caro à cognoscibilidade do direito e, por consequência, à segurança jurídica da sociedade.

⁵⁷⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 105.

⁵⁸⁰ “A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante íntima. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do civil law do sistema do common law. Esta relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé. Além disso, a cláusula geral funciona como elemento de conexão, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados.” (DIDIER JR., Fredie. “Cláusulas Gerais Processuais.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 35, n. 187, p. 69-83, set./2010, p. 69-83.)

⁵⁸¹ ÁVILA, Humberto. “Subsunção e concreção na aplicação do direito.” In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 441-443.

3.2.4 Conclusões parciais sobre o perfil substancial da segurança jurídica processual

A construção até aqui desenvolvida teve por fim investigar as principais questões sociais e jurídicas que direta ou indiretamente influenciam na estruturação de um processo apto a conferir segurança jurídica à sociedade, porquanto idôneo à tutela adequada dos direitos. Um processo seguro não é simplesmente aquele que garante a bilateralidade de instância por meio de expedientes técnicos e neutros às circunstâncias do seu tempo. Ao contrário, a segurança processual depende das circunstâncias sociais e jurídicas presentes em dado tempo e espaço, de maneira a tornar o processo um instrumento que corresponda às expectativas da sociedade quanto à forma do exercício do poder estatal e que seja um instrumento que atinja os seus objetivos com eficiência. Segurança processual compreende, portanto, tutela efetiva, com respeito às garantias fundamentais dos cidadãos.⁵⁸²

Como a segurança “*pelo processo*” e “*no processo*” devem caminhar de mãos dadas, a segurança jurídica atua como um princípio maior (ou sobreprincípio) que estrutura o processo civil de maneira que alcance os seus objetivos. Para identificar os vetores que orientam essa estruturação, foi necessário estudar em que termos desenvolve-se a relação entre sociedade e Estado, bem como alguns aspectos sobre o pensamento jurídico contemporâneo. A partir de então, com foco na estruturação do processo, será possível extrair conclusões sobre a permeabilidade do procedimento a adaptações às necessidades dos casos concretos, bem como à maior ou à menor atribuição de poderes aos juízes e às partes na condução de tais mudanças.

Foi possível perceber que a evolução da noção de democracia trouxe consigo mudanças significativas que reclamam uma distinta visão do processo civil no Estado constitucional. A necessidade de efetiva participação dos cidadãos no exercício do poder e de um maior respeito por parte do Estado à liberdade das pessoas alteraram a maneira como o Poder Público deve se relacionar com a sociedade. E esta distinta mentalidade, naturalmente, também repercute na prestação jurisdicional, que deve cada

⁵⁸² “Em outras palavras, a instrumentalidade do processo, relativizando o binômio *substance-procedure*, permite a construção de técnicas processuais efetivas, rápidas e adequadas à realização do direito processual. Este viés metodológico do neoprocessualismo, contudo, precisa ser compatibilizado com o respeito aos direitos e garantias fundamentais do demandado, no processo civil, e do acusado, no processo penal, que estão na essência do garantismo.” (CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.” *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44, p. 38.)

vez mais se abrir à participação popular, sob pena de frustrar os anseios da sociedade moderna.

Com base nesta premissa, princípios constitucionais como o do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório têm que ser redesenhados, a exigir uma nova configuração processual. O dever de fundamentação das decisões judiciais também ganha uma nova roupagem, sendo agora considerado verdadeiro banco de prova do contraditório, exigindo do magistrado o mais amplo enfrentamento das postulações das partes.⁵⁸³ A autonomia privada ganha espaço no seio do processo, tanto em relação ao direito material quanto no que toca às regras de processo, exigindo do Estado cada vez mais respeito às escolhas dos cidadãos quanto ao trato dos seus direitos. Enfim, a evolução dos ideais democráticos proporcionaram verdadeira revolução no Direito processual, a fim de que o processo não se tornasse um ambiente com deficit de segurança, porquanto estranho aos anseios da sociedade moderna e da atual compreensão dos direitos fundamentais.⁵⁸⁴

Este amadurecimento dos valores democráticos repercutiu também no aperfeiçoamento das Instituições estatais. Instrumentos de independência e responsabilidade dos juízes foram implementados e aperfeiçoados para o melhor funcionamento do Poder Judiciário, livrando-o das excessivas influências dos demais Poderes e possibilitando maior controle das suas atividades. Tais fatores proporcionaram o incremento de confiabilidade social na Instituição, o que acaba por legitimar mudanças no processo civil tendentes a aumentar os poderes judiciais de condução e de estruturação procedimental para que melhores resultados sejam alcançados. Ainda que não se possa cogitar em um estado ideal de coisas, o que se verificou foi que o Judiciário não é o mesmo que se fez presente na aurora do século passado, tendo havido significativas mudanças e evoluções que devem repercutir no formalismo processual.

⁵⁸³ “Este presupuesto es indispensable para que el justiciable pueda convencerse de que, certamente, se ha hecho justicia y de que las alegaciones y defensas articuladas han sido examinadas por el juzgador.” (MILIONE, Ciro. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudência del tribunal europeo de derechos humanos*. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 59.)

⁵⁸⁴ “Em virtude, primeiramente, do trabalho de autores e juízes alemães, e hoje cada vez mais em diversos Direitos nacionais, como o francês, o espanhol e o italiano, questiona-se se a fonte do princípio de proteção da confiança legítima estaria, não na estrita legalidade, mas nos direitos fundamentais, transformados, por força da jurisdição constitucional e comunitária, na referência incontornável de toda e qualquer ordem jurídica.” (Martins-Costa, Judith. “A Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre os Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança.” *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004, p. 115.)

Além disso, a reaproximação entre o direito processual e o direito material exigiu que o processo civil fosse inteiramente repensado, pois o modelo de rigidez e uniformidade para tutelar as mais diversas relações substanciais mostrava-se ineficiente e demorado. O processo passou, então, a ser visto pela sociedade mais como problema do que solução, porquanto inapto a atender adequadamente aos anseios de uma tutela ampla dos direitos. Conforme demonstrado, após a análise da função do processo no ordenamento jurídico, esta inaptidão ao cumprimento das suas finalidades proporcionou significativa insegurança jurídica, na exata proporção da falta de perspectiva de atuabilidade dos direitos. Com o objetivo de solucionar tais problemas, percebeu-se que o processo tinha que se adaptar às diversas configurações das relações materiais que estão em busca da tutela jurisdicional, tornando-se, portanto, afeito a mudanças procedimentais que atendam de maneira eficiente às exigências dos casos concretos.

Um ponto que merece especial destaque, notadamente no âmbito processual, foi a eficácia normativa dos direitos fundamentais a orientar uma distinta postura do Estado em relação ao processo civil. Os princípios constitucionais deixam de ser expedientes subsidiários para solução de lacunas e assumem posição central no ordenamento jurídico, iluminando amplamente a disciplina de todo o direito processual. Percebeu-se a necessidade, pois, de uma constante vigília, tanto do Estado-legislador quanto do Estado-juiz, em relação à observância dos direitos fundamentais, a fim de que os direitos substanciais fossem tutelados em toda a sua extensão, com o adequado respeito às garantias processuais dos jurisdicionados. O formalismo processual não podia ser uma barreira que impedisse o alcance dos objetivos constitucionais, mas uma ponte que conduzisse à mais ampla concreção dos seus mandamentos. O próprio legislador, dando-se conta da incapacidade de prever abstratamente todas as medidas processuais necessárias diante da riqueza dos casos concretos, cada vez mais vem se utilizando de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, o que só intensifica a responsabilidade dos operadores do direito em definir *in concreto* a adequada densificação dos direitos fundamentais.

Por fim, essa distinta visão dos direitos fundamentais e a abertura legislativa para a maior participação dos operadores do direito na densificação de normas com textura aberta acabou remetendo à análise da percepção moderna sobre a atividade interpretativa, descortinando o agir criativo do intérprete ao reconstruir as normas jurídicas a serem aplicadas aos casos concretos. O processo civil, identificado como um

relevante instrumento de criação de normas jurídicas, reage a esta distinta percepção sobre a atividade do intérprete, seja para exigir maior integração dos jurisdicionados na interpretação dos fatos e do direito, seja para se organizar adequadamente à formação de precedentes judiciais.⁵⁸⁵

Os pontos ora sublinhados, juntamente com os demais pressupostos sociais e jurídicos antes trabalhados, demonstram que o processo civil forjado para o século XX precisa ser repensado. Os paradigmas sociais e jurídicos que estão na base do formalismo processual do século passado não estão mais presentes, exigindo, por consequência, uma verdadeira ressignificação do conteúdo normativo da segurança jurídica processual.⁵⁸⁶

⁵⁸⁵ “In sintesi, il principio di legalità della disciplina processuale è riaffermato in un contesto culturale profondamente mutato rispetto a quello ottocentesco. Un contesto nel quale l’interprete teorico e l’operatore pratico del diritto si sono definitivamente liberati dai panni striminziti dell’esegeta, per assumere quelli del coproduttore ed intermediatore di senso delle norme processuali, all’interno di un sistema legale che è come un ‘polmone aperto sull’esperienza’.” (CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXII, n. 3, junho/2008, p. 118-119.)

⁵⁸⁶ “Re-significação quer dizer, do ponto de vista da teoria da linguagem, a passagem de um significado conotado por certo signo lingüístico a um outro significado, ocasionando a mudança no seu valor semântico, sem alteração, contudo, no valor facial do signo. O giro hermenêutico provocado pela re-significação do princípio da segurança jurídica está a indicar que esse princípio vem ingressar no Direito positivo brasileiro com um renovado âmbito de normatividade.” (Martins-Costa, Judith. “A Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre os Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança.” *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004, p. 112.)

4. O PROCEDIMENTO ADAPTÁVEL COMO DENSIFICAÇÃO DA SEGURANÇA PROCESSUAL

A exposição até aqui desenvolvida conduz à conclusão de que a segurança jurídica processual decorre de um equilíbrio entre dois vetores, que denominamos suas dimensões externa e interna. Apenas um olhar interno da estrutura processual não é suficiente à compreensão do fenômeno em toda a sua amplitude. Daí a proposta de uma abordagem holística da segurança processual.

Pela sua dimensão externa, o processo civil deve ser conformado de maneira a propiciar aos cidadãos a garantia de que o direito material será respeitado e, se necessário, regularmente tutelado. Um processo efetivo e tempestivo, portanto. É tal garantia de realização tempestiva dos direitos que viabiliza o pleno exercício da liberdade, conferindo-se a tranquilidade necessária de que os atos praticados no passado serão respeitados e o planejamento do futuro pode ser feito sem receios.⁵⁸⁷ É imprescindível, pois, que o ordenamento jurídico proporcione mecanismos de garantia de atuabilidade dos direitos, desempenhando o processo civil um papel fundamental neste mister.⁵⁸⁸ Mas a segurança processual, como sói ser tratada pela doutrina, depende também de que o processo em si seja um ambiente seguro, porquanto adequado à idônea tutela das diversas relações substanciais e ao amplo exercício do direito de defesa pelos jurisdicionados. Trata-se, aqui, da sua dimensão interna, da adequada estruturação do processo para que possa alcançar os seus objetivos, com o devido respeito das garantias processuais dos jurisdicionados.

Com efeito, o formalismo processual deve proporcionar a segurança de que os cidadãos, se necessário, obterão do Estado a tutela adequada (segurança no processo), efetiva e tempestiva (segurança pelo processo) dos seus direitos. Efetividade e segurança, portanto, não estão em “constante tensão”, consoante perfilha respeitável doutrina.⁵⁸⁹ Efetividade, tempestividade e adequação são elementos da segurança processual, que devem a todo tempo dialogar, a fim de que o processo proporcione a idônea tutela dos direitos. Presentes as duas dimensões, percebe-se que a segurança

⁵⁸⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 220.

⁵⁸⁸ O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Tribunal de Estrasburgo) considera uma densificação do princípio de acesso à justiça a efetividade processual, ou seja, que os julgamentos sejam de fato observados pelas partes, conferindo atuabilidade aos direitos. (MILIONE, Ciro. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudência del tribunal europeo de derechos humanos*. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 67.)

⁵⁸⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de processo civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. No mesmo sentido, apontando referida tensão: MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 189.

processual decorre do equilíbrio que deve existir entre a segurança pelo processo (segurança de realização tempestiva dos direitos) e a segurança no processo (estruturação adequada que preserve e realize as garantias processuais). Um processo seguro é aquele que garante a consecução dos seus fins perante o direito material e preserva o amplo direito de defesa dos jurisdicionados.

Um procedimento inapto a tutelar adequadamente os casos concretos, densificando de maneira inidônea as garantias constitucionais, gera insegurança jurídica, seja por não cumprir o seu papel no ordenamento jurídico de garantir a atuabilidade dos direitos, seja por não assegurar aos jurisdicionados os instrumentos de defesa em juízo.⁵⁹⁰ Por isso, reitere-se, que se deve buscar uma estrutura processual apta a conferir, a um só tempo, o equilíbrio necessário entre *segurança pelo processo* e *segurança no processo*, proporcionando uma aproximação entre forma e substância, o que proporcionará respostas satisfatórias quanto aos seus fins, sem prejuízo das garantias processuais dos jurisdicionados. Um processo conformado de maneira despreocupada com os fins a que visa alcançar, prestigiando demasiadamente o cumprimento de etapas procedimentais rígidas ou mesmo conferindo um grande acento na condução do processo pelas partes – para que possam exercer ilimitadamente os seus direitos postulatórios – não condiz com um modelo processual seguro no Estado constitucional. A segurança processual é a mão que conduz à harmonia entre os fins e os meios.

Definidas tais premissas estruturais e partindo da ideia de que o formalismo processual deve reagir às circunstâncias culturais em que está inserido, foi possível avançar para investigar os pressupostos sociais e jurídicos que atualmente influenciam o Direito processual brasileiro, que orientam, assim, a conformação da arquitetura processual do Estado constitucional.

A análise dos inúmeros avanços sociais e jurídicos experimentados no percurso para o século XXI demonstrou que o processo civil não pode ser entendido com as mesmas ideias dos oitocentos e parte dos novecentos. É preciso evoluir. É necessário perceber o verdadeiro redimensionamento por que passou a noção de segurança jurídica processual. Se, por longos anos, a segurança estava na rigidez

⁵⁹⁰ “El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez – con su deber de imparcialidad – y de las partes – con sus derechos a la defensa.” (PICÓ I JUNOY, Juan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado.” *Cuestiones Jurídicas Revista de Ciências Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*. Vol. VI, n. 1, p. 11-31, jan.-jun./2012, p. 28.)

procedimental e numa larga supremacia do juiz na condução do processo, é chegada a hora de entender o processo civil sob as premissas de que o procedimento deve ser o mais aderente possível à relação substancial deduzida em juízo⁵⁹¹ e que as partes devem ter um papel mais relevante na marcha processual, sobretudo um papel limitador de eventuais excessos judiciais, sem renúncia aos avanços experimentados com o publicismo.

É de se amadurecer a ideia de que aderência do procedimento às particularidades dos casos concretos, variadas vezes, não pode ser concebida em abstrato pelo legislador, dependendo da análise específica da demanda ajuizada.⁵⁹² Ou seja, um procedimento adaptável em concreto pelo juiz ou pelas partes. A excessiva rigidez, mesmo dos procedimentos adaptados abstratamente pelo legislador, ao contrário do que já representou, constitui fator de insegurança, porquanto pode ensejar um caminho ritual inapto a dar as respostas processuais que as mais distintas relações materiais exigem.⁵⁹³ Daí a necessidade de avançar para um procedimento mais dúctil, ao encontro do ideal de segurança jurídica processual.⁵⁹⁴ Constitui, inclusive, um dos

⁵⁹¹ “Porém, a participação adequada é realmente prestigiada, assumindo outra dimensão, quando se percebe que o procedimento pode ser construído segundo as necessidades do caso concreto, ao contrário do que ocorria à época em que a rigidez das formas era garantia imprescindível da segurança das partes. (...) A ideia de construção do procedimento no caso concreto não deve ser vista apenas como corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, mas também como fundamento da legitimidade do exercício da própria jurisdição.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 448.)

⁵⁹² “Nessa visão do direito processual, em que a preocupação fundamental é com os resultados a serem produzidos de maneira eficaz e efetiva no plano material, assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado de princípio da elasticidade processual. Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 68-69.)

⁵⁹³ Tratando da migração do princípio da segurança jurídica de uma dimensão estática para uma conformação dinâmica: “Porém, essa relação há de ser conjunturalmente compreendida. Em dada circunstância, o princípio da segurança jurídica pode recobrir o princípio da confiança para escondê-lo nas dobras do manto da legalidade estrita. Em conjuntura diversa, poderá significar o dever de afastar ou relativizar, no caso concreto, o princípio da estrita legalidade para fazer atuar outros princípios do ordenamento, tais como o princípio da boa-fé e o do livre desenvolvimento da personalidade.” (Martins-Costa, Judith. “A Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre os Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança.” *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004, p. 112.)

⁵⁹⁴ “Flexibilidade, no Estado de Direito contemporâneo, significa, mesmo com a necessária proteção à segurança jurídica, que atos irreversíveis devem ser principiologicamente evitados pois que a *adaptabilidade* passa a ser uma das características do direito. Revisões e aprimoramentos de conteúdos devem ser normalmente permitidos, evidentemente que dentro de pressupostos claros e na medida estrita em que novos elementos justifiquem a alteração. Com isso, melhora-se a mobilidade do sistema jurídico, uma de suas características mais importantes.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Cosa julgada e preclusões*

princípios processuais transnacionais a necessidade de flexibilização na estrutura do procedimento, conferindo-lhe a aptidão para se adaptar às características dos casos concretos.⁵⁹⁵⁻⁵⁹⁶ Rompe-se, portanto, com o modelo de rigidez e tipicidade processual que caracterizou, em grande parte, o processo civil dos noventa.⁵⁹⁷ Por impactante, no particular, merece transcrição literal as palavras de um dos maiores comparatistas europeus, visando a apontar as tendências no processo civil moderno:

Una prima tendenza può essere individuata nella consapevolezza dei legislatori di numerosi paesi che l'obiettivo di garantire la effettività della tutela giurisdizionale attraverso un processo capace di svolgersi in tempi ragionevoli, senza sacrificare l'esigenza di un'adeguata trattazione delle cause, non può essere efficacemente perseguito disegnando uno schema rigido di processo concepito come universalmente valido per tutti i tipi di controversie. Quell'obiettivo exige strutture elastiche al cui interno vi sia spazio per *la differenziazione dei modelli di trattazione delle cause in funzione dei loro caratteri peculiar*. L'elasticità dunque come strategia (o scelta) fondamentale per avere un processo che funzioni.⁵⁹⁸

Com efeito, diante da ineficiência da rigidez procedimental para a adequada tutela das mais diversas situações materiais que podem surgir e da evolução dos ideais democráticos a exigirem uma maior participação dos cidadãos no exercício do poder estatal, a conformação processual que densifica o ideal de segurança processual no Estado constitucional caminha no sentido de um procedimento adaptável, sujeito a definições pelo juiz e/ou pelas partes à luz das circunstâncias dos casos concretos, com especial respeito ao direito de participação dos jurisdicionados na definição dos rumos do processo.

O maior equilíbrio que se postula entre as posições dos sujeitos processuais não deve ser entendido como um retorno ao processo liberal, marcado pelo domínio absoluto das partes na condução do processo e anulação do papel dos juízes. Um

dinâmicas: Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 289.)

⁵⁹⁵ Trata-se de estudo realizado por ALI (American Law Institute) e UNIDROT (International Institute for the Unification of Private Law), com o objetivo de identificar um conjunto de regras e princípios comuns que devem ser aplicados globalmente, proporcionando segurança para os jurisdicionados por meio de processos justos. Tal estudo está publicado como *Principles of Transnational Civil Procedure*. New York, Cambridge University Press, 2006. "The concept of 'structure' of a proceeding should be applied flexibly, according to the nature of the particular case. For example, if convenient a judge would have discretion to hold a conference in the pleading phase and to hold multiple conferences as the case progresses." (Em *Principles of Transnational Civil Procedure*. New York, Cambridge University Press, 2006, p. 28.)

⁵⁹⁶ De acordo com o princípio 14.1: *Commencing as early as practicable, the court should actively manage the proceeding, exercising discretion to achieve disposition of the dispute fairly, efficiently, and with reasonable speed. Consideration should be given to the transnational character of the dispute.*

⁵⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. "Cláusulas Gerais Processuais." *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 35, n. 187, p. 69-83, set./2010, p. 69-83.

⁵⁹⁸ TROCKER, Nicolò. "Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa." *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. SCARSELLI, Giuliano (org.). Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2010, p. 177-178.

modelo assim, conforme se verificou das experiências históricas, seria fadado ao insucesso, pois acabaria deixando o processo excessivamente lento e sujeito a manobras protelatórias incompatíveis com a atual noção de efetividade, tempestividade e adequação procedimentais. Um modelo de segurança processual que só se preocupe com a sua dimensão interna poderia conduzir a tais exageros, viabilizando o irrestrito direito de defesa das partes, sem termos preclusivos e ausente a preocupação com a tempestividade da prestação jurisdicional. Estaríamos diante de um olhar parcial do fenômeno da segurança processual.

É preciso preservar no processo civil moderno as conquistas havidas com o publicismo,⁵⁹⁹ que conferiu ao juiz um papel ativo e ordenador da marcha processual,⁶⁰⁰ mas conciliá-lo com a maior participação das partes.⁶⁰¹ E essa maior integração das partes dá-se de três maneiras principais: por meio de um contraditório forte, no qual as partes exercem efetivo poder de influência nas decisões judiciais; por meio dos deveres de cooperação que devem ser observados pelo magistrado e mediante o respeito à vontade regularmente exercida pelos litigantes, quando estes, livremente, definem a conformação do processo que melhor atende aos seus interesses. Não se pode negar, portanto, a relevância da figura de um juiz ativo e engajado com a idônea tutela dos direitos,⁶⁰² todavia tais poderes devem ser exercidos sob rígidas balizas legais, teóricas e

⁵⁹⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 135 e seg.

⁶⁰⁰ PICÓ I JUNOI, Juan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado.” *Cuestiones Jurídicas Revista de Ciências Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. VI, n. 1, p. 11-31, jan.-jun./2012, p. 26. COMOGLIO, Luigi Paolo. “Ruolo del giudice nell’evoluzione dei modelli processuali europei.” *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 70, n. 1, 2015, p. 131-157, p. 156.

⁶⁰¹ “Com efeito, hoje, a dilatação dos poderes judiciais de direção e de instrução deve ser sempre equacionada com as garantias constitucionais do processo (“autoridade da lei”), a permitir que as partes possam participar – cooperando com o juiz, em constante contraditório – de todos os rumos que o procedimento venha a trilhar, por força de decisão judicial (...)” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Contra o processo autoritário.” *Revista de Processo*. vol. 242/2015, p. 47-67, p. 52.)

⁶⁰² Jorge Peyrano aponta o que chama de “ativismo processual” como uma importante mudança de paradigma, que, não obstante as críticas, vem apresentando excelentes resultados. Citando Thomas Kuhn, explica que uma mudança de paradigma é algo que leva um tempo para se consolidar, mas que uma postura ativa do juiz é uma conquista fundamental para o processo civil moderno. (PEYRANO, Jorge W. “El cambio de paradigmas en materia procesal civil.” *Revista de Processo*, vol. 184/2010, p. 154-162, jun./2010.)

convencionais, evitando-se excessos e arbitrariedades.⁶⁰³ Nas palavras de Ferrand, um processo civil que seja “*chose des parties et chose du juge*”.⁶⁰⁴⁻⁶⁰⁵

Para além dessa reconfiguração de forças entre os sujeitos processuais, os parâmetros modernos de segurança orientam a uma transição da rigidez à flexibilização procedimental, a fim de que o processo possa se adaptar aos casos apresentados ao Judiciário e, portanto, terem um tratamento adequado às suas peculiaridades.⁶⁰⁶ Conforme anota Paula Costa e Silva, além das adaptações legislativas dos procedimentos especiais (“plasticidade formal”), “o processo judicial comum está actualmente submetido ao princípio da adequação, nos termos do qual o juiz deverá adaptar a tramitação ao caso concreto sempre que a tramitação prevista pelo legislador se mostre inadequada.”⁶⁰⁷ Essa aptidão à adaptabilidade, conforme será visto, pode ser prevista legislativamente, conferindo ao juiz e às partes a possibilidade de definirem, em concreto, o procedimento a ser seguido, mas também pode ser alcançada por densificação direta dos princípios constitucionais, respeitadas algumas balizas de segurança.⁶⁰⁸

O modelo ora apresentado, além de constituir um imperativo das circunstâncias sociais e jurídicas do atual Estado Democrático de Direito, representa,

⁶⁰³ Calmon de Passos critica o excesso de poderes dos juízes, “precisamente o detentor de poder na relação processual, portanto o que é melhor aparelhado para oprimir e desestruturar expectativas socialmente formalizadas em termos de segurança do agir humano e previsibilidade de suas consequências”. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal.” *Revista de Processo*, vol. 102/2001, p. 55-67, abr.-Jun./2001.)

⁶⁰⁴ FERRAND, Frédérique. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005, p. 7-32, p. 10.

⁶⁰⁵ Mesmo no processo penal, no qual se poderia imaginar um publicismo ainda mais justificável em razão da indisponibilidade do direito material e do interesse coletivo na aplicação das penas, crescente é a preocupação em limitar os poderes dos juízes e assegurar as garantias constitucionais dos jurisdicionados. “Num Estado Democrático de Direito, não podemos tolerar um processo penal autoritário e típico de um *Estado-policial*, pois o processo deve adequar-se à Constituição e não vice-versa. (LOPES JR. Aury. *A Instrumentalidade garantista do processo penal*. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9E6-MHkyF90J:https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/instrumentalidade-garantista-do-processo-penal-aury-lobes-jr.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>, p. 11-12. Acesso em 18/11/2016.)

⁶⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

⁶⁰⁷ SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 126.

⁶⁰⁸ “El derecho positivo brasileño no dispone actualmente de regla explícita a cerca de la adaptabilidade del procedimiento. La idea se deduce, principalmente, del sistema de garantías constitucionales del proceso, en especial de los números XXXV y LIV del artículo 5º de la Constitución Federal brasileña (...)” (COHEN-KOPLIN, Klaus. “Origen y fundamentación iusfilosofica del 'principio de la adaptabilidad del procedimiento judicial'.” In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 266-267).

em alguma medida, tendência seguida nas mais recentes reformas processuais levadas a efeito no ordenamento inglês, francês e português.⁶⁰⁹ Foi possível perceber que a legislação de tais países caminha a passos largos quanto à necessidade de flexibilização procedimental, a fim de que o processo seja mais eficiente na consecução dos seus fins.⁶¹⁰ - ⁶¹¹ A ampla reforma por que passou o direito inglês, historicamente caracterizado pela passividade judicial e ampla condução do ritmo do processo pelas partes, vem conferindo significativo impacto na ciência processual e, por consequência, na concepção do processo civil moderno.⁶¹² Um processo em que o juiz assume posição ativa e gerencial em todo o seu curso, podendo adaptar amplamente o procedimento de acordo com as características particulares do caso. Segundo Trocker, “l’evento più spettacolare di questo movimento di riforme è sicuramente costituito dalla radicale ristrutturazione del processo civile inglese ad opera delle *Civil Procedure Rules* (...)”⁶¹³

Verifica-se, todavia, que referidos ordenamentos outorgam substanciais poderes judiciais, mas seguem com a tendência, que caracterizou o Direito processual do século XX na tradição romano-germânica, de afastar significativamente as partes do processo. Coloca-se a jurisdição como polo metodológico da ciência processual, com significativo acento na atuação do Estado-juiz.⁶¹⁴ No particular, as três experiências

⁶⁰⁹ Incluindo nesta lista o processo tedesco: STÜRNER, Rolf. “Anglo-american and continental civil procedure: the english reform as a model for further harmonization?” *The future of transnational civil litigation*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 09-12, p. 12.

⁶¹⁰ “Destes breves elementos retirados de algumas experiências estrangeiras é possível concluir que as tendências recentes se orientam no sentido de um certo afastamento do modelo da “pré-formatação” e numa importância crescente do modelo da “adequação” (SOUSA, Miguel Teixeira de. “Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?” *Revista de Processo*, vol. 161/2008, p. 203 – 220, Jul./2008.)

⁶¹¹ “Pertanto la tendenza che si sta accreditando a livello europeo è quella di una disciplina del processo a cognizione piena elastica, che affida lo svolgimento preferibile nel caso concreto alle determinazioni discrezionali del giudice.” (CAPONI, Remo. “Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa.” Em <https://www.academia.edu/205261/R. Caponi Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa 2005?auto=download>. Acesso em 15 de janeiro de 2017, p. 16.)

⁶¹² Sobre as soluções adotadas na Europa para combater a excessiva duração do processo: “Em mais de um país, a via para alcançar o alvo tem passado pelo aumento dos poderes do juiz na direção do feito. É o que vem acontecendo na França, consoante se mostrou, e foi o que aconteceu na Inglaterra, onde o advento das *Civil Procedure Rules* de 1998 alterou de modo significativo o quadro tradicional do processo, até então dominado pelo *adversary system*, com a tônica posta na iniciativa das partes (*rectius* advogados). Também na Holanda se vai abandonando a ideia da ‘passividade’ do órgão judicial em favor de uma atuação mais intensa do juiz.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês.” *Revista de Processo*, vol. 150. p. 59-69. São Paulo, ago./2007, p. 60-67.)

⁶¹³ TROCKER, Nicolò. “Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa.” *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. SCARSELLI, Giuliano (org.). Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2010, p. 173.

⁶¹⁴ Para uma crítica à jurisdição como polo metodológico da ciência processual no direito contemporâneo: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e

analisadas merecem críticas. Ao que parece, no afã de resolver o problema da morosidade judicial, o procedimento foi estruturado com um acentuado viés publicista, limitando-se os espaços de autonomia privada ou mesmo a participação efetiva das partes nas decisões sobre o procedimento a ser seguido.⁶¹⁵ -⁶¹⁶ Definitivamente, tal postura não reflete os ideais do Estado constitucional, sendo necessário compreender o exercício do poder estatal em função do cidadão, o que implica uma maior participação das partes na definição dos rumos procedimentais.⁶¹⁷ “É sempre importante frisar que a celeridade deve servir às partes e não ao Estado!”⁶¹⁸ Se, de fato, é necessário um juiz ativo na condução e na conformação processual, é de suma relevância trabalhar os seus limites teóricos, legislativos e decorrentes do exercício da vontade das partes.⁶¹⁹ Devemos evoluir, portanto, em relação àquelas experiências processuais.⁶²⁰

aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, *passim*. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 40 e seg.

⁶¹⁵ “Em uma perspectiva europeia, ganha particular atenção a ideia de acelerar a tutela jurisdicional através de um processo de cognição plena elástico que confia o desenvolvimento preferível ao caso concreto à determinação discricionária do juiz.” (CAPONI, Remo. “Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição.” *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Trad. Michele Pedrosa Paumgarten. Ano 10, vol. 17, n. 2. Jul. a Dez./16, p. 531-549, p. 537.)

⁶¹⁶ Sobre o direito inglês: “Assim, o juiz escolhe como julgar, inclusive limitando as provas; e o tribunal escolhe o que julgar, pois a admissibilidade recursal, mesmo em instância ordinária independe do interesse individual da parte. Mesmo para nós, esse protagonismo judicial parece exacerbado em alguns momentos. Talvez isso funcione bem na Inglaterra porque há um uso parcimonioso do poder judicial; ao mesmo tempo em que os jurisdicionados respeitam os proventos judiciais. Constrói-se, assim, um sistema legítimo e estável.” (COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre o case management powers*. Tese apresentada à PUC/São Paulo. 2012, p. 101.) Para a ampla exposição dos problemas que justificaram as reformas inglesas: TURNER, Robert. “The proactive judge and the provision of a single transnational case management system and its associated procedures.” *The future of transnational civil litigation*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 73-88.

⁶¹⁷ Interessante a observação de Frédérique Ferrand, após expor as vantagens de um modelo em que se conferem grandes poderes aos juízes, no sentido de que, se esta proposta não funcionar por meio de um constante diálogo do juiz com as partes, o princípio adversarial será infringido e decisões arbitrárias serão proferidas, representando um lamentável retrocesso para o processo civil francês. (FERRAND, Frédérique. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005, p. 7-32, p. 32.)

⁶¹⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Contra o processo autoritário.” *Revista de Processo*. vol. 242/2015, p. 47-67, p. 48.

⁶¹⁹ “A ‘aceleração’ da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recursos, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 499.)

⁶²⁰ Apesar da referida configuração processual inglesa, é de se registrar que, na prática, conforme anota Tim Parkes, os juízes evitam intervir no andamento processual diante de “partes sofisticadas”, ou seja, aquelas que são aptas a definir os rumos do processo que melhor atendam aos seus interesses, o que, em certa medida, representa um respeito pela autonomia privada no processo civil. (PARKES, Tim. “The civil procedure rules ten years on: the practioners’ perspective.” *The civil procedure rules ten years on*. Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 440 e 450.)

À vista de todos estes fundamentos, traçados estão os vetores que devem ser seguidos para a densificação da segurança jurídica processual. Referidos elementos históricos, sociológicos, jurídicos e de direito comparado constituem substrato fundamental para a configuração de um formalismo processual concatenado com o ambiente cultural moderno, que proporcione segurança jurídica aos jurisdicionados.

A possibilidade de flexibilização procedimental constitui, portanto, importante fator de segurança,⁶²¹ ao contrário do que se podia imaginar em épocas passadas.⁶²² O rigor do formalismo deve ser amainado em razão das vicissitudes da vida e da sua inesgotável riqueza, porquanto a aplicação do direito constitui uma empresa de acomodação do geral ao particular, a exigir incessante labor de adaptação e criação.⁶²³ A rigidez procedimental, consoante já alertava Carnelutti com olhos para o futuro, pode ser extremamente prejudicial ao bom êxito do processo, sugerindo a consagração do que chamou de *princípio da elasticidade*.^{624 - 625} Assim, se, do ponto de vista objetivo, interessa à segurança processual um procedimento adaptável, sob o aspecto subjetivo, tais modificações rituais serão realizadas tanto pelo juiz, quanto pelas partes. Ao órgão judicial caberá não só garantir ampla participação das partes na definição dos melhores rumos do procedimento, mas também respeitar os ajustes acordados entre elas sobre a melhor forma de tutela os seus direitos.⁶²⁶

⁶²¹ “Mas é preciso notar que a curva da equação entre legalidade e segurança jurídica tem um ponto máximo, a partir do qual é negativa. Após certo nível de legalismo processual, o tempo dedicado à resolução do conflito diminui a segurança jurídica.” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 131.)

⁶²² Emblemática esta passagem, escrita em 1920, por João Mendes Júnior: “As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as actualidades das garantias constitucionais. Si o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discricção dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfiças e surpresas.” (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro : Typ. Batista de Souza, 1920, p. 9.)

⁶²³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 143.

⁶²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 157.

⁶²⁵ Mesmo Franco Cipriani, autor apontado como um dos ardorosos defensores do garantismo processual, lembra Carnelutti para apontar o que espera do processo civil no novo século: “(...) è sperabile che in questo nuovo secolo sia rivalutato e attuato il principio carneluttiano della elasticità, che in verità fotografa molto bene la necessità che il processo si adegui alle caratteristiche della singola causa.” (CIPRIANI, Franco. “Il processo civil italiano tra efficienza e garanzie.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 04/2002, p. 1.243-1.261, p. 1.256.)

⁶²⁶ Trata-se, portanto, de harmozinar “uma direção mais firme e adequada do processo pelo juiz com a autonomia privada e com as garantias fundamentais do processo.” (GRECO, Leonardo. “Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual.” In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 293.)

Estabelecidas as premissas que devem lastrear o formalismo processual contemporâneo, é possível perceber que a doutrina brasileira passou por três fases evolutivas do fenômeno da flexibilização procedimental, que refletiram os pressupostos sociais e jurídicos da sua época.⁶²⁷ *A primeira fase* postulava a flexibilização legal do procedimento, sendo tarefa do legislador possibilitar modificações rituais a depender das peculiaridades dos casos concretos. Neste grupo podem ser incluídos autores como Galeno Lacerda (nos seus escritos de 1976)⁶²⁸, José Roberto dos Santos Bedaque (em *Direito e Processo*, publicado em 1995),⁶²⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (em *Do Formalismo no Processo Civil*, publicado em 1997).⁶³⁰ *A segunda fase*, sem negar os ganhos da primeira fase, visualizou a necessidade de o juiz tomar as rédeas do processo e, sempre que necessário, adaptar o procedimento às necessidades de tutela apresentadas. Confiaram ao juiz a tarefa de adaptar o procedimento, dedicando pouca ou nenhuma atenção à participação das partes nesta empresa, exigindo em regra apenas o contraditório como fator legitimante para a flexibilização. Nesta segunda fase, podem ser incluídos Cândido Rangel Dinamarco (em *Instrumentalidade do processo*)⁶³¹; Fredie Didier Jr. (em *Adequação e Adaptabilidade...* publicado em 2001)⁶³²; Fernando Gajardoni (em *Flexibilização Procedimental*, publicado em 2008)⁶³³; Paulo Eduardo Alves da Silva (em *Gerenciamento de processos judiciais*, publicado em 2010)⁶³⁴. *A terceira fase*, sem afastar-se dos ganhos das fases anteriores, desloca o acento da flexibilização da figura do juiz para as partes, não com o intento de apequenar a relevância de um magistrado ativo na atividade de adaptar o procedimento, mas com o

⁶²⁷ A divisão em “fases” cumpre o papel didático de bem visualizar as distintas visões sobre o processo que se desenvolveram ao longo da história. Contudo, pôde-se perceber que ocorreram movimentos que conviveram e, inclusive, proporcionaram profícuos diálogos doutrinários.

⁶²⁸ LACERDA, Galeno. “O código como sistema legal de adequação do processo”. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul — Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre, 1976, p. 163-170.

⁶²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60-61.

⁶³⁰ Alvaro de Oliveira avança à segunda fase, em ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Efetividade e processo de conhecimento”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n. 16, p. 7-19 1999.

⁶³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁶³² DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5806-sobre-dois-importantes-e-esquecidos-principios-do-processo-adequacao-e-adaptabilidade-do-procedimento>. Acesso em 20/12/2016.

⁶³³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.

⁶³⁴ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

intuito de conferir maior relevância à autonomia privada, seja para limitar os poderes dos juízes, seja para impor o respeito às convenções legitimamente celebradas pelos litigantes. Esta é a proposta desta tese, da qual se aproximam, apesar de não tratarem do tema da flexibilização judicial, os autores modernos que vêm trabalhando a abertura cada vez maior do processo às convenções processuais.⁶³⁵⁻⁶³⁶

⁶³⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 100. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 193, p. 167-200, mar. 2011. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira De; Gomes Júnior, Luiz Manoel (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo : Rev. dos Tribunais, 2008. p. 290-304, p. 290.

⁶³⁶ Sobre esta nova tendência que vem seguindo o sistema francês: “No que tange aos fins que motivaram seu desenvolvimento, a experiência francesa: a) mostrou que há um sentimento de insuficiência do procedimento rígido, exigindo flexibilização; b) demonstrou a tendência de atribuir um viés colaborativo à adaptação do procedimento, incrementando o papel das partes.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 122.)

PARTE III

TÉCNICAS DE FLEXIBILIZAÇÃO E LIMITES JUDICIAIS

1. TÉCNICAS DE FLEXIBILIZAÇÃO PROCESSUAL

1.1 Dos procedimentos especiais adaptados ao procedimento comum adaptável

A partir das premissas teóricas que conferem suporte à flexibilização procedimental, é de se questionar o fenômeno da proliferação de procedimentos especiais ocorrido especialmente na segunda metade do século XX.⁶³⁷ Diante da necessidade de o procedimento ser adequado às peculiaridades das distintas relações jurídicas substanciais e, ainda, para que se atendessem certas políticas legislativas de simplificação e agilização processual,⁶³⁸ houve verdadeira obsessão pela elaboração de procedimentos especiais.⁶³⁹ O CPC brasileiro de 1973 é um bom exemplo desta busca pela especialização, tendo sido previstos nada menos do que 25 procedimentos especiais de conhecimento e 14 procedimentos especiais cautelares.⁶⁴⁰ Alguns casos caracterizam-se por alterações mínimas, se comparados ao procedimento comum,⁶⁴¹ a exemplo das ações possessórias, cuja especialização se deu notadamente pela possibilidade da antecipação de tutela da evidência, ou seja, sem necessidade de demonstração de urgência.⁶⁴² Os demais atos procedimentais em nada se diferenciavam do procedimento comum.⁶⁴³

Esta abundância de procedimentos, apesar de decorrente, em regra, de uma real necessidade de aderência da conformação processual às peculiaridades dos casos,

⁶³⁷ Para um detalhamento sobre os procedimentos especiais na década de 70: PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 34, n. 4, 1979, p. 536-591.

⁶³⁸ Os Juizados Especiais (Lei 9.099/95) e a ação de busca e apreensão na alienação fiduciária (Dec.-Lei 911/1969) são bons exemplos.

⁶³⁹ Segundo Turner, apesar de a codificação ter sido um significativo avanço, aquilo que foi criado para ser único acaba sendo “uma cacofonia de diferentes regras” devido à tendência de criar novas regras e procedimentos diante de novas situações. (TURNER, Robert. “The proactive judge and the provision of a single transnational case management system and its associated procedures.” *The future of transnational civil litigation*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 73-88, p. 73.)

⁶⁴⁰ Apontando a “selva de procedimientos especiales” como uma das causas da ineficácia da justiça, Gimeno Sendra justifica as reformas realizadas na Espanha, que contava com 4 procedimentos ordinários e 60 procedimentos especiais e sumários. (SENDRA, Gimeno. “Causas historicas de la ineficacia de la justicia.” *Justice and efficiency: general reports and discussions*. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1989, p. 19-38, p. 23.)

⁶⁴¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 674 ao 718*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 28-29.

⁶⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 344.

⁶⁴³ Diante da similitude, Lamy perfilha, inclusive, a fungibilidade dos ritos: LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 143-144.

acabou por deixar o sistema bastante complexo.⁶⁴⁴ Entender e aplicar as mais diversas peculiaridades procedimentais passou a ser empresa das mais difíceis para os operadores do Direito, o que acabava por gerar surpresas e insegurança.⁶⁴⁵ Ademais, não obstante o esforço legislativo, ainda assim constantemente surgem novas relações não contempladas pelos ritos já especializados, além de novos aspectos dos casos concretos que recomendam alteração do próprio procedimento especial. Assim, além de multiplicar ritos, dificultando o próprio acesso à justiça, não resolveu inteiramente os problemas a que a técnica se propôs.⁶⁴⁶

Entender estas dificuldades, tendo presente o atual estágio evolutivo da ciência processual e das circunstâncias sociais e jurídicas do século XXI, conduz a repensar as soluções até então adotadas. Se o estágio atual da segurança jurídica processual é favorável a um procedimento dinâmico, em que o juiz é dotado de poderes para adaptar o procedimento às necessidades dos casos concretos e as partes, além do significativo poder de conformação processual, têm efetiva influência na atuação judicial, deve-se rever a opção de proliferação de procedimentos diferenciados.⁶⁴⁷

Em prol de um sistema processual mais simples e, por consequência, mais acessível, é possível evoluir para preferir um procedimento comum adaptável ao invés de reger inúmeros procedimentos especiais.⁶⁴⁸ Parece ser este o sentido da evolução

⁶⁴⁴ Nas palavras de Calmon de Passos, o procedimento ordinário “deve ser o procedimento por excelência e se por acaso estiver mal estruturado, tarefa prioritária será dar-lhe a melhor feição possível. Incompreensível que se entendendo inadequado o procedimento ordinário, seja ele deixado como está, apenas injuriando gratuitamente, tentando-se a escapatória pelo que é desigualizador e complicador – gerar miríades de procedimentos especiais, ao sabor de cada comichão processual e sempre acobertando algum tratamento privilegiado.” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “Teoria geral dos procedimentos especiais.” *Procedimentos especiais cíveis, legislação extravagante*. FARIAS, Cristiano Chaves e DIDIER JR., Fredie (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 1-10, p. 3-4.)

⁶⁴⁵ “A profusão de procedimentos especiais, nos moldes brasileiros, de prazos diferenciados, e de outras especializações, apesar de serem impostos sob o argumento de maior adaptabilidade, simplificação procedimental, sumarização, rapidez e eficiência, conduz, claramente, a um aumento da complexidade processual e gera inúmeras dúvidas ao profissional mediano (além de gerar uma infinidade de recursos para esclarecer as aludidas dúvidas). A despeito do discurso que proclama a necessidade de simplificação processual e mesmo de aproximação do processo ao cidadão, essa multiplicação de procedimentos especiais e de reformas sem fim do processo comum levam justamente ao efeito contrário.” (NUNES, Dierle. “Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades.” *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, vol. 184, jun. 2010, 109-140, p. 119-120).

⁶⁴⁶ Em sentido semelhante: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 462.

⁶⁴⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Justificação teórica dos procedimentos especiais”, abril/1994, *in* [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%83%C2%ADcio\(3\)formatad_o.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%83%C2%ADcio(3)formatad_o.pdf), acesso em 15 de dezembro de 2016.

⁶⁴⁸ Não se trata de retomar a concepção da fase conceitualista, mas de apostar no procedimento comum apto a se adaptar às circunstâncias dos casos apreciados. Sobre os equívocos do conceitualismo: “Os poucos procedimentos especiais concebidos ao lado do procedimento comum eram violentamente

processual, sempre com vista a qualificar a prestação jurisdicional da maneira mais simples possível e sem deficit de segurança jurídica. Remanesçam os procedimentos especiais como exceção,⁶⁴⁹ para aqueles poucos casos em que efetivamente inúmeras adaptações são necessárias e já podem ser antevistas pelo legislador.⁶⁵⁰

É preciso que se evite que a tutela jurisdicional seja prestada por meio de um emaranhado de ritos, repletos de especificidades, pois tal cenário acaba por provocar mais prejuízos do que ganhos ao acesso à justiça e à segurança processual. Este é o caminho, por exemplo, adotado pelo ordenamento português, que previu uma cláusula geral de adaptabilidade do procedimento.⁶⁵¹ No direito inglês e francês, igualmente, cabe ao juiz definir o procedimento que melhor atende às especificidades da demanda ajuizada. Trata-se, portanto, de tendência que vem sendo seguida pelos ordenamentos europeus mais avançados e que vem alcançando expressivos resultados em termos de eficiência processual.⁶⁵²

O CPC brasileiro de 2015, em alguma medida, foi elaborado com atenção a tais premissas teóricas e movimentos reformistas ocorridos nas experiências

acusados pela doutrina como resquícios da época em que o procedimento era concebido como mero rito para a aplicação judicial do direito. Bem por isso, tais procedimentos eram vistos como exceções ao procedimento comum. Enquanto Carnelutti, ao relacionar os procedimentos especiais com o procedimento comum, dizia aí existir '*procedimenti anormali in confronto com il procedimento normale*', Satta, aludindo aos procedimentos que fugiam do '*schema típico del processo contencioso ordinário*', falava em '*deviazione*'. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 460-461.)

⁶⁴⁹ Apontando como ultrapassada a técnica de especialização legal do procedimento: COHEN-KOPLIN, Klaus. "Origen y fundamentación iusfilosofica del 'principio de la adaptabilidad del procedimiento judicial'." In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 268.

⁶⁵⁰ "A especialidade do procedimento deve ser, portanto, uma exceção, só justificável e face da absoluta necessidade de se atender a algo tão específico que seria disfuncional e até lesivo adotar-se na sua inteireza o procedimento ordinário. O que se impõe como técnica e politicamente correto é ter-se um procedimento ordinário excelente, porque ele é o meio a ser empregado na esmagadora maioria dos casos. Péssimo, política e tecnicamente, será optarmos por deixar inadequadamente regulado o que deve servir para a quase-totalidade dos litígios e nos perdermos em elucubrações cerebrinas para institucionalizar excepcionalidades." (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. "Teoria geral dos procedimentos especiais." *Procedimentos especiais cíveis, legislação extravagante*. FARIAS, Cristiano Chaves e DIDIER JR., Fredie (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 1-10, p. 4.)

⁶⁵¹ SERRA, Miguel Pestana. "O dever de gestão processual no Código de Processo Civil de 2013." *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 5, n. 5, 2015, p. 98-99.

⁶⁵² TROCKER, Nicolò. "Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa." *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. SCARSELLI, Giuliano (org.). Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2010, p. 173 a 178. STÜRNER, Rolf. "Anglo-american and continental civil procedure: the english reform as a model for further harmonization?" *The future of transnational civil litigation*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 09-12, p. 12. SOUSA, Miguel Teixeira de. "Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?" *Revista de Processo*, vol. 161/2008, p. 203 – 220, Jul / 2008. CAPONI, Remo. "Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa." p. 16. CADIET, Loïc. AMRANI-MEKKI, Soraya. "Civil procedure." *Introduction to french law*. Kluwer Law International BV: The Netherland, 2008, p. 314.

estrangeiras, reduzindo a quantidade de procedimentos especiais,⁶⁵³ eliminando o procedimento sumário⁶⁵⁴ e buscando criar alternativas procedimentais aos operadores do direito diante das características concretas dos casos apreciados, ou seja, introduzir em solo nacional, de maneira mais clara, a técnica de flexibilização procedimental. Este tema, contudo, ainda suscita muitas dúvidas nos operadores do direito, o que fez com que o projeto de reforma fosse bastante alterado.⁶⁵⁵

A redação original do anteprojeto previa dois artigos que tratavam do tema, conferindo amplos poderes judiciais à flexibilização procedimental. O art. 107 versava sobre os poderes do juiz, com a seguinte redação: “*Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;*” Além de tal disposição bastante clara quanto aos poderes do juiz de adaptar o procedimento aos casos sob julgamento, havia o parágrafo primeiro do art. 151, que reforçava a diretriz: *Art. 151. Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. § 1º Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste. [...].*⁶⁵⁶

Transformado o anteprojeto no Projeto de Lei do Senado n.º 166/2010, tais propostas normativas foram duramente criticadas no curso da tramitação,⁶⁵⁷ especialmente sob o fundamento de que tal abertura do procedimento à adaptação judicial iria causar grande insegurança jurídica, com um aumento extraordinário dos poderes do juiz, possibilitando que cada magistrado tivesse o seu Código de Processo

⁶⁵³ Foram excluídos do CPC de 2015 o procedimento especial para as ações de nunciação de obra nova, venda com reserva de domínio, usucapião, depósito, anulação ou substituição de título ao portador e especialização de hipoteca legal.

⁶⁵⁴ A eliminação do procedimento sumário confere a importante lição de que a sumarização do rito, simplesmente como uma espécie de procedimento especial, não é apta a conferir o incremento de acesso à justiça que se espera. O modelo dos Juizados Especiais, que coloca à disposição dos jurisdicionados não só um procedimento simplificado, mas uma estrutura judicial diferenciada e preparada para tais demandas mais singelas, vem se mostrando mais eficiente.

⁶⁵⁵ Para uma ampla exposição sobre os trâmites legislativos a respeito da flexibilização procedimental: NOBLAT, Francis. MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. “De ‘poder do juiz’ a ‘convenção das partes’: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do Código de Processo Civil.” *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. XIII, p. 200-228, jul./2014.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 212.

⁶⁵⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 674 ao 718*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 29.

Civil pessoal. Tais reações fizeram com que o texto fosse sensivelmente modificado, sendo limitada a redação do referido art. 107, V, a duas hipóteses: aumentos dos prazos e inversão da produção dos meios de prova. O §1º do art. 151, por sua vez, também foi alterado para suprimir a possibilidade de o juiz adaptar o procedimento por meio de uma cláusula ampla de abertura.⁶⁵⁸

Encaminhado o projeto para a Câmara dos Deputados, o tema da flexibilização ganha força novamente, mas não como um poder do juiz e sim como uma prerrogativa das partes, conferindo-se a possibilidade de os litigantes celebrarem convenções processuais para ajustar o procedimento às especificidades do litígio. Trata-se de um acontecimento legislativo relevante, pois demonstra claramente a mudança de perspectiva por que passou a adaptabilidade procedimental no parlamento brasileiro. Diante de uma forte reação da comunidade jurídica à ampliação dos poderes judiciais, transfere-se o poder do juiz às partes, oportunizando que os jurisdicionados tenham maior liberdade para definir o desenho procedimental que lhes pareça adequado ou, visto por outro ângulo, condiciona a adaptabilidade judicial atípica à concordância das partes.⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ NOBLAT, Francis. MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. “De ‘poder do juiz’ a ‘convenção das partes’: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do Código de Processo Civil.” *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. XIII, p. 200-228, jul./2014, p. 214-217.

⁶⁵⁹ A manifestação do Relator do Projeto na Câmara é eloquente: “Trata-se de introduzir no sistema brasileiro uma modalidade de acordo de procedimento, permitindo que as partes possam, em certa medida, regular a forma de exercício de seus direitos e deveres processuais e dispor sobre os ônus que contra si recaiam. Trata-se de importante acréscimo que vai ao encontro de ideia presente em várias passagens do projeto: ampliar a participação das partes no processo, favorecendo o desenvolvimento da noção de cidadania processual. Se solução consensual do litígio é benéfica e querida, porque representa, além do encerramento do processo judicial, a própria concretização da pacificação, nada mais justo do que permitir que os litigantes possam, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinar a forma do exercício das suas faculdades processuais conforme suas conveniências, ou até mesmo delas dispor, conforme o caso. O texto proposto, ao tempo em que abre espaço à participação das partes na construção do procedimento, democratizando-o, também se preocupa em evitar que esses acordos, na prática, funcionem como instrumento de abuso de direito, ou de opressão. Por isso, o pacto somente será admitido (a) quando se tratar de direitos que admitam autocomposição, hipóteses nas quais as partes já estão autorizadas pelo ordenamento e renunciar integralmente ao próprio direito litigioso e a afastar a própria jurisdição estatal, com opção pela arbitragem; (b) quando as partes sejam capazes e (c) quando estejam em situação de equilíbrio, não se permitindo o acordo de procedimento em contratos de adesão ou em contratos em que figurem partes em situação de vulnerabilidade – tudo isso sob a fiscalização do juiz. A proposta também avança para admitir que as partes e o juiz possam, em conjunto, disciplinar o procedimento para melhor ajustá-lo às especificidades do caso concreto. A versão inicial do anteprojeto que tramitou no Senado Federal sob o PL n.º 166, de 2010, no art. 107, inciso V, admitia amplamente a adaptação do procedimento pelo juiz, observado o contraditório. O dispositivo, após diversas críticas oriundas de variados setores da sociedade, foi retirado e não constou do substitutivo aprovado no Senado Federal – e não foi resgatado por este relatório. O enunciado ora proposto admite a adaptação procedimental, que não deve ser simplesmente proscribida. Mas a adaptação não é aceita aqui como resultado de um ato unilateral do juiz, e sim como fruto do consenso entre as partes e o julgador em situações excepcionais. É preciso notar, então, que não se trata de um renascimento do dispositivo.” (grifos nossos) (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos

Percebe-se, portanto, que o modelo de flexibilização procedimental adotado no Brasil, por meio do filtro democrático do parlamento, transferiu o seu principal ator da figura do juiz para as partes do processo. Subtraiu-se a cláusula geral que empoderava o juiz na tarefa de adaptar o procedimento e conferiu-se às partes, atipicamente, o poder de construir o procedimento que melhor atenda às exigências do caso concreto. Trata-se de mensagem importante que deve ser considerada na definição do modelo de flexibilização procedimental no Brasil, seja para conferir a devida atenção à autonomia da vontade no processo, seja para exigir dos juízes, diante de um procedimento legalmente previsto que não atende adequadamente às exigência de tutela do caso concreto, que se desincumba de um rigoroso ônus argumentativo e dos deveres de colaboração perante as partes, sempre orientado pelas balizas constitucionais, para superar o rito legal e adaptá-lo às necessidades de tutela.

A utilização de tais trâmites e discussões legislativas, como relevante diretiva interpretativa, é algo que merece luzes e precisa ser levado a sério. Se é verdade que eventual e intangível “vontade do legislador” não pode vincular a interpretação do direito positivado - que a lei desprende-se do seu produtor ao ser promulgada - isto não significa que as deliberações legislativas sejam irrelevantes na atividade interpretativa. Consoante adverte Larenz, amainando os excessos da distinção entre a “vontade da lei” e a “vontade do legislador”, salvo se estiverem em contradição com a Constituição, a interpretação não pode desconsiderar a “intenção reguladora cognoscível e as decisões valorativas do legislador histórico”, sob pena de afastar-se de uma autêntica interpretação para transformar-se em mistificação.⁶⁶⁰ Se o Poder Legislativo, após longas discussões, deliberou por um modelo processual e afastou expressamente um modelo diverso, a princípio, não é dado ao operador do direito, pela via interpretativa, impor aquele formato que não passou pelo crivo parlamentar. Trata-se do necessário respeito que os teóricos do direito devem ter pelo regime democrático ou, em outras

Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº. 5.869, de 1973). Projetos de Lei nos. 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010. Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1030577&filena e=Tra mitacao-PL+6025/2005>. Acesso em 26 jan. 2017, p. 29-30)

⁶⁶⁰ E prossegue, aduzindo que “a vinculação constitucional do juiz à lei, que significa supremacia do poder legislativo face aos outros ‘poderes’ no processo de criação do Direito – o que não exclui a cooperação do poder judicial neste processo – não teria então significado.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 448.)

palavras, pelas posições democraticamente adotadas pelo parlamento, sob pena de não termos uma ciência do direito, mas um direito da ciência.⁶⁶¹

É de se reconhecer, assim, que o modelo brasileiro de flexibilização procedimental, em consonância com os pressupostos sociais e jurídicos antes analisados, caminha em sentido um pouco diverso daquele seguido pelos sistemas inglês, português e francês, porquanto, apesar de abrir o procedimento a diversas possibilidades de adaptações procedimentais por ato do juiz - adiante analisadas -, deposita a confiança da *flexibilização atípica* nas partes do processo. Tal circunstância, contudo, não subtrai a relevância da figura do juiz como um desatacado ator na implementação de adaptações procedimentais, porquanto o próprio legislador vem conferindo cada vez mais espaços de atuação judicial, a fim de que possa, em colaboração com as partes, definir o melhor procedimento a ser trilhado.

Neste particular, um dispositivo que merece atenção é o art. 327, §2º, do CPC, que prevê que “quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum”. Ou seja, adotou-se um modelo de procedimento comum no Brasil amplamente adaptável a pedidos que, a princípio, deveriam se submeter a um procedimento especial. Operou-se, pois, um verdadeiro redimensionamento da noção de procedimento comum, flexibilizando-o para viabilizar a cumulação de pedidos em um só processo, o que prestigia a tempestividade processual e evita a instauração de mais um processo perante o Poder Judiciário.⁶⁶²

Este novo modelo de procedimento comum, acolhedor das técnicas processuais dos procedimentos especiais, não só confirma a tendência do processo civil moderno de ser mais dúctil, afastando-se do modelo rígido que predominou em larga medida no século passado, mas também confirma a ideia de que alguns procedimentos

⁶⁶¹ ÁVILA, Humberto. “‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’.” *Revista eletrônica de direito do estado (Rede)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009, *passim*.

⁶⁶² Fredie Didier enfatiza tal reconfiguração do procedimento comum brasileiro: “O procedimento comum passa a ser território propício para a imigração de ajustes procedimentais desenvolvidos para a tutela de determinados direitos. Essa cláusula geral pode ser a fonte normativa da reafirmação e do desenvolvimento do princípio da adequação do procedimento. De todo modo, ao menos há uma certeza: o procedimento comum, no processo civil brasileiro, não é xenófobo e, por isso, não é rígido.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 575.)

especiais podem ser eliminados, bastando que o procedimento comum seja permeável a pequenas mudanças que contemplem as exigências da relação material que justificaram a criação do rito diferenciado.

1.2 Flexibilização judicial atípica

Apesar de o legislador ter colocado o acento da flexibilização procedimental atípica nas partes do processo, não é de se eliminar a possibilidade de o juiz, *excepcionalmente e com respeito a critérios bem definidos*,⁶⁶³ proceder à flexibilização atípica do rito legalmente previsto, por aplicação direta dos preceitos constitucionais, em especial dos direitos fundamentais de acesso substancial à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88) e do devido processo (art. 5º, LIV, CF/88).⁶⁶⁴

Um dos princípios que, há muito, rege o processo civil brasileiro é o da liberdade das formas concatenado com a instrumentalidade. Trata-se de norma que revela a aptidão do sistema à aceitação de formas procedimentais não previstas em lei ou mesmo daquelas adotadas contrariamente à previsão legal, desde que alcancem os resultados desejados. Segundo o art. 188 do CPC, “os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.⁶⁶⁵⁻⁶⁶⁶ É bem verdade que o legislador regulou de maneira ampla as formas

⁶⁶³ A preocupação com o respeito aos parâmetros legislativos emanados do parlamento deve ser uma constante para operadores do direito. Consoante já fundamentado, não se pode desvirtuar os textos normativos e movimentos legislativos que deram origem, pelo filtro democrático, à legislação vigente, sob o pretexto de que a solução adotada não parece ser a melhor. É necessário exigir da doutrina responsabilidade quanto aos limites interpretativos, pois a propositura de modelos pessoais em detrimento daquilo que foi democraticamente aprovado não pode ser aceito em um Estado Democrático de Direito.

⁶⁶⁴ “Como é óbvio, não se pretende dizer que o juiz deve pensar o processo civil segundo os seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal. Como esse dever gera o de pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social, é imprescindível ao juiz compreender as tutelas devidas ao direito material e perceber as diversas necessidades da vida das pessoas.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 179.)

⁶⁶⁵ Em sintonia com o estágio evolutivo do processo na década de 40 do século passado, Calamandrei demonstra preocupação em relação a tal princípio e a uma possível discricionariedade do juiz na determinação das formas nos casos concretos: CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di diritto processuale civile*. 2.ed. Padova: Cedam, 1943, p. 197.

⁶⁶⁶ Interessante observar que a formula adotada pelo legislador brasileiro é ainda mais ampla do que aquela prevista pelo CPC italiano que, inclusive, trata o princípio expressamente como “liberdade das formas”: “Art. 121. (Libertà di forme) Gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo.”

do processo, diminuindo significativamente o alcance do princípio,⁶⁶⁷ porém, o fato de a cominação de nulidade ser excepcional diante do desrespeito às formas reguladas em lei faz com que aquilo que é apontado como mera promessa por alguns doutrinadores transforme-se em realidade.⁶⁶⁸

Percebe-se desta disposição normativa verdadeiro compromisso do legislador com a finalidade do processo, uma consciência do instrumentalismo processual.⁶⁶⁹ Apesar de a forma ser relevante para conferir segurança jurídica e possibilitar que o processo alcance os seus fins, se determinado ato for praticado sem observar a forma prevista em lei, mas, ainda assim, alcançar os objetivos almejados sem prejuízo às partes ou à prestação jurisdicional, não será decretada a sua invalidade.⁶⁷⁰ O legislador não escolhe aleatoriamente a forma dos atos processuais, mas sempre a vincula à melhor maneira de cumprimento dos escopos do processo.⁶⁷¹ Nas palavras de Frederico Marques, “o aspecto formal cede passo, portanto, ao sentido teleológico do ato, o *modus faciendi* à *causa finalis*, a configuração procedimental ao objetivo processual”.⁶⁷²⁻⁶⁷³

A partir de tal regramento, é possível concluir que se o juiz e as partes entenderem que a forma prevista em lei não atende às exigências de tutela do caso sob julgamento, podem proceder à necessária adequação do procedimento, desde que tal mudança não prejudique a segurança jurídica dos jurisdicionados e os fins do

⁶⁶⁷ Ao ponto de alguns autores afirmarem que se adotou no Brasil o princípio da legalidade das formas: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 150 e seg.. Segundo Frederico Marques, o sistema brasileiro não teria adotado nem o princípio da liberdade das formas nem o princípio da legalidade das formas, mas sim o princípio da instrumentalidade das formas: “na apreciação do ato processual, a verificação de ter o ato atingido sua finalidade prevalece sobre a simples inobservância das regras formais.” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 1999, p. 297.)

⁶⁶⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

⁶⁶⁹ “O sistema misto ou eclético ampara-se na legalidade das formas, mas admite uma flexibilização, reconhecendo certa liberdade dos sujeitos processuais, por exemplo, quando o escopo do ato for atingido.” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 11.)

⁶⁷⁰ Para uma ampla abordagem sobre o aproveitamento de rotas e de circuitos processuais distintos daqueles previstos pelo legislador: LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007, passim.

⁶⁷¹ MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antônio. *Diritto processuale civile*. 25.ed. Torino: Giappichelli, 2016, p. 503.

⁶⁷² MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 1999, p. 297-298.

⁶⁷³ Para uma visão um pouco mais restritiva do comando legal: MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 47-48.

processo.⁶⁷⁴ Segundo Mandrioli e Carrata, as formas devem ser respeitadas apenas quando e no limite em que são necessárias ao alcance das garantias e dos escopos do processo, caso contrário podem ser transgredidas.⁶⁷⁵ Trata-se, portanto, de regramento central para se interpretar a conformação procedimental, verdadeira cláusula de abertura à flexibilização do procedimento.⁶⁷⁶

Ao invés de um formalismo cerrado, em que qualquer deslize nas formalidades previstas em lei gere a invalidade do ato processual, a legislação brasileira adotou o sistema de liberdade concatenada com a instrumentalidade.⁶⁷⁷ “Mesmo a regra jurídica clara e aparentemente unívoca pode ser transformada, em certa medida, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, por valorações e ideias do próprio juiz.”⁶⁷⁸ A diretriz maior que rege o processo civil brasileiro é a de que, resguardada a segurança dos jurisdicionados e alcançados os fins do processo, a adaptação do procedimento pode e deve ser implementada pelos operadores do Direito, sempre que o desenho processual não se apresentar apto a conferir uma idônea tutela dos direitos.⁶⁷⁹

Com efeito, diante das hipóteses em que, apesar de não haver abertura legislativa para a adaptabilidade judicial, o procedimento previsto não é apto a conferir

⁶⁷⁴ “Ademais, o *direito fundamental ao devido processo legal* pode cumprir a função de desconsiderar procedimentos inúteis ou desnecessários. Paradoxalmente, o próprio devido processo legal pode exigir a inobservância do procedimento regulado por lei. As formalidades, como é intuitivo, são indispensáveis para garantir um processo justo e efetivo. São ‘necessárias para a liberdade’. No entanto, podem revelar-se excessivas ou exageradas. Neste sentido, o *direito fundamental a um processo justo compreende a exigência de interdição de um formalismo excessivo ou exagerado.*” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 196-197.)

⁶⁷⁵ MANDRIOLI, Crisanto. CARRATA, Antônio. *Diritto processuale civile*. 25.ed. Torino: Giappichelli, 2016, p. 503.

⁶⁷⁶ Com semelhante percepção: “E sendo assim, ainda que haja no sistema uma forma predisposta à tutela do direito, possível se verificar se para o conjunto não é admissível outra escolha, mais adequada aos objetivos do próprio processo, já que o importante ao final é que a forma se modela à tutela, e não o contrário. Eis aqui o fundamento da flexibilização das regras de forma, ainda que previstas genericamente e rigidamente pelo sistema.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 104.)

⁶⁷⁷ Oportuno o alerta de Dinamarco: “(...) o direito ao procedimento, todavia, não é motivo suficiente para o *formalismo* no trato do processo, nem conduz à irracional restrição à *liberdade das formas* no processo.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 373.)

⁶⁷⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 144.

⁶⁷⁹ “O juiz deve deliberadamente deixar de aplicar a regra processual, sempre que a mesma for inadequada ou desnecessária para os escopos do processo, ou sempre que implicar o sacrifício de um direito – processual ou substancial – de maior relevo. (...) Não se trata, pois, de estudar a instrumentalidade apenas sob o aspecto da convalidação de atos inválidos, mas de ampliar o alcance do instituto, para autorizar a não aplicação da norma processual voluntariamente, visando sempre ao seu resultado mais justo e adequado para a resolução das controvérsias.” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 138-139.)

a adequada tutela dos direitos, necessário será a superação das regras procedimentais e o ajuste do rito às peculiaridades do caso em julgamento.⁶⁸⁰ Conforme já exposto, uma das facetas da segurança jurídica pelo processo é a segurança de realização, ou seja, a aptidão de o processo conferir respostas efetivas para as necessidades de tutela do direito material. Só haverá segurança do Direito se a sociedade tiver a garantia de que os direitos abstratamente previstos são realizáveis concretamente, o que coloca o processo em posição central na ordem jurídica. A preocupação passa a ser de como o processo pode desempenhar tal função com eficiência, conferindo à sociedade, na maior medida possível, o acesso aos seus direitos caso não sejam observados espontaneamente. E é aqui que se insere o princípio da adequação processual, verdadeira garantia de estruturação do processo justo (art. 5º, LIV, CF/88). Por meio de um processo adequado confere-se segurança jurídica aos cidadãos mediante instrumentos capazes de conferir a atuabilidade tempestiva dos direitos, sem prejuízo das garantias processuais.

Alguns cuidados são necessários, porém.

É importante notar que o tema da flexibilização precedimental por meio do afastamento do rito previsto em lei toca no delicado problema da superação de regras legais, que não pode ser realizada de maneira aleatória e sem critérios bem definidos, sob pena de transformar o direito processual em uma mera referência, tornando-se facultativa a sua observância. Não é isso que se pretende. Diferentemente do modelo português, por exemplo, em que o legislador conferiu ampla margem de adaptabilidade procedimental ao juiz,⁶⁸¹ a opção democraticamente adotada pelo legislador brasileiro foi a de regular amplamente o procedimento, rejeitando a proposta de uma cláusula de abertura que conferia ao juiz o poder de adaptar o rito procedimental de maneira ampla, justamente porque tal prerrogativa colocaria em risco a segurança dos jurisdicionados. Tais circunstâncias levam à conclusão de que o procedimento legal deve, em regra, ser

⁶⁸⁰ “Todavia, se o ato processual deve ser praticado segundo as formas legais, por outra parte não podem as normas processuais, nesse passo, subordinar-se aos princípios de um *formalismo* inflexível e hipertrofiado que pusesse em segundo plano o conteúdo e finalidade do ato a ser praticado, para dar realce excessivo ao *modus faciendi*.” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 1999, p. 297.)

⁶⁸¹ Mesmo no processo português, a doutrina é cautelosa quanto a esta cláusula de abertura: “A invocação do direito a um processo equitativo, como direito que não prescinde de um confortável grau de previsibilidade do processo judicial, é tributária de uma ideia de Direito que contém em si, como uma das exigências que lhe é feita, a *certeza jurídica*. (...) Há uma forma legal processual a seguir, por regra – já não por princípio – sem prejuízo de, no cumprimento do dever de gestão processual, se poderem operar as adequações formais que melhor sirvam à instância concreta.” (FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 460.)

observado, exercendo uma espécie de “eficácia de trincheira”, que só pode ser afastada pelo juiz por razões devidamente fundamentadas (art. 11, CPC), desincumbindo-se dos seus deveres de colaboração (art. 6º, CPC), sem surpresa ou distinções injustificadas às partes (art.s 9º e 10, CPC) e com respeito à autonomia privada (art. 190).⁶⁸² Atendidos tais parâmetros mínimos de atuação, estar-se-á respeitando o modelo de segurança processual do Estado constitucional: um procedimento previsto em lei, mas flexível, porquanto suscetível a alterações necessárias à idônea tutela dos direitos.

É como se os princípios constitucionais do devido processo e do acesso substancial à justiça exercessem uma constante pressão sobre os operadores do direito para zelarem por uma conformação processual que confira a idônea (adequada, efetiva e tempestiva) tutela aos direitos. Esta pressão encontra no procedimento previsto em lei uma contraforça de resistência, partindo da premissa de que o legislador já conferiu um rito apropriado à idônea tutela dos direitos, com a devida proteção às garantias fundamentais dos jurisdicionados. Somente em situações excepcionais, em que a pressão exercida pelos citados preceitos constitucionais for insuportável (em razão do evidente deficit procedimental)⁶⁸³, o procedimento legal deve ceder, mas sempre acompanhado de uma consistente fundamentação e da observância dos deveres de colaboração.

Um bom exemplo de postura judicial que vem desrespeitando tais parâmetros de alteração do procedimento, em especial o da excepcionalidade, é a supressão da audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC, em razão da convicção pessoal do juiz a respeito da sua inutilidade. Poderia o juiz, em razão do seu entendimento pessoal sobre a (in)eficiência da audiência de conciliação prevista em lei - e com exceções bem delimitadas⁶⁸⁴ - suspender a sua realização no juízo onde atua? Parece que tal postura consubstancia um claro exemplo de *flexibilização procedimental*

⁶⁸² Sobre a eficácia de trincheira das regras e a excepcionalidade da sua superação: “De fato, as regras têm uma eficácia decisiva que os princípios não têm, na medida em que elas estabelecem uma decisão para um conflito entre razões, não cabendo ao aplicador substituir pura e simplesmente a ponderação legislativa pela sua. As regras têm uma eficácia definitiva dos princípios, no sentido de que vários dos ideais cuja realização é por eles determinada já se encontram ‘regrados’, não cabendo ao intérprete concretizar o ideal constitucional de modo diferente daquele previsto pela Constituição. E as regras têm eficácia de trincheira, pois, embora geralmente superáveis, só o são por razões extraordinárias e mediante um ônus de fundamentação maior.” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 119).

⁶⁸³ Lembre-se, por exemplo, da inexistência de contraditório nos embargos de declaração com efeitos infringentes.

⁶⁸⁴ Art. 334, §4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.

perniciosa,⁶⁸⁵ um ato de voluntarismo judicial em que o magistrado substitui o modelo de Justiça civil adotado pelo parlamento por um modelo que lhe parece mais adequado. Tal ato não pode ser visto como uma possibilidade que se abre à autoridade judicial, sob pena de o trabalho do parlamento não conferir qualquer segurança aos jurisdicionados. Isto não significa, contudo, que, diante de um caso específico, em que o magistrado tenha boas razões para suprimir tal fase de conciliação, adapte o procedimento à realidade concreta, mediante sólida fundamentação e desincumbindo-se dos seus deveres de colaboração. Conforme sustentamos, a superação do procedimento legal deve ser visto como algo excepcional, justificável em razão de fortes motivos decorrentes da análise do caso concreto.

Não obstante tais rigorosos limites estabelecidos para a flexibilização judicial atípica do procedimento, é importante ter presente que o tema não se encerra nas possíveis superações de regras estabelecidas pelo legislador. Este é apenas um pequeno aspecto na teorização sobre a adaptabilidade do procedimento. A temática é muito mais rica, especialmente considerando as diversas técnicas que estão à disposição do legislador para que, expressamente, confira ao juiz⁶⁸⁶ ou às partes a possibilidade de construir o procedimento diante das características dos casos concretos. É o que se passa a analisar.

⁶⁸⁵ Alvaro de Oliveira referia-se a *formalismo pernicioso e virtuoso* para distinguir os aspectos negativos e positivos das formalidades processuais: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo”. *Leituras complementares de processo civil*, 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

⁶⁸⁶ “Deve o juiz, portanto, *naquilo em que tenha a liberdade* de adequar o procedimento às peculiaridades de certo caso, optar sempre pelo caminho que ofereça a mais ampla, adequada, efetiva e tempestiva proteção aos valores constitucionais fundamentais.” (grifo nosso) (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 33.)

1.3 Rotas procedimentais alternativas estabelecidas em lei⁶⁸⁷

1.3.1 Quanto às fases. Rotas curta, média e longa.

Uma maneira interessante de o legislador flexibilizar o procedimento é por meio da previsão de distintas rotas procedimentais a depender das circunstâncias do caso submetido à análise judicial. Confere-se relevância à maneira como os fatos serão provados; à plausibilidade da situação jurídica do autor; à possibilidade de uma solução autocompositiva; à necessidade de audiências etc. para definir o desenho do procedimento adequado à tutela da situação específica.⁶⁸⁸

Trata-se de técnica processual adotada nas últimas reformas processuais francesas, que estabeleceram os circuitos procedimentais, a depender especialmente da complexidade probatória exigida pela demanda: *circuit court*, o *circuit moyen* e o *circuit long*. Definidos pelo legislador tais circuitos, cabe ao juiz, ouvidas as partes, estipular qual a rota procedimental mais adequada para cada caso.⁶⁸⁹

Caminhando nesta direção, o CPC brasileiro previu três rotas procedimentais distintas, possibilitando: a) o procedimento curto (improcedência liminar do pedido); o procedimento médio (julgamento antecipado do mérito) e o procedimento longo (necessidade de dilação probatória). A ideia de possibilitar que os operadores do direito definam em concreto a extensão do procedimento adequado para

⁶⁸⁷ Adotamos a definição de Gajardoni, que identifica tais espécies de flexibilização como “flexibilidade procedimental legal alternativa”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 158.) Não parece adequada, contudo, a classificação de Gajardoni quanto “aos três sistemas de flexibilização procedimental”, referindo-se à flexibilização legal, judicial e convencional (Ibidem, p. 138). O que o autor trata como “flexibilização legal”, nada mais é do que uma autorização legislativa para a flexibilização judicial ou convencional. Tal confusão fica clara quando se analisam os exemplos de flexibilização convencional, como a “eleição do ato processual na série”, em que o próprio legislador facultou a flexibilização. Ou seja, o que Gajardoni classifica como “flexibilidade voluntária”, encaixa-se perfeitamente no que denominou de “flexibilidade legal”. Ademais, atualmente, com a ampla abertura conferida aos negócios processuais no art. 190 do CPC, dificilmente será possível identificar uma hipótese de “flexibilidade voluntária” que também não seja “flexibilidade legal” na classificação de Gajardoni.

⁶⁸⁸ Com semelhante percepção, ao tratarem do julgamento conforme o estado do processo: “Compõe o direito ao processo justo (art. 5.º, LIV, da CF) o direito à tutela adequada (art. 5.º, XXXV, da CF). O princípio da adequação da tutela jurisdicional impõe que o processo seja pensado da *forma mais rente possível* ao direito material, adaptando-se às particularidades do direito tutelado em juízo, o que inclui a maneira como o direito apresenta-se no processo.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 223.) Visualizando tais rotas como hipótese de flexibilização procedimental: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 167-180.

⁶⁸⁹ FERRAND, Frédéric. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005, p. 7-32, p. 16.

o caso sob julgamento vai claramente ao encontro do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, CF/88), evitando-se a prática de atos inúteis que teriam lugar em um procedimento amplo e rígido, aplicável a todas as situações.

Nos termos do art. 332 do CPC, nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar precedentes dos tribunais, em razão de ser evidente a insubsistência da pretensão declinada pelo autor. A mesma rota procedimental abreviada será adotada se o juiz reconhecer liminarmente a prescrição da pretensão ou a decadência dos direitos postulados na demanda. Nesses casos, o legislador possibilitou a dispensa até mesmo da citação do réu, diante da peculiaridade de a demanda ser manifestamente *improcedente*,⁶⁹⁰ reconhecendo, pois, desnecessárias (dilações indevidas) novas fases procedimentais. Adapta-se o procedimento às peculiaridades da demanda, submetendo-a a um procedimento hiperabreviado. Para viabilizar a participação do autor antes de proferir tal decisão, evitando assim o julgamento surpresa, o CPC, no seu art. 10, proíbe aos juízes decidirem, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Ademais, possibilita, no art. 332, §3º, que, interposto recurso contra a sentença extintiva da demanda, o juiz se retrate, caso convença-se da procedência das razões declinadas pelo autor na peça recursal.⁶⁹¹

Interessante perceber que o legislador ampliou significativamente a técnica de julgamento liminar de mérito em comparação com o CPC/73. No diploma revogado, tal sistemática era bem mais simples (art. 285-A do CPC/73), admitindo-se tal rota curta, com a sentença de improcedência independente de citação do réu, quando, no mesmo juízo, já houvesse sentença de total improcedência em outros casos idênticos. No CPC/2015, conforme assinalado, emprega-se esta técnica como uma das consequências do sistema de precedentes abraçado pelo novo Código, de maneira que o magistrado julgará liminarmente improcedente a demanda que veicular postulação

⁶⁹⁰ Não se cogita a aplicação de tal técnica para o julgamento de procedência, porquanto resultaria clara a ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Não obstante, ainda assim, tramita no STF a ADI n. 3.695, ajuizada em 2006, em que a OAB pugna pela inconstitucionalidade de tal técnica de julgamento, mirando no antigo art. 285-A do CPC/73, por violar especialmente os princípios do contraditório e da ampla defesa. Em 05/07/2006, a Procuradoria-Geral da República juntou aos autos parecer pela improcedência do pedido.

⁶⁹¹ Entendendo que a possibilidade de retratação da apelação supre a necessidade de oitiva prévia do autor: (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 169-170.

contrária aos entendimentos firmados pelos tribunais superiores. Ademais, não limita a sua aplicação às hipóteses em que a controvérsia seja “exclusivamente de direito”, referindo-se agora às situações que dispensem a fase instrutória. Um significativo ganho, portanto, em economia e tempestividade processuais.

Ademais, releva consignar que, apesar de se estar diante de uma sentença liminar, tal julgado, uma vez transitado em julgado, tem plena aptidão de formar coisa julgada material, porquanto constitui decisão de mérito proferida sob cognição exauriente. Para que o réu tome conhecimento de que possui uma decisão com a qualidade da coisa julgada ao seu favor, vem previsto, no art. 332, §2º, do CPC, que, uma vez transitada em julgado, o réu dela seja intimado, mesmo sem ter sido sequer citado para responder à demanda.

No Capítulo X, o CPC prevê uma rota procedimental intermediária, quando os fatos controvertidos não demandarem dilação probatória. Neste caso, entende-se que seria de todo desnecessária a designação de audiência de instrução, porquanto não há necessidade de oitiva de pessoas para fins probatórios, o que justifica a abreviação procedimental.⁶⁹² Tal possibilidade é ainda encorajada pelo legislador quando parte do mérito já se encontre maduro para julgamento, mesmo que a outra parte demande dilação probatória. Nestes casos, é possível, densificando o direito fundamental à tempestividade da prestação jurisdicional, decidir antecipadamente parte da demanda e prosseguir na dilação probatória da outra parcela do mérito.

Não sendo o caso de aplicação das rotas procedimentais curta ou média, deve o juiz seguir para as etapas posteriores do processo, cumprindo a rota procedimental longa, mediante ampla dilação probatória. É o que preveem os arts. 357 e seguintes do CPC.

Por fim, é possível identificar uma espécie de abreviação procedimental que, a depender da postura do réu, possibilita a extinção do processo no seu limiar, garantindo ao autor o acesso ao bem da vida colimado. Com inspiração no direito francês e no direito italiano,⁶⁹³ há uma “*inversão da iniciativa*” para o debate, que se apoia na realização eventual do contraditório por iniciativa do interessado

⁶⁹² Com semelhante percepção: “O julgamento antecipado do mérito é, por isso, uma técnica de abreviamento do processo. É manifestação do princípio da adaptabilidade do procedimento (...), pois o magistrado, diante de peculiaridades da causa, *encurta* o procedimento, dispensando a realização de toda uma fase do processo.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 688.)

⁶⁹³ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.41, n.260, p. 105-129, out. 2016, p. 107.

(*contraditório eventual*)”.⁶⁹⁴ Trata-se da estabilização da antecipação de tutela, por meio da qual, não se insurgindo o réu contra a medida liminar deferida, o processo é extinto, tornando-se estável a tutela provisória. Diante de tal estabilização, qualquer das partes pode ajuizar uma demanda autônoma visando à discussão e à cognição exauriente sobre o objeto litigioso do processo que foi extinto, num prazo de dois anos (art. 304, §5º, CPC), findo o qual, o ato jurisdicional não pode mais ser impugnado. Trata-se de uma hipótese de inimpugnabilidade do ato jurisdicional, com efeitos internos e externos à relação processual, sem, contudo, formar coisa julgada (art. 304, §6º, CPC).⁶⁹⁵

Uma imagem interessante para se entender esta medida e os seus efeitos é aquela que equipara a decisão judicial a um ato administrativo, por meio do qual o Estado defere a proteção do bem jurídico postulado pelo autor em antecipação de tutela e, se o réu não se insurgir contra a medida, o processo é extinto. Assim como um ato administrativo, não há de se falar em formação de coisa julgada (art. 304, §6º, do CPC), porém o ato concessivo do pedido do autor poderá ser impugnado por meio de uma demanda autônoma, no prazo de decadencial de 2 anos.⁶⁹⁶ Uma vez ultrapassado tal prazo, simplesmente ter-se-á um ato praticado pelo Estado, inimpugnável judicialmente pelo advento da decadência. Trata-se apenas de uma imagem para se entender o que se passa com o decurso do prazo de dois anos, sem a pretensão de caracterizar a decisão que antecipa a tutela como um ato administrativo. Trata-se de claro ato jurisdicional, porém inserido em nova técnica de aceleração e economia processual, que confere ao réu o ônus de se conformar com a tutela provisória concedida, a fim de evitar o enfrentamento de uma demanda judicial. Ganha a Justiça, pela redução da litigiosidade; ganha o autor, por ter tido um célere acesso ao bem da vida pretendido; e ganha o réu, que voluntariamente evita o seu ingresso em uma batalha judicial. Tudo isso, sem formação de coisa julgada, ou seja, sem o óbice de se discutir a relação material objeto da demanda, respeitados os efeitos antes estabilizados, e sem a possibilidade de se invocar a eficácia positiva da coisa julgada em outras demandas que tenham aquela

⁶⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.11, n.63, p. 24-29, nov./dez. 2014, p. 26-27.

⁶⁹⁵ “Esta é uma estabilidade processual distinta da coisa julgada, embora também com eficácia para fora do processo.” (DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 613.)

⁶⁹⁶ Igualmente identificando tal prazo como um prazo decadencial para a propositura da demanda desconstitutiva: SCARPARO, Eduardo Kochenborger. A estabilização da tutela de urgência satisfativa no anteprojeto de código de processo civil: um exame em perspectiva político-epistemológica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.420, p. 97-118, jul./dez. 2014, p. 117.

relação material por prejudicial. Ou seja, uma tutela de direito material, sem que sobre o objeto litigioso da demanda haja uma decisão com a qualidade de indiscutível, própria da coisa julgada material.⁶⁹⁷

Consoante afirmado, trata-se de novidade no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo adequado tentar identificá-la com outras estabilidades já conhecidas, a exemplo daquela operada com a conversão do mandado monitório em título executivo judicial.⁶⁹⁸ Se há alguma comparação possível, não obstante as situações apresentarem contornos bem diversos, poder-se-ia aproximar a estabilização da antecipação de tutela à impugnabilidade por meio de ação anulatória dos atos meramente homologatórios prevista no art. 966, §4º, do CPC. Em ambas as situações há um ato praticado no bojo de um processo judicial (das partes na homologação e do juiz na estabilização), que pode ser alvo de uma demanda anulatória posterior, nos respectivos prazos previstos em lei.

Para o que particularmente aqui interessa, contudo, releva notar que se está diante de mais uma rota procedimental possível, que se situa entre o referido procedimento curto e o procedimento médio.⁶⁹⁹

As distintas rotas recursais podem ser visualizadas também na seara recursal, a depender das circunstâncias do caso concreto. Há, por exemplo, a possibilidade de um procedimento abreviado, quando for possível decidir monocraticamente o recurso interposto (art. 932, CPC), ou mesmo um procedimento mais dilatado quando são proferidos votos divergentes e há a possibilidade de ampliação do colegiado (art. 942, CPC). Ou seja, no âmbito recursal a extensão do procedimento também pode variar de acordo com as peculiaridades da demanda.

⁶⁹⁷ No mesmo sentido: “Ora, não ter mais direito de reformar ou invalidar a tutela antecipada não significa não poder mais discutir o direito que foi suposto como provável para se conceder a tutela. Este direito pode ser rediscutido em qualquer processo, desde que não para reformar ou invalidar a tutela antecipada. (...) Realmente, se a norma simplesmente afirma que o prazo de dois anos extingue o direito de reformar ou invalidar a tutela antecipada, não cabe pensar em qualquer efeito preclusivo próprio à coisa julgada. Há somente impedimento de rever a tutela do direito material, seja para reformar, extirpar ou remover os efeitos concretos da tutela que já se exauriu, seja eventualmente para paralisar a sua eficácia executiva.” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 200.)

⁶⁹⁸ Percebendo com clareza a distinção: DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 612-613.

⁶⁹⁹ Sobre o tema, vide ainda: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada 'estabilização da tutela antecipada'. *Revista do Ministério Público [Do] Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.55, p. 85-102, jan./mar. 2015. PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012.

A utilização de rotas procedimentais distintas a depender das peculiaridades da demanda ajuizada não é nova no Brasil, tendo sido incrementada, porém, com o advento do CPC/2015. Desde a ampliação das hipóteses de improcedência liminar até os casos de estabilização da tutela antecipada, o legislador brasileiro vem evoluindo na tarefa de possibilitar uma dinâmica no procedimento, a fim de que os casos concretos tenham um tratamento adequado às suas peculiaridades. Diante das variadas características das inúmeras relações materiais que aportam no Poder Judiciário, a previsão de um procedimento único e rígido inevitavelmente proporcionaria dilações indevidas, tanto pelo cumprimento de fases desnecessárias quanto pela prática de atos inúteis em alguns casos. Por isso é que a flexibilização procedimental por rotas distintas constitui tendência mundial que contribui para a segurança jurídica processual, seja na sua dimensão externa, conferindo atuabilidade tempestiva aos direitos, seja na sua dimensão interna, por estarem preservadas as garantias fundamentais dos jurisdicionados.⁷⁰⁰

1.3.2 Possibilidade de cisão da demanda

Por muito tempo, vigorou no processo civil a ideia de unicidade da sentença, de maneira que o mérito da demanda deveria ser julgado integralmente ao final, sendo vedado o seu fracionamento, ainda que parcela do pedido pudesse ser definido antecipadamente.⁷⁰¹ A pretexto de evitar um suposto tumulto processual, desprezava-se o princípio da tempestividade, traduzido na necessidade de um processo sem dilações indevidas. Contudo, de fato, constitui dilação indevida impor aos jurisdicionados um longo tempo de espera até a prestação jurisdicional, quando parte da demanda já está madura e, portanto, pronta para julgamento, não obstante haja necessidade de seguir na dilação probatória em relação aos demais capítulos de mérito.⁷⁰²

⁷⁰⁰ Na mesma linha, Beatrice Ficarelli expõe que a experiência do direito comparado aponta para a possibilidade de o juiz “modellare il procedimento sulle controversie in virtù delle caratteristiche peculiari di ciascuna.” (FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 29.)

⁷⁰¹ Sobre os capítulos de mérito em que a demanda pode ser decomposta: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 50-78.

⁷⁰² SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. “Julgamento antecipado parcial do mérito.” *Revista de Processo*, São Paulo, v.41, n.252, p. 133-146, fev. 2016, p. 133-134.

Diante do amadurecimento desta percepção, o art. 356 do CPC prevê expressamente a possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito, quando um ou mais pedidos formulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento.⁷⁰³ Quebrou-se, portanto, o dogma da unicidade da sentença, não havendo mais dúvida de que constitui um dever do magistrado zelar pelo cumprimento do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, CF/88).

Entretanto, aqui também aparece com toda força o dever de colaboração do juiz para com as partes, especialmente o dever de consulta sobre a conveniência da cisão do julgamento de mérito. Em primeiro lugar, é possível que o magistrado não visualize alguma peculiaridade que infirme os próprios requisitos para o julgamento antecipado parcial. Basta pensar em eventual produção probatória não antevista pelo juiz, bem como alguma influência que o julgamento da outra parte do mérito possa ter na parcela da demanda que se pretende julgar antecipadamente. As hipóteses de prejudicialidade entre demandas cumuladas são bons exemplos.⁷⁰⁴ Em segundo lugar, a cisão de julgamento pode efetivamente proporcionar algum tumulto processual ou mesmo a duplicação de atividades executivas indesejadas pelas partes, o que faz com que a manifestação dos jurisdicionados quanto à conveniência da medida seja levada em consideração antes da sua adoção.

Por fim, diante dos inconvenientes que a cisão do julgamento pode trazer às partes, nada impede que seja convencionada, com base no art. 190 do CPC, a vedação de julgamento antecipado parcial do mérito. Podem as partes, antes ou durante o processo, apresentar em juízo convenção sobre a vedação de julgamento antecipado parcial, devendo o juiz respeitar a opção legitimamente exercida. Consoante já amplamente fundamentado, o processo civil do Estado constitucional deve ser compreendido em função dos cidadãos, conferindo-se relevância à autonomia privada legitimamente exercida quanto ao exercício do poder jurisdicional. Neste contexto, a

⁷⁰³ No CPC/73, parcela significativa da doutrina já entendia possível o julgamento antecipado parcial, seja por meio de uma densificação direta dos princípios constitucionais, seja com fundamento no art. 273, §6º, do CPC/73, que admitia a “antecipação de tutela” quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. Sobre o tema: MITIDIERO, Daniel. “Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão do art.273, par-6º, CPC, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, CF/88).” *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 105-119, jul. 2007.

⁷⁰⁴ Para uma interessante análise sobre as diversas hipóteses de cumulação de demandas e suas complicações no julgamento antecipado parcial: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. “A fragmentação do julgamento do mérito no novo Código de Processo Civil.” *Revista de Processo*, São Paulo, v.39, n.229, p. 121-167, mar. 2014.

tempestividade processual deve ser vista, sobretudo e imediatamente, como uma garantia das partes em juízo, sendo plenamente possível que convençionem a respeito, desde que isto não gere ônus irrazoáveis para o Estado.⁷⁰⁵ O negócio sobre vedação ao julgamento antecipado parcial parece ser um bom exemplo de convenção processual legítima, que bem representa a compreensão do que vem a ser o processo civil democrático do século XXI.

1.3.3 A dilatação de prazos

A existência de prazos é fundamental para que o processo possa seguir em frente e chegar a um desfecho. No entanto, para que a garantia constitucional de acesso à justiça seja respeitada, é fundamental que os prazos sejam adequados ao fim para o qual foram estabelecidos, viabilizando efetiva participação e exercício dos direitos processuais pelas partes. A atribuição de um prazo insuficiente para a prática de um ato não difere muito da própria vedação à sua prática, maculando o direito de participação e influência, tão caros ao processo civil do Estado constitucional.

E não se argumente que eventual ampliação dos prazos processuais acarretaria maiores delongas ao processo e um retardo na prestação jurisdicional. Conforme já expusemos, a tempestividade processual não pode se confundir com a simples celeridade do processo. O tempo fisiológico que deve durar a marcha processual contempla justamente a necessidade de as partes poderem manifestar ampla e adequadamente as suas razões, sem o que não se pode cogitar em um justo processo.

Por tais razões, o legislador expressamente conferiu poderes ao juiz para adaptar os prazos à realidade dos casos apreciados, de maneira que as partes possam exercer adequadamente seus direitos em juízo. Trata-se de importante medida de adaptação procedimental que deve ser adotada sempre que houver suspeita de que o prazo legal é insuficiente para a prática do ato. Muito mais grave do que eventual excesso de prazo decorrente da ampliação judicial seria o prejuízo à postulação adequada das partes na defesa dos seus direitos. Generalizou-se, pois, uma técnica que se fazia presente em algumas situações pontuais no direito brasileiro, a exemplo do

⁷⁰⁵ Adiante serão traçados os parâmetros dentro dos quais se entende por legítimas as convenções processuais.

prazo para resposta para a ação rescisória (art. 491 do CPC/73) e para a ação popular (art. 7º da Lei n.º 4.717/65).⁷⁰⁶

Assim, nos termos do art. 139, VI, do CPC, incumbe ao juiz “dilatando os prazos processuais (...), adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.” Verifique-se que tal dispositivo só permite ao juiz ampliar os prazos, jamais reduzir, o que só pode ser feito com a anuência dos jurisdicionados.⁷⁰⁷ No particular, há de se atentar especialmente para o tratamento isonômico das partes, de maneira que a dilatação de prazo não seja um privilégio de um litigante em detrimento do outro. As oportunidades devem ser conferidas em igualdade de condições, conferindo-se tratamento diverso aos litigantes apenas na medida de eventual desigualdade.

Ademais, não se pode admitir tal flexibilização das regras processuais, oportunizando a prática de um ato em interstício superior àquele deferido pelo legislador, após ter havido a perda do direito. Uma vez esgotado o prazo, em regra, preclusa está a possibilidade de praticar o ato, devendo o processo seguir adiante, consoante expressamente prescreve o art. 223 do CPC: “decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial (...)” .⁷⁰⁸ No mais das vezes, a preclusão para uma das partes gera à outra a justa expectativa de que tal ato não mais poderá ser praticado, constituindo tal limite importante fator de segurança no processo.⁷⁰⁹ Estamos diante, portanto, de um claro limite à flexibilização procedimental para os juízes. Exatamente por tais razões, que o próprio art. 139, no seu parágrafo único, expôs que tal “dilação de prazos (...) somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular”.

É importante ter presente, contudo, que a regra do art. 139, parágrafo único, é dirigida ao juiz, especialmente quando em jogo a segurança jurídica de uma das partes frente à inércia da outra em praticar algum ato que lhe incumbia. É o que se extrai de

⁷⁰⁶ Muito proveitoso o estudo de Gajardoni sobre o tema, que acabou influenciando as alterações do CPC/2015: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 208-212.

⁷⁰⁷ Art. 222, § 1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes.

⁷⁰⁸ No mesmo sentido: CAHALI, Claudia Elisabete Schwerz. *O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 60.

⁷⁰⁹ Para uma interessante crítica ao desrespeito às preclusões no direito comparado: ZUCKERMAN, Adrian. “Adjudication of civil dispute.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXII, n. 3, junho/2008, p. 126. A regra 3.1 (2) das CPR, entre os poderes de gestão, prevêem que: (2) Except where these Rules provide otherwise, the court may – (a) extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (even if an application for extension is made after the time for compliance has expired);

uma interpretação teleológica do dispositivo. Diante disto, nada impede que as partes, de comum acordo, ainda que esgotado o prazo para a prática de um ato processual, estabeleçam convencionalmente novo termo para o exercício do direito. Imagine-se, por exemplo, que o prazo previsto no art. 447, §1º, do CPC tenha se mostrado muito exíguo para as partes manifestarem-se sobre um laudo pericial. Esgotado o prazo, nada impede que seja apresentada convenção processual de renovação de prazo assinada por todas as partes, a fim de que possam manifestar-se de maneira idônea nos autos. Estando todos de acordo, não há risco para a segurança processual de qualquer dos contendores. Ademais, insista-se, não se pode esquecer que a tempestividade processual deve ser pensada em função dos jurisdicionados e não apenas sob a ótica do Estado, sob o pretexto de eventual conveniência de celeridade.

1.3.4 A modificação da ordem de produção probatória

Interessante técnica de flexibilização procedimental que tende a contribuir para a tempestividade e economia processuais é a possibilidade de alteração da ordem de produção probatória a depender da natureza e da relevância dos fatos a serem provados. Analisando a disciplina do CPC sobre a ordem de produção de provas, percebe-se uma sequência claramente definida no procedimento comum, devendo os documentos ser juntados na primeira oportunidade, depois realizada a prova pericial e, por fim, a oitiva das partes, testemunhas e peritos, nesta ordem, em audiência de instrução.

Contudo, há fatos que, uma vez provados, são aptos a prejudicar a necessidade de prova de outros fatos, tornando a respectiva dilação probatória inútil. As situações são as mais diversas, desde a cumulação subsidiária ou sucessiva de pedidos, em que a prova ou a ausência de prova respectivamente dos fatos relacionados ao pedido principal podem tornar desnecessária a prova dos fatos atinentes ao pedido eventual; até a prejudicialidade da prova dos fatos constitutivos do direito do autor diante da prova de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo deste direito. O interesse na alteração da ordem de produção das provas em tais situações avulta-se especialmente quando a prova que será postergada for excessivamente complexa ou onerosa, devendo ser priorizadas as demais provas que eventualmente possa torná-la inútil.

Como se percebe, tal técnica de flexibilização procedimental pode trazer inúmeros benefícios aos litigantes e até mesmo ao Estado, evitando atividades desnecessárias e ainda mais retardo na prestação jurisdicional.⁷¹⁰ Na verdade, diante da circunstância de que eventuais atividades probatórias (especialmente as complexas) podem ser dispensadas se antes forem produzidas outras provas, constitui um imperativo de tempestividade e de economia processuais a inversão da sua produção. Providencial, portanto, a inovação legislativa de permitir, no art. 139, VI, do CPC, a alteração pelo juiz da ordem de produção das provas.

É de se frisar, porém, que tais medidas não podem ser adotadas unilateralmente pelo magistrado, havendo verdadeiro dever de consulta às partes e ampla fundamentação da decisão que definir ordem diversa de produção probatória. São constantes as reclamações dos operadores do direito quanto às decisões de inadmissibilidade de provas, sob o fundamento de que o juiz já está convencido da ocorrência ou inoocorrência dos fatos ou mesmo que determinada prova seria inútil para modificar a sua “certeza” sobre os fatos alegados.⁷¹¹ Não se pode admitir que, a pretexto de inverter a ordem de produção de provas para conferir economia processual, o juiz impeça que as partes produzam as provas que entendam relevantes para demonstrar as suas alegações.⁷¹² Uma postura deste jaez consistiria verdadeiro desvirtuamento da técnica de inversão de provas, em flagrante violação ao princípio do processo justo, especialmente no que tange à importância da busca verdade no processo.⁷¹³ Daí a necessidade de uma atenção especial do magistrado aos fundamentos articulados pelas partes sobre a pretensão de inversão da produção de provas, sob o entendimento de que eventuais outras provas seriam consideradas prejudicadas.

⁷¹⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 187-189.

⁷¹¹ “A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros.” (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 31.)

⁷¹² Sobre o tema das provas inúteis e protelatórias: OURICURI, Paulo Gustavo Loureiro. “Da depuração do conceito de prova inútil ou protelatória - Do direito das partes à produção de todas as provas capazes de repercutir na solução da lide - Da sindicabilidade do art. 130 do CPC pelo STJ em sede de recurso especial.” *Revista Dialética de Direito Processual*: RDDP, São Paulo, n.126, p. 85-93, set. 2013.

⁷¹³ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 95 e seg.

Referida postura cautelosa, inclusive, milita ao encontro da economia processual. Ao se conferir relevância às partes, intimando-lhes previamente e concertando conjuntamente as estratégias probatórias, reduz-se a possibilidade de futuras impugnações e possíveis anulações das decisões judiciais pelos tribunais, com o consequente retorno dos autos para que seja reaberta a instrução da causa, o que proporciona significativos prejuízos aos jurisdicionados.⁷¹⁴ Com efeito, uma técnica de flexibilização processual que se afigura, à primeira vista, bastante oportuna e conforme o ideal de um processo sem dilações indevidas, se não for utilizada com as cautelas acima propostas, pode acabar gerando efeitos opostos àqueles a que se propõe.

1.3.5 A dinamização do ônus da prova

A possibilidade de dinamização do ônus da prova constitui outro exemplo de flexibilização procedimental pela utilização da técnica legislativa de rotas alternativas colocadas à disposição do juiz. Não faz muito tempo que a legislação brasileira adotava um modelo de rigidez quanto aos ônus probatórios, cabendo ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu o ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Trata-se de modelo que deita raízes na Roma antiga, onde vigia a máxima *“actore non probante reus absolvitur”*.⁷¹⁵ Assim era a disciplina do art. 333 do CPC/73, não havendo qualquer possibilidade legal de alteração deste esquema probatório. Aos poucos, contudo, doutrina e jurisprudência foram reagindo a tal rigidez, pois havia casos em que a previsão legal conduzia a situações de excessiva dificuldade ou até mesmo impossibilidade probatória por umas das partes, ainda que a outra parte estivesse em melhores condições de produzi-la. Significativo avanço legislativo foi experimentado com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que, no art. 6º, VIII, previu a inversão dos ônus probatórios a favor dos consumidores “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Amainou-se a rigidez legal, a fim de viabilizar um maior

⁷¹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. “A audiência preliminar como fator de otimização do processo: o saneamento 'compartilhado' e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes.” *Revista de Processo*, n. 118, p. 137-142, nov./dez., 2004, *passim*.

⁷¹⁵ ENGELMANN, Artur. *A history of continental civil procedure*. Trad. Robert Wyness Millar. New York: Augustus M. Kelley, 1969, p. 478.

acesso à justiça aos cidadãos, atribuindo-se, à luz das circunstâncias dos casos concretos, o ônus probatório a quem efetivamente pudesse dele se desincumbir.

O CPC/2015 avançou no particular, prevendo no art. 373 que “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.” Assim, se o juiz verificar, à luz do caso concreto, que a prova dos fatos constitutivos do direito alegado é impossível ou excessivamente difícil para o Autor, ou o seja os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos para o réu, poderá inverter o ônus probatório inicialmente fixado em lei, alterando o rumo do procedimento e oportunizando à parte que se desincumba do ônus que lhe foi atribuído. Superou-se, portanto, a rigidez procedimental que estabelecia de maneira fixa os ônus probatórios para possibilitar que o processo fosse mais permeável às peculiaridades do caso apresentado. E mais, ao invés de já definir previamente quais são as situações de impossibilidade ou de excessiva dificuldade de produção probatória (o que, certamente, seria tarefa das mais difíceis), conferiu ao juiz a atribuição identificar em concreto a configuração dos requisitos autorizadores.⁷¹⁶

Diante de tal abertura do procedimento, interessante perceber que o legislador preocupou-se em conferir segurança por meio de dois mandamentos de grande relevância: a) ratificou o dever judicial de ampla fundamentação da decisão que decide pela inversão do ônus probatório, apesar de o Código já ser bastante cuidadoso quanto ao tema no art. 489, ao especificar minudentemente como deve se dar a motivação das decisões judiciais; b) deixou clara a necessidade de a inversão do ônus ser prévia à decisão da causa, de forma que a parte que suportará as consequências do eventual deficit probatório tenha a possibilidade de se desincumbir do ônus, provando

⁷¹⁶ Para a distinção entre dificuldade subjetiva e objetiva: SILVA, Paula Costa e. REIS. Nonu Trigo dos. “A prova difícil: da probatio levior à inversão do ônus da prova.” *Revista de processo*, v. 38, n. 222, p. 149-171, ago. 2013. Sobre o tema, vide também: MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi. “A dinamização do ônus da prova sob a ótica do novo Código de Processo Civil.” *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 209-216.

os fatos – ou a inocorrência ou configuração diversa destes⁷¹⁷ - que ficaram sob sua responsabilidade.

Importante perceber que não se está diante de uma mera possibilidade de *inversão* dos ônus probatórios, mas sim da sua *dinamização*, porquanto o juiz não irá simplesmente retirar o ônus de uma das partes e atribuir à outra, mas sim avaliar precisamente quais os fatos que cada parte tem melhores condições de provar, estabelecendo claramente os respectivos ônus. Nas palavras de Carpes, “o termo ‘inversão’ consagra a transferência do esquema legal, imóvel e estático, de um lado para outro, restando mantido, portanto, o generalismo e abstracionismo legal.” Trata-se, pois, de dinamização, ou seja, de “flexibilização do esquema estático” legal, transferindo-se o ônus sobre alguns aspectos fáticos da demanda, com o fim de promover o direito fundamental à prova e, sobretudo, à isonomia.⁷¹⁸

Ultrapassado o aspecto subjetivo dos ônus probatórios, é de se olhar para o seu aspecto objetivo, como regra de julgamento. Não se pode aceitar a solução simplista de que aquele que não se desincumbiu dos ônus que lhe foram atribuídos por meio da técnica da dinamização terá um julgamento contrário aos seus interesses. Hipóteses podem ocorrer de o juiz atribuir ao réu a prova da inexistência do fato constitutivo do autor e, não obstante o réu de boa-fé traga para os autos todos os elementos de prova que dispõe, não consegue fazer tal prova. Seria razoável que, ainda assim, seja prolatada uma sentença de procedência?

Imagine-se, por exemplo, que, em um litígio entre vizinhos, o proprietário P1 demande ao proprietário P2 a reconstrução de um muro que separa as duas propriedades, em razão de P2 ter feito mau uso da construção, provocando-lhe rachaduras. Diante da negativa de responsabilidade por P2, o juiz decide atribuir-lhe o ônus probatório, tendo em vista que possui câmeras que filmam exatamente o local danificado. P2 demonstra em juízo que o seu sistema de filmagem não possui a tecnologia de gravação, de maneira que não pode fazer a prova que lhe foi atribuída. À vista destas circunstâncias, não obstante ter havido a atribuição do ônus probatório a P2, o pedido não poderá ser julgado procedente, quando o réu, de boa-fé, colaborou amplamente com o juízo e forneceu todas as informações que dispunha. Trata-se de um exemplo simples para demonstrar não só que *dinamização* não se confunde com

⁷¹⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 579.

⁷¹⁸ CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 117.

inversão, mas também que a circunstância de uma das partes não conseguir se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído não implica, necessariamente, uma decisão final contrária aos seus interesses.⁷¹⁹ Tal percepção é relevante, inclusive, para evitar que provas diabólicas sejam transferidas pela técnica da dinamização, causando grandes injustiças àqueles que não terão como se desincumbir de tal encargo.⁷²⁰

1.3.6 A antecipação da tutela

Significativo avanço sobre o tratamento dogmático da tempestividade processual foi experimentado com o amadurecimento das técnicas de antecipação da tutela. Diante de peculiaridades do caso apresentado, confere-se ao juiz a possibilidade de inverter o ônus do tempo do processo, trazendo para o seu curso aquilo que, a princípio, seria concedido apenas ao fim de todo o arco procedimental. Trata-se de importante método de flexibilização do procedimento, que confere poderes judiciais de modificar a ordem dos acontecimentos processuais, causando significativo impacto na esfera jurídica dos jurisdicionados.⁷²¹

As ideias de Calamandrei a respeito da tutela sumária⁷²² influenciaram significativamente a doutrina⁷²³ e serviram de inspiração para inúmeros ordenamentos jurídicos modernos.⁷²⁴ Calamandrei baseou-se na tutela sumária para teorizar a tutela

⁷¹⁹ Para uma visão crítica sobre os ônus probatórios: RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 111 e seg.

⁷²⁰ Daí a importância de se conferir uma especial atenção ao art. 373, §2º, do CPC: “§2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

⁷²¹ Identificando a antecipação da tutela como técnica de flexibilização procedimental: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 463.

⁷²² CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

⁷²³ “As lições de Piero Calamandrei ecoaram com força na doutrina. A sua premissa central – *provisoriedade* dos provimentos cautelares, aliada à pretendida vocação da tutela cautelar para *neutralização* de danos jurídicos potencialmente causáveis pelo *perigo na demora* da prestação jurisdicional marcam a grande maioria dos estudos a respeito da tutela cautelar.” (MITIDIERO, Daniel. “Tendências em tema de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, *Revista de Processo*. São Paulo, v. 25, n. 99, p. 206-222, jul.-set./2000, p. 31.).

⁷²⁴ Em especial o ordenamento italiano. Segundo Giusepp Tarzia: “A norma fundamental do direito italiano é, nesse particular, o art. 700 do c.p.c., pelo qual ‘fora dos casos regulados nas seções precedentes deste capítulo, quem tem fundado motivo de temer que durante o tempo necessário para fazer valer o seu direito em via ordinária, este seja ameaçado por um prejuízo iminente e irreparável, pode pedir ao juiz os provimentos de urgência, que apareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneos a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito.’” (TARZIA, Giusepp. “Medidas cautelares atípicas (uma análise comparativa).” Trad. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, n. 99, p. 207.)

cautelar, tratando-as como realidades inseparáveis. Segundo o autor, sempre que presente um *pericolo de tardività* ou um *pericolo di infruttuosità*⁷²⁵ e, em juízo de cognição sumária, o direito da parte se apresentasse provável, estaria justificada a utilização da medida cautelar (“*si limita in ogni caso a un giudizio di probabilità e di verosimiglianza*”⁷²⁶). O traço característico de tal tutela estava na sua *estrutura*, pois diferenciava-se da *tutela definitiva* pela característica fundamental da provisoriedade.⁷²⁷

Interessante perceber que, apesar de o autor já enxergar uma diferença entre *perigo de tardança* e *perigo de infrutuosidade* - diferenciando-os entre medidas satisfativas e assecuratórias -, incluía ambos sob o mesmo conceito de medida cautelar.⁷²⁸ Não separou, portanto, a *tutela cautelar* (assecuratória – perigo de infrutuosidade) do que hoje no Brasil se conhece por *antecipação de tutela* (satisfativa – perigo de tardança). Preferiu tratar ambas como cautelar, atribuindo ou não o bem jurídico à parte, apesar de já identificar que havia uma diferença entre elas, porquanto visavam a aplacar perigos diversos.⁷²⁹ Ademais, como a tutela sumária estava sempre vinculada à medida cautelar, não se previu a possibilidade de utilizá-las em situações diversas da urgência.⁷³⁰

Contudo, a doutrina brasileira já deu significativos passos evolutivos em relação às lições ministradas na primeira metade do século XX.⁷³¹ Além de identificar diferenças substanciais entre as situações de perigo de tardança e de perigo de infrutuosidade, verificou que a tutela provisória não deve ser utilizada apenas nas situações de urgência, mas também em outras hipóteses, como importante instrumento de distribuição do ônus do tempo no processo.⁷³² No atual estágio evolutivo da ciência processual, não se pode associar a tutela antecipada às situações de urgência, ou seja, às hipóteses em que o tempo necessário ao deslinde do processo pode causar algum

⁷²⁵ Traduzido pela doutrina como “*perigo de tardança*” e “*perigo de infrutuosidade*”, respectivamente.

⁷²⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 63.

⁷²⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, pp. 9 - 12.

⁷²⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 55 - 57.

⁷²⁹ No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. PROTO PISANI, Andrea. “*Appunti sulla tutela cautelare*”, *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 1987.

⁷³⁰ MITIDIERO, Daniel. “Tendências em tema de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, *Revista de Processo*. São Paulo, v. 25, n. 99, p. 206-222, jul.-set./2000, p. 22-29.

⁷³¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 215-237. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, *passim*.

⁷³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 113-118.

prejuízo iminente à parte que tem razão. Trata-se de visão ultrapassada e bastante limitada desta técnica processual, porquanto muito mais do que simplesmente aplacar uma situação de risco à utilidade da prestação jurisdicional, a tutela antecipada vem assumindo o papel de tutelar a esfera jurídica daquele que apresenta maior chance de, ao final, sagrar-se vencedor.⁷³³

Consoante já referido, mesmo o tempo fisiológico do processo, aquele indispensável para o seu regular trâmite, é algo pernicioso para as partes, sobretudo para aquela que tem razão.⁷³⁴ O problema apenas aumenta quando a delonga processual deixa de ser o único prejuízo a ser sofrido para a ele agregar-se a própria inutilidade da tutela final. Daí a importância de se entender que o tempo é um fator que está a beneficiar o réu, pois o Estado, como regra, só irá intervir na sua esfera jurídica para fazer valer o direito do autor ao final do processo, diante da procedência da demanda. Assim, à vista da necessidade de garantia da segurança jurídica decorrente da cognição plena e exauriente para a intervenção do Estado na esfera privada dos cidadãos, aquele que não tem razão pode ser beneficiado com a fruição do bem jurídico objeto do litígio, pelo menos durante o curso do processo.⁷³⁵

Neste contexto, com a edição do CPC/15, o legislador brasileiro incrementou a técnica de antecipação da tutela, incorporando ao processo civil brasileiro importantes avanços que vinham sendo trabalhados doutrinariamente. Possibilita-se a utilização da técnica antecipatória não apenas à salvaguarda de situações urgentes, mas também para atribuir o ônus do tempo do processo à parte que provavelmente sairá derrotada ao final do processo, privando-a da fruição do bem jurídico objeto do litígio. Foram consagradas, assim, hipóteses muito claras de deferimento de antecipação da tutela tanto quando presentes situações de risco de ineficácia do provimento final (art. 300 e seg.),

⁷³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 341 – 344.

⁷³⁴ “Ainda que não se trate de duração patológica, o processo cognitivo, pela sua própria natureza, demanda tempo para efetivação dos atos a ele inerentes, possibilitando a cognição plena da relação substancial e a efetivação do contraditório. O dano sofrido pelo inadimplemento de direito seria, nesse medida, agravado pelo processo, cujo objetivo é exatamente restabelecer a normalidade no plano material.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21.)

⁷³⁵ “A Corte Constitucional italiana reconheceu que o art. 700 do c.p.c. é expressão da regra segundo a qual ‘a duração do processo não deve provocar dano à parte que tem razão’ e, em nome do princípio da igualdade (Const. italiana, art. 3), estendeu os poderes atribuídos por esta norma aos juízes administrativos nas lides que tenham por objeto direitos de conteúdo patrimonial, derivantes da relação de emprego público.” (TARZIA, Giusepp. *Medidas cautelares atípicas (uma análise comparativa)*. Estudo inédito apresentado em Lisboa, em Congresso de 19 de abril de 1.999, e nas III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, em Salvador no dia 15 de junho de 1999, tradução de Paulo Henrique dos Santos Lucon.)

mas também em razão da *evidência* do direito postulado (art. 311).⁷³⁶ Sendo o direito vindicado evidente, antecipa-se a tutela, a fim de que se inverta o ônus do tempo do processo, passando a recair o peso da delonga processual sobre o réu, que será privado do bem jurídico em disputa.

Uma importante técnica de flexibilização procedimental, portanto, a possibilitar a inversão do procedimento, seja por motivo de urgência, seja em razão da evidência do direito discutido em juízo.

A utilização da técnica antecipatória, contudo, deve ser cercada de cautelas. Estruturada, em regra,⁷³⁷ tendo como pressuposto a cognição sumária,⁷³⁸ a tutela antecipada possibilita que o Estado intervenha na esfera jurídica das pessoas antes mesmo de formar a convicção definitiva sobre o litígio, o que proporciona significativo risco para as partes.⁷³⁹ Caso, ao final, verifique-se que o entendimento inicial estava

⁷³⁶ “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”

⁷³⁷ A tutela provisória não possui como característica intrínseca a cognição sumária, porquanto muito comum é o seu deferimento na sentença, quando o magistrado já possui amplo conhecimento da demanda. “Nessa situação, a técnica antecipatória não será fundada em cognição sumária, mas em cognição exauriente não definitiva.” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 96.)

⁷³⁸ A cognição sumária ora trabalhada refere-se à profundidade do conhecimento, de um juízo superficial da relação jurídica deduzida em juízo, uma análise primeira de probabilidade, sem ampla investigação dos meandros do litígio. “Menos aprofundada em relação a que? Menos aprofundada em relação à cognição exauriente prevista para a correspondente tutela definitiva. Esse o parâmetro e comparação: a cognição, na tutela provisória, é sumária, isto é, menos profunda do que a cognição prevista para a tutela definitiva à que se acha referenciada.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 31.) Não se está referindo, portanto, aos *procedimentos sumários*, que são aqueles que se propõem a decidir com definitividade por meio de um caminho procedimental mais abreviado. “A sumariedade destes últimos seria simplesmente de caráter formal, ao passo que a dos sumários propriamente ditos teria caráter material” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 151.)

⁷³⁹ “Os provimentos cautelares representam uma conciliação entre as duas exigências, em regra contrastantes, da justiça: da celeridade e da ponderação. Entre fazer logo porém mal e fazer bem mas tarde, os provimentos cautelares visam sobretudo a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido sucessivamente, com a necessária ponderação, nas repousadas formas do processo ordinário (tradução livre).” (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 20.) Observe-se que Calamandrei não fazia distinção entre a medida cautelar e a técnica antecipatória, tratando-as simplesmente como cautelares submetidas a perigos diversos. Portanto, quando o Autor se refere a cautelares, também está se referindo à técnica antecipatória. Por todos: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “*Perfil dogmático da tutela de urgência*”, *Revista AJURIS*, n. 70, pp. 215-239, julho de 1997, p. 231.

incorreto, a intervenção estatal terá sido ilegítima.⁷⁴⁰ É relevante ter presente tal circunstância para que não se perca a consciência de quão delicada é esta técnica de flexibilização procedimental, apta a gerar graves injustiças e danos aos jurisdicionados, especialmente aos réus que, em geral, são afetados com o deferimento da medida.

A própria Constituição Federal previu que ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88). Trata-se de princípio da mais alta relevância em um Estado Democrático de Direito, cuja densificação remete à garantia dos cidadãos de que a intervenção estatal na esfera jurídica dos jurisdicionados passa necessariamente pelo respeito a um processo justo.⁷⁴¹ Atento a tais circunstâncias, o CPC prevê no art. 302 a *responsabilidade objetiva* tanto pelo dano processual, como pelo prejuízo que a efetivação da antecipação da tutela possa causar à parte adversa. Na mesma linha, o art. 300 estabelece que “para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.” Trata-se de medidas que visam a proteger ou reparar a esfera jurídica daquele em face de quem foi deferida uma tutela antecipada.

Refira-se, ainda, na esteira de preocupação legislativa com os riscos envolvidos com a tutela provisória, o art. 300, §3º, do CPC, que manteve a impossibilidade de antecipação da tutela de urgência quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Não se trata de tema novo, porquanto o CPC/73 já previa disposição equivalente que foi bastante versada pela doutrina, especialmente no que se refere à aplicação do postulado da proporcionalidade para a superação de tal exigência sempre que a antecipação de tutela, ainda que irreversível, fosse imprescindível para salvaguardar bem jurídico mais valioso do que aquele que poderia ser sacrificado com o seu deferimento. A manutenção de tal regramento no CPC vigente apenas ratifica a preocupação diante dos riscos que decorrem da tutela provisória, tentando salvaguardar a esfera jurídica daquele que pode ser irreversivelmente prejudicado.

⁷⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 307.

⁷⁴¹ Após dispor sobre os princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, Teori Zavascki pontua: “Nesse conjunto de garantias está inserido o *direito à segurança jurídica*, de cuja densidade se pode extrair que não apenas a liberdade, mas também os bens em sentido amplo (inclusive, pois, os direitos subjetivos de qualquer espécie) hão de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considerar titular, até que se esgote o devido processo legal.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 65.).

1.4 Rotas procedimentais pela utilização de disposições normativas de textura aberta

A flexibilização procedimental pode se dar também por meio da utilização de textos legais com textura aberta, possibilitando que o juiz e as partes desenhem o procedimento adequado para o caso concreto.⁷⁴² Nesta hipótese, o legislador não se antecipa em prever critérios objetivos para a adoção de caminhos procedimentais possíveis, mas opta por utilizar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados para que os operadores do Direito estabeleçam a melhor rota a ser seguida.^{743 - 744}

Trata-se de tendência que pode ser identificada em diversos países, especialmente naqueles analisados na primeira parte do estudo, conferindo a possibilidade de o juiz adaptar o procedimento às necessidades de tutela apresentadas pelos casos concretos.⁷⁴⁵ Na Inglaterra, por exemplo, as CPR preveem os *overridings objectives* logo no seu início, estabelecendo diretrizes gerais que devem ser seguidas pelos juízes na definição do procedimento a ser trilhado, a exemplo do dever de “apontar os caminhos que assegurem um procedimento célere e eficiente”. A partir de tal comando, estrutura o processo para que o juiz tenha ampla possibilidade de moldar o *iter* procedimental da maneira que melhor atenda a tais fins. No direito português,

⁷⁴² “Ultimamente, porém, as cláusulas gerais têm ‘invadido’ o direito processual, que naturalmente sofreu as consequências das transformações da metodologia jurídica no século passado. Afinal, o direito processual também necessita de ‘normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto’” (DIDIER JR., Fredie. “Cláusulas Gerais Processuais.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 35, n. 187, p. 69-83, set./2010, p. 69-83.)

⁷⁴³ Sobre a utilização de tal técnica no âmbito executivo: “Ou seja, é equivocado imaginar que a lei pode antever os meios de execução que serão necessários diante dos casos concretos. A lei processual, se assim atuasse, impediria o tratamento adequado daqueles casos que não se amoldam à situação padrão por ela contemplada.” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Controle do poder executivo do juiz.” *Revista de Processo*, vol. 127/2005, p. 54–74, Set/2005.)

⁷⁴⁴ Desferindo contundente crítica a esta técnica legislativa: “O próprio legislador, em quem os indivíduos pensavam poder confiar para, na votação livre e democrática das leis, estabelecer os limites do autoritarismo do poder governante, abdica simplesmente da competência de traçar, com precisão e segurança, os preceitos que deveriam presidir o comportamento individual no seio da coletividade. Preferem, por comodidade, por menor esforço ou por submissão a idéias de momento e de puro efeito demagógico, legislar por fórmulas excessivamente genéricas (cláusulas gerais, normas abertas e quejandas). Aproximando-se de meras declarações de valores (indefinidos e indefiníveis), essa conduta inaceitável e por isso mesmo injustificável do legislador contemporâneo deixa o indivíduo (cuja dignidade diz estar tutelando) entregue à sanha e aos azares de quem detém o poder de julgar a conduta individual e social.” (THEODORO Jr. Humberto. “A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica”. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 14, setembro 2006. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm. Acesso em: 30 out. 2016.)

⁷⁴⁵ “As normas jurídicas são, em verdade, uma linguagem em cujo conteúdo o contexto exerce grande influência. Nas normas que possuem textura aberta, a intensidade do processo de concreção é maior. A intensidade, portanto, depende da linguagem normativa.” (ÁVILA, Humberto. “Subsunção e concreção na aplicação do direito.” In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 429.)

igualmente, proliferam-se textos abertos, a exemplo do princípio geral de adequação, eficiência e tempestividade (art. 2º) e a previsão de ampla adaptabilidade procedimental (art. 6º e art. 547).

No direito brasileiro tais aberturas podem ser identificadas desde os preceitos constitucionais, ao traçar os direitos fundamentais que lançam normatividade direta aos operadores do direito, especialmente os princípios do acesso substancial à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88) e do devido processo (art. 5º, LIV, CF/88); passando pelas normas fundamentais amplamente expostas nos arts. 1º a 11 do CPC; e, por fim, em algumas passagens esparsas ao longo do Código. Contudo, é de se notar que o legislador brasileiro preocupa-se em disciplinar minudentemente o procedimento, sendo ainda raros os casos em que se confere uma abertura significativa à criatividade judicial. Como visto, a técnica de rotas alternativas ainda é amplamente preferida pela legislação brasileira, tendo havido contundente reação da comunidade jurídica quando se tentou conferir uma cláusula geral de abertura procedimental à adaptabilidade judicial.⁷⁴⁶

É possível identificar tal abertura, por exemplo, no *caput* do art. 536 do CPC, que prevê que “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, *determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente*”. E segue no §1º expondo que “para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, *entre outras medidas*, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”. Ao prever que o juiz determinará as medidas necessárias, sem especificar quais, apresentando um rol meramente exemplificativo no §1º, opta em não engessar o magistrado em um roteiro procedimental pré-estabelecido, deixando um amplo campo de adaptação do procedimento ao caso concreto.

Tal comando é ainda reforçado no capítulo referente aos poderes judiciais, estando previsto, no inciso IV do art. 139, que incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para

⁷⁴⁶ Para uma crítica à abertura excessiva: “Tal solução transferiria ao órgão judicial o poder de criar a seu bel-prazer, caso por caso, a regra processual mais apropriada para o desenvolvimento do procedimento, conduzindo a total indeterminação e imprevisibilidade. Incrementar-se-ia, assim, de forma totalmente desnecessária, o arbítrio do poder estatal dentro do processo. Não obstante a função social do processo, o excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial das partes e violação do direito fundamental à segurança sem falar do eventual menosprezo ao nexos entre o direito material e o processual.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 187.)

assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Inovação digna de nota foi a extensão de tais poderes para as obrigações pecuniárias (art. 139, IV, CPC), sendo agora possível que, também para as obrigações de pagar dinheiro, sejam utilizadas medidas de coerção indireta, além da multa de 10% prevista no art. 523, §1º, do CPC.

É importante registrar que tal abertura legislativa não confere poderes discricionários ao juiz, mas um dever de investigar e eleger fundamentadamente qual a medida mais adequada para a observância da decisão judicial, sobretudo para uma tutela específica dos direitos.⁷⁴⁷ Não faz sentido, por exemplo, que o juiz imponha uma multa periódica para que a parte deixe de praticar determinada conduta. O ato isoladamente praticado é que deve ser evitado e não a reiteração de determinada prática. Nesses casos, deverá o juiz, dentre outras medidas possíveis, impor uma multa alta e isolada (e não periódica), a fim de que o ato ilícito não seja praticado. Trata-se apenas de um exemplo para deixar claro que a abertura legislativa não significa liberdade judicial, mas apenas possibilidade de investigação da medida mais adequada à realidade do caso concreto. Daí a importância da aplicação do arcabouço teórico relativo ao postulado da proporcionalidade (adiante trabalhado), especialmente diante de cláusulas abertas, em que o legislador conferiu mínimas balizas para a atuação judicial.⁷⁴⁸ Uma definição do procedimento só será legítima se respeitar parâmetros mínimos de racionalidade, que podem ser exprimidos na necessidade de adequação, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida adotada.⁷⁴⁹

Outro exemplo presente no CPC, em que o legislador conferiu ao juiz a possibilidade de moldar o procedimento com maior liberdade de acordo com as características do caso concreto pode ser visualizado no art. 723, parágrafo único, que regula os procedimentos de jurisdição voluntária e prevê que “o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que

⁷⁴⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 95-97.

⁷⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 124-129.

⁷⁴⁹ “Sem dúvida, quer na escolha pelas medidas coercitivas, quer na determinação da medida coercitiva a ser utilizada, se evidencia o embate, presente ao longo de todo o processo de execução, entre o direito fundamental à tutela executiva assegurada ao credor, e o direito fundamental do devedor a ter a sua dignidade humana preservada. Desta forma, é indispensável o recurso à regra da proporcionalidade, na condução dessas valorações. A aplicação da *regra da proporcionalidade*, como critério balizador da decisão judicial sobre o cabimento e o conteúdo adequado de medida coercitiva, apenas orienta a apreciação de dados a serem, necessariamente, extraídos da situação concreta. Soluções predeterminadas são, portanto, inviáveis.” (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 126-127.)

considerar mais conveniente ou oportuna”.⁷⁵⁰⁻⁷⁵¹ Aqui também pode-se perceber uma clara medida de abertura para a flexibilização procedimental, retirando do juiz a cogência de observar o rito previsto pelo legislador.⁷⁵² Tal abertura expressa do legislador à construção do procedimento para o caso concreto não dispensa o juiz, por evidente, de fundamentar de maneira ampla as soluções criativas adotadas para o caso, além dos deveres de colaboração, especialmente para evitar surpresas às partes sobre o trâmite que o processo seguirá.

Poder-se-ia cogitar que tal técnica legislativa causa grande insegurança jurídica ao conferir significativos poderes judiciais para a definição do procedimento.⁷⁵³ Trata-se de verdadeira inversão de papéis, no qual o legislador limita-se a traçar direções e confere ao juiz ampla margem de decisão.⁷⁵⁴ Segundo Wieacker, as disposições normativas de textura aberta podem consubstanciar um campo aberto para o juiz colocar em prática o voluntarismo, fazendo prevalecer os seus ideais pessoais de justiça em detrimento dos valores presentes no ordenamento jurídico.⁷⁵⁵ De fato, há de se ter cautela na sua utilização, porquanto “o abuso (...) do emprego constante e injustificado de cláusulas gerais pelo legislador pode desestabilizar o ordenamento jurídico, gerando dúvidas, incertezas e mesmo imprevisibilidade no meio social.”⁷⁵⁶ Daí a necessidade de um reforçado controle destas normas abertas.⁷⁵⁷

Lembramos, contudo, que a segurança jurídica processual não pode mais ser vista por uma perspectiva estática de rigidez procedimental, mas sim sob um prisma dinâmico de aptidão à adaptabilidade, conferindo-se poderes ao juiz e relevância à participação das partes. A segurança, como um sobreprincípio que também orienta à

⁷⁵⁰ Referindo-se ao art. 1.109 do CPC/73: GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 43.

⁷⁵¹ Para uma síntese da sua aplicação às regras processuais: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 241.

⁷⁵² No mesmo sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 143-147.

⁷⁵³ DIDIER JR., Fredie. “Cláusulas Gerais Processuais.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 35, n. 187, p. 69-83, set./2010, p. 69-83.

⁷⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 258.

⁷⁵⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. da 2.ed. al A.M Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 546.

⁷⁵⁶ THEODORO Jr. Humberto. “A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica”. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 14, setembro 2006. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm. Acesso em: 30 out. 2016.

⁷⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 258.

efetividade processual, ratifica tal técnica legislativa, mas orienta à adoção de contrapesos para o idôneo atendimento às expectativas das partes. Avulta-se, neste contexto, os deveres de colaboração do juiz com as partes e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, não só para demonstrar que as medidas determinadas são adequadas para o caso concreto, mas também para enfrentar de forma exauriente eventuais argumentos contrários aduzidos pelos litigantes.⁷⁵⁸

Portanto, se, por um lado, a técnica legislativa de utilização de cláusulas abertas revela grande importância na adaptação do procedimento aos casos concretos, é interessante, sempre que possível, que o legislador estabeleça critérios de atuação para os juízes, balizando, assim, os amplos poderes de conformação procedimental que lhes são conferidos.⁷⁵⁹

1.5 Circuitos procedimentais obrigatórios

Quando se pensa em flexibilização procedimental, geralmente projeta-se um olhar apenas para o curso do procedimento, mas não para a escolha do próprio procedimento. Consoante verificou-se do estudo do direito estrangeiro, especialmente do sistema inglês, o *case management* está presente na escolha do procedimento que será adotado para o caso. Parece relevante, portanto, investigar não só a *flexibilização no procedimento*, mas também a *flexibilização de procedimento*. Assim, com inspiração no direito inglês, utiliza-se a expressão “circuitos procedimentais” para designar as situações em que o legislador criou procedimentos distintos (circuitos) para serem utilizados a depender das características dos casos concretos. Diferentemente das rotas procedimentais antes detalhadas, aqui haverá a definição de procedimentos completos pelo legislador (ainda que internamente possam assumir rotas diversas⁷⁶⁰), que serão franqueados aos operadores do direito. Note-se que, na hipótese a que ora se dedica, não há qualquer faculdade às partes ou ao juiz, mas circuitos obrigatórios a depender das características dos casos analisados.

⁷⁵⁸ Mais adiante traçaremos os limites judiciais diante das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.

⁷⁵⁹ “Todas estas manifestações se baseiam no facto de a cláusula geral não permitir e, ao mesmo tempo, esvaziar de sentido qualquer actividade subsuntiva, desde que ela, por seu lado, não remeta para a situação bem definida de uma moral estabelecida e de uma técnica judicial firme.” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. da 2.ed. al A.M Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 546-547.)

⁷⁶⁰ No direito inglês, cada circuito ainda pode ser adaptado internamente: FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 31.

Trata-se de usual técnica de *flexibilização de procedimento*, por exemplo, a previsão de distintos circuitos a depender do valor da causa e/ou da complexidade da demanda.⁷⁶¹ Para demandas de valor mais baixo e/ou definidas *em lei* como de menor complexidade, tem-se um circuito procedimental mais simplificado, com limitações probatórias e recursais; àquelas demandas de valor mais elevado ou não identificadas como de baixa complexidade, apresenta-se um circuito mais amplo. Por meio desta técnica, o legislador previamente estabelece qual o circuito procedimental a ser seguido a depender das características da demanda, direcionando a um procedimento sumarizado os casos considerados mais simples.

Analisando, ainda que brevemente, o direito comparado, alguns detalhes chamam a atenção e despertam o interesse para uma possível reanálise do sistema judicial brasileiro. O direito inglês, por exemplo, é caracterizado pela figura de um juiz ativo no início do processo, que analisa liminarmente o caso submetido ao Judiciário e identifica qual o circuito que melhor atende às suas características. Apesar da existência de balizas legais relacionadas ao valor da causa, a complexidade da demanda pode ser avaliada em concreto, determinando-se qual o procedimento a ser seguido.⁷⁶² No direito italiano, recentemente foi introduzido o art. 183-bis,⁷⁶³ que possibilita que o juiz, verificando a simplicidade da demanda ajuizada, submeta-a, após prévia oitiva das partes, ao rito sumário, por decisão irrecorrível. Tal medida pode ser adotada em causas de qualquer valor, desde que não se enquadrem entre aquelas expressamente previstas no art. 50-bis do CPC.⁷⁶⁴ Trata-se de regra que também viabiliza a flexibilização de

⁷⁶¹ “Como ficou visto, desde que se começou a cogitar da instituição de procedimentos mais simplificados e menos solenes do que o ordinário, e desde então em todos os ordenamentos jurídicos que os acolheram, a pequena entidade econômica da causa sempre tem sido tomada como um dos critérios determinativos de sua adoção. Parte-se da suposição de serem essas causas destituídas de suficiente importância e complexidade para justificarem o longo percurso da tramitação ordinária.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: AIDE EDITORA, 1980, p. 91.)

⁷⁶² Sobre a flexibilização de procedimento no direito inglês por obra do juiz: “Há, pois, considerável flexibilidade na escolha do procedimento, a qual é sempre objeto de decisão expressa, impugnável pela parte que dela discorde.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A revolução processual inglesa”. *Temas de direito processual civil* – nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 76.)

⁷⁶³ Introduzido pelo D.L. n. 132, de 12 de setembro de 2014.

⁷⁶⁴ “Art. 50-bis: Il tribunale giudica in composizione collegiale: 1) nelle cause nelle quali è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero, salvo che sia altrimenti disposto; 2) nelle cause di opposizione, impugnazione, revocazione e in quelle conseguenti a dichiarazioni tardive di crediti di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, [al decreto legge 30 gennaio 1979, n. 26, convertito con modificazioni dalla legge 3 aprile 1979, n. 95] ⁽¹⁾ e alle altre leggi speciali disciplinanti la liquidazione coatta amministrativa; 3) nelle cause devolute alle sezioni specializzate; 4) nelle cause di omologazione del concordato fallimentare e del concordato preventivo; 5) nelle cause di impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea e del consiglio di amministrazione, nonché nelle cause di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti

procedimento por ato do juiz, diante da análise em concreto da demanda ajuizada. E mais, ao autor já é outorgada a possibilidade de, considerando a causa de menor complexidade, submetê-la ao rito abreviado, cabendo ao juiz controlar tal classificação e, se necessário, submeter a demanda ao rito ordinário. Segundo oportuna observação de Caponi, não se pode imaginar que o legislador consiga prever, de maneira prévia e abstrata, as demandas que demandarão um rito mais complexo, nem mesmo que será possível já definir quais as alterações procedimentais que serão necessárias para cada caso.⁷⁶⁵⁻⁷⁶⁶ No direito colombiano, o CPC prevê dois tipos distintos de procedimento comum (o *verbal* e o *verbal sumário*) e os *procedimientos especiales*. Assim, ao invés de ter um procedimento ordinário (que foi revogado com a Lei n. 1.395/2010), o legislador preferiu concentrar a maioria das demandas nos procedimentos verbal (instância única – até 15 salários mínimos – R\$ 8.793,30) e verbal sumário, mantendo procedimentos especiais para casos específicos, o que vem proporcionando significativos resultados em termos de celeridade processual.⁷⁶⁷⁻⁷⁶⁸

No Brasil, há algo similar no procedimento dos Juizados, que processam demandas de valor não superior a determinada quantia⁷⁶⁹ ou consideradas pelo legislador como de menor complexidade. Enquadrando-se o caso em tais critérios, será submetido a um trâmite procedimental mais simples, com as referidas limitações probatórias e recursais, bem como um rito mais concentrado e oral. A diferença para o

contabili societari (²) e i liquidatori delle società, delle mutue assicuratrici e società cooperative, delle associazioni in partecipazione e dei consorzi; 6) nelle cause di impugnazione dei testamenti e di riduzione per lesione di legittima; 7) nelle cause di cui alla legge 13 aprile 1988, n. 117. 7-bis) nelle cause di cui all'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (³) Il tribunale giudica altresì in composizione collegiale nei procedimenti in camera di consiglio disciplinati dagli articoli 737 e seguenti, salvo che sia altrimenti disposto.”

⁷⁶⁵ CAPONI, Remo. “Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição.” *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Trad. Michele Pedrosa Paumgarten. Ano 10, vol. 17, n. 2. Jul. a Dez./16, p. 531-549, p. 547.

⁷⁶⁶ Segundo Berizonce, trata-se de uma técnica processual de cognição simplificada, com plena aptidão de formar coisa julgada e título executivo, aplicável a todas as situações. Conclui que, na Itália, o procedimento ordinário vem se tornando técnica de utilização residual. (BERIZONCE, Roberto Omar. *Tutelas procesales diferenciadas*. Santa Fe: Rubizal-Culzuni, 2009, p. 54.)

⁷⁶⁷ ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. “Direito processual civil colombiano.” *Direito processual civil latino-americano*. SOARES, Carlos Henrique *et al.* (coord.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 161-186, p.173 e seg.

⁷⁶⁸ “Isso significa que o CPC colombiano preferiu estabelecer, para esses numerosos casos, normas especiais para diferenciar os procedimentos comuns, em atenção à natureza do direito material controvertido, ao invés de criar procedimentos especiais.” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Direito processual civil colombiano.” *Direito processual civil americano contemporâneo*. TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.) São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 94-127, p. 107.) Vide ainda: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 674 ao 718*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 28.

⁷⁶⁹ Para os Juizados Estaduais o limite de alçada é de 40 salários mínimos. Para os Juizados Federais e da Fazenda Pública o limite é de 60 salários mínimos.

sistema inglês é que não há a figura do juiz no início do processo para definir qual o melhor procedimento a ser utilizado. No sistema brasileiro, o autor que verifica a presença dos requisitos legais para submissão do caso ao rito abreviado dos Juizados ou ao rito completo previsto no CPC. Existem parâmetros fixados pelo legislador, especialmente relacionados ao valor da causa, que orientam o direcionamento feito pelo autor, sem prejuízo de um juízo de admissibilidade pelo magistrado a respeito da adequação do rito eleito.

É possível perceber, de início, que ambos os procedimentos, em regra, são aptos a conferir um tratamento adequado às mais diversas relações materiais, pois o elemento de *discrímen* é apenas o valor da causa, não se conferindo relevância à natureza do direito em disputa.⁷⁷⁰⁻⁷⁷¹ Nas hipóteses em que o legislador considerou a natureza da demanda para submetê-las ao rito simplificado, fê-lo por meio de um rol de bastante heterogêneo, com algumas escolhas, na visão de Fabrício, cuja presunção de simplicidade era deveras discutível.⁷⁷² Ainda segundo o autor, o legislador teria-se deixado impressionar mais pelo grande número de processos em alguns casos do que propriamente pela simplicidade da relação material.⁷⁷³ Diante de tais circunstâncias, é de se indagar se não é possível trabalhar com outros critérios de definição procedimental, que não apenas o valor da causa ou definição abstrata pelo legislador, de maneira que demandas que tenham como objeto valores elevados não sejam, abstratamente, excluídas de um tratamento mais simples e célere do Poder Judiciário. É muito comum no Judiciário brasileiro, por exemplo, que demandas de massa, cujo objeto litigioso é rigorosamente idêntico e versam sobre questões que não demandam instrução probatória (vide as causas tributárias), ingressem no Judiciário e se dividam entre Juizados (rito simplificado) e Vara Federal (rito comum) em razão apenas do valor da causa. Parece ser mais racional e oportuno do ponto de vista da gestão de processos no

⁷⁷⁰ Defendendo a possibilidade de o autor optar entre os ritos sumaríssimo, sumário e ordinário: MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 130-136.

⁷⁷¹ Há algumas relações materiais que são proibidas nos Juizados Federais, contudo são exceções que não infirmam a regra geral que estamos trabalhando.

⁷⁷² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Justificação teórica dos procedimentos especiais”, abril/1994, in [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%83%C2%ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%83%C2%ADcio(3)formatado.pdf), acesso em 15 de dezembro de 2016.

⁷⁷³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: AIDE EDITORA, 1980, p. 101.

Judiciário, que tais demandas qualitativamente simples fossem processadas por um rito também simplificado.⁷⁷⁴

Ao tratar do interessante e vasto tema da *complex litigation*, Taruffo critica os critérios abstratos para definição da complexidade dos casos, referindo-se especialmente ao valor da causa como um critério bastante discutível, por ser óbvio que uma causa de baixo valor pode apresentar vários fatores de complexidade, enquanto uma causa de valor elevado pode ser bastante simples.⁷⁷⁵ Fabrício aduz tratar-se de um critério elitista, arbitrário, que parte de um subjetivismo conceitual do que seja “causa de pequeno valor”.⁷⁷⁶ Câmara, na mesma linha, expõe que é evidente que não há qualquer relação entre a menor complexidade de uma causa e o seu valor.⁷⁷⁷

Analisando o processo civil português, Miguel Teixeira de Sousa censura o critério de valor da causa para a definição do procedimento, aduzindo que “o actual panorama português talvez seja algo criticável: como é conhecido, tudo o que cabe no processo comum tem uma tramitação diferenciada em função do valor, real ou ficcionado, da causa, qualquer que seja o seu objecto.” E prossegue expondo um interessante panorama internacional, após questionar se não há uma alternativa melhor a ser adotada, guiada mais por critérios qualitativos do que quantitativos:⁷⁷⁸

- Em França, os processos que correm perante o Tribunal de Grande Instance podem seguir um circuit ultracourt ou court (envio imediato do processo para a audiência: art. 760 do Code de procédure civile), o circuit court ou moyen (envio do processo para audiência depois de uma troca de conclusões ou de comunicação de documentos: art. 761 do Code de procédure civile) ou um circuit long (envio ao juge de la mise en état, para instrução: art. 762 do Code de procédure civile);
- Na Alemanha, o § 272 da Zivilprozessordnung estabelece que o litígio deve ser decidido numa audiência principal, cabendo ao juiz escolher se ela deva ser antecedida de uma audiência oral ou de um pré-processo escrito;
- Em Inglaterra e no País de Gales, as Rules 26.1 e 26.6 das Civil Procedure Rules distinguem entre um small claims track, um fast track e um multi-track, cabendo ao juiz escolher uma destas tramitações em função do valor da causa e da sua complexidade;
- Na Áustria, após a Zivilverfahrens-Novelle de 2002, o § 258 da Zivilprozessordnung passou a prever uma audiência preparatória (vorbereitende Tagssatzung), na qual, além de

⁷⁷⁴ Para uma reflexão sobre a tendência universal à sumarização das formas: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Procedimento sumário*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 39-45.

⁷⁷⁵ TARUFFO, Michele. “La complessità della complessità processuale.” *Elementi per una definizione di complessità processuale*. DONDI, Angelo (org.) Milano: Giuffrè, 2011, p. 181.

⁷⁷⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: AIDE EDITORA, 1980, p. 91.

⁷⁷⁷ E conclui com a percepção de que os Juizados Especiais Cíveis deveriam ser competentes para as causas de baixa complexidade, independentemente do seu valor: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais*. 7.ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 25.

⁷⁷⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. “Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?” *Revista de Processo*, vol. 161/2008, p. 203-220, Jul./2008.

se decidir sobre as exceções processuais e de se discutir as posições das partes, se fixa o Prozessprogram, isto é, a tramitação futura do processo.

Destes breves elementos retirados de algumas experiências estrangeiras é possível concluir que as tendências recentes se orientam no sentido de um certo afastamento do modelo da "pré-formatação" e numa importância crescente do modelo da "adequação" (que, no direito português, encontra um afloramento importante, mas apenas incipiente, no princípio da adequação formal estabelecido no art. 265.º-A do CPC (LGL\1973\5) português). Particularmente promissora pode ser a escolha entre tramitações com ou sem fases preliminares.

É bem verdade que o Professor português critica o critério do valor da causa, expondo as opções adotadas em legislações estrangeiras, para propor o distanciamento de um sistema "pré-formatado" e a aproximação de um modelo de "adequação". Não obstante tal proposta estar em consonância com tudo quanto propomos no presente estudo, pensamos que é possível ir além. Ao lado de um modelo de flexibilização procedimental capaz de adequar o rito às peculiaridades dos casos concretos, é possível avançar para pensar em um modelo de flexibilização de procedimento, conferindo-se maior relevância qualitativa do que quantitativa às demandas, a fim de orientar à definição do rito que melhor atenda às exigências de tutela dos casos.

Paula Costa e Silva expõe que o regime experimental português não adotou o valor da causa para distinguir procedimentos, aplicando-se universalmente a qualquer processo: "Por referência ao tipo legal, o procedimento não variará em função do valor da causa. Quer isto dizer que, seja qual for o valor da causa, idênticos serão os prazos para a prática de actos ou o número de testemunhas admitidas."⁷⁷⁹

À vista deste panorama, é de se amadurecer no Brasil a possibilidade de o juiz, em colaboração com as partes, submeter os casos de menor complexidade, independentemente do valor da causa, ao rito dos Juizados, para que tenham um tratamento mais simples e célere. Caminharíamos, assim, para reservar o amplo procedimento comum previsto no CPC aos litígios complexos (*complex litigation*), conferindo inclusive melhores condições de trabalho aos juízes, até mesmo para adaptar os procedimentos às peculiaridades destas demandas mais sofisticadas, diante da redução de casos submetidos à sua jurisdição. Logicamente que uma solução como esta demandaria maiores investimentos na estrutura dos Juizados, de maneira que pudessem absorver a quantidade de demandas sem prejuízo da qualidade do serviço prestado à população.

⁷⁷⁹ COSTA E SILVA, Paula. "A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental." *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 33, n. 156, p. 237-250, fev./2008, p. 245.

É de se considerar, ademais, que se devem propor soluções para a Justiça civil brasileira com atenção à realidade nacional, caracterizada por um volume muito grande de demandas, juízes assoberbados de trabalho e uma inserção, cada vez maior, de advogados sem a qualificação técnica necessária para trabalhar com as técnicas de flexibilização procedimental. Diante desta realidade, não se pode imaginar que os juízes e os advogados terão condições materiais de dar uma atenção diferenciada a todos os casos para adaptar os procedimentos às suas peculiaridades, o que faz com que a possibilidade de *flexibilização de procedimento* apresente-se como uma solução mais simples e eficaz para conferir a almejada aproximação ao ideal de simplificação procedimental e tempestividade da prestação jurisdicional. Para os litígios complexos, um procedimento mais amplo e com maiores possibilidades probatórias e recursais; para os litígios mais simples, um procedimento mais concentrado, com simplificação probatória e menores chances recursais.⁷⁸⁰ Uma interessante lição que podemos extrair das reformas processuais que vêm ocorrendo na Europa nas últimas décadas é a de conferir ao amplo processo de cognição uma função residual, apenas para os casos efetivamente complexos.⁷⁸¹

Tal orientação vai ao encontro daquilo que Arenhart chama de análise da proporcionalidade sob uma perspectiva pan-processual, que orienta à busca de soluções para a justiça civil por meio da análise da razoabilidade do tratamento destinado a determinada causa, levando em consideração o complexo de usuários do serviço público, ou seja, a partir de uma visão de política judiciária. “Nessa linha, considerada a escassez dos recursos estatais, o grau de efetividade outorgado a um único processo deve ser pensado a partir da necessidade de assegurar eficiência do sistema judiciário como um todo.”⁷⁸² Com efeito, não se pode imaginar que todas as causas que aportam ao Judiciário tenham o mesmo tratamento, sejam submetidas a um procedimento longo,

⁷⁸⁰ Atento à necessidade de se repensar o *serviço público* “justiça”, Arenhart bem pontua: “No plano legislativo, a adequação do serviço público aqui examinado implica o dever de que as leis sejam orientadas a oferecer respostas adequadas e modernas às demandas de justiça oriundas da sociedade civil. (...) Dito de outro modo, a questão aqui se centra na avaliação da situação judiciária como um todo, examinando se o esforço judicial empregado para certo tipo de causa se justifica em face do volume, da complexidade e das necessidades de outros feitos.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.)

⁷⁸¹ CAPONI, Remo. “Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa.” Em <https://www.academia.edu/205261/R. Caponi Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa 2005?auto=download>. Acesso em 15 de janeiro de 2017, p. 20.

⁷⁸² ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 31-41.

com um juiz ativo e preocupado em adaptar o rito às suas peculiaridades. Aos casos que apresentem contornos simplificados, deve-se destinar uma Justiça igualmente simplificada, célere e efetiva; aos casos mais complexos, destina-se um aparato judicial mais sofisticado, no qual os juízes terão efetivas condições de conferir-lhes atenção e, por consequência, uma idônea prestação jurisdicional.⁷⁸³

1.6 Circuitos procedimentais facultativos

É corrente na doutrina brasileira a ideia de que o procedimento, por se tratar de questão de ordem pública, não está à disposição das partes, devendo se submeter ao rito estabelecido em lei, sob pena de invalidade do processo.⁷⁸⁴ Assim, em regra, se a lei estabeleceu um procedimento especial, não pode a parte optar pelo rito comum; se a lei previu que a demanda deve tramitar sob o rito comum, não podem as partes optar pelo rito dos Juizados. Tal dogma, contudo, precisa ser revisitado.

O processo civil brasileiro é familiarizado com a possibilidade de o autor ter à sua disposição mais de um procedimento a ser escolhido quando do ajuizamento da demanda.⁷⁸⁵ Basta pensar na possibilidade que existe de escolha entre o procedimento comum estabelecido no CPC e o mandado de segurança, os juizados estaduais ou a ação monitória. São opções previstas em lei, por meio das quais o autor, unilateralmente, define qual o circuito processual que irá tramitar a demanda. Vejamos.

Pode o autor escolher entre ajuizar sua demanda perante o procedimento comum previsto no CPC ou demandar perante os Juizados Cíveis estaduais. Estabeleceu-se um circuito procedimental mais simples e célere como faculdade aos jurisdicionados, podendo o autor escolher livremente entre submeter a sua demanda a

⁷⁸³ “A simplificação do procedimento e a diminuição do número de recursos, já estabelecidas na lei federal, ao contrário de constituírem uma desvantagem representam um ganho apreciável de tempo e dinheiro, benefício que de modo nenhum pode ser desprezado, quando se olhe a questão com vistas largas, de forma institucional, de modo que permita inclusive que a justiça comum possa se dedicar com mais vagar ao exame das causas de maior complexidade, com incremento de tempo e qualidade, no seu mister.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 156.)

⁷⁸⁴ Para uma análise crítica de tal perspectiva: LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 136-144. Sobre a impossibilidade de as partes ou o juiz escolher livremente o rito: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 75.

⁷⁸⁵ Tratando do tema como fungibilidade de procedimentos: YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 120.

este juízo, que goza até mesmo de certa informalidade, ou adotar o rito solene do procedimento comum.⁷⁸⁶ Tal exemplo é relevante, pois ratifica a ideia antes trabalhada de que a especialização do procedimento não se dá apenas em razão de peculiaridades do direito material, mas também por critérios de conveniência legislativa de conferir um rito mais simples para demandas de baixo valor e menor complexidade.

Da mesma forma, foi franqueada à escolha do autor a possibilidade de impetração de mandado de segurança ou de ajuizamento de demanda sob o procedimento comum.⁷⁸⁷ Se os fatos alegados pelo autor puderem ser demonstrados mediante prova documental, pode o autor optar por quaisquer dos caminhos, não havendo preferência entre eles. Neste caso, é interessante perceber que o legislador pode estabelecer certos ônus a quem opta por um caminho mais célere e simplificado, sem que isso importe violação ao processo justo. É o que ocorre com a impossibilidade de realização de provas distintas da documental no mandado de segurança, bem como a vedação de utilizá-lo como ação de cobrança - sendo vedada a execução de valores pretéritos à impetração - e de condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Outra opção franqueada aos jurisdicionados pode ser identificada na faculdade entre o ajuizamento de ação monitória ou de demanda sob o procedimento comum, se o autor detém prova escrita do crédito. Neste caso, opta-se por um procedimento que pode se tornar muito mais célere do que o procedimento comum, a depender da resposta do réu.⁷⁸⁸ Caso o réu não apresente os embargos monitórios, o mandado de pagamento automaticamente convola-se em mandado executivo, prosseguindo a cobrança pela via da execução de título executivo judicial. Abrevia-se, pois, significativamente, o percurso processual que deve ser trilhado pelo autor em direção ao adimplemento da dívida.

Há, ainda, a possibilidade de, detentor de um título executivo extrajudicial, o autor optar por não ajuizar diretamente a execução, mas propor uma demanda de conhecimento, a fim de obter um título executivo judicial, o que lhe conferirá maior segurança em futura atividade executiva.

⁷⁸⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 53.

⁷⁸⁷ SILVA, Ronaldo Campos. *Processo de mandado de segurança*. Niterói: Impetus, 2013, p. 56.

⁷⁸⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação Monitória*. 3.ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, 65.

O que é possível perceber dos exemplos citados é que o legislador estabeleceu distintos ritos processuais e os colocou à disposição das partes para definirem qual o que melhor atende às suas expectativas de tutela jurisdicional.⁷⁸⁹ Cada procedimento apresenta vantagens e desvantagens que deverão ser sopesadas pelas partes à luz do caso concreto. Por vezes, um procedimento mais rápido traz consigo limitações probatórias, recursais, executivas etc., conferindo às partes larga margem de liberdade para escolher o rito que melhor atende aos seus interesses.

Tal estipulação de circuitos processuais é uma técnica que vai de encontro à ideia do procedimento único e rígido, conferindo relevância à liberdade das partes na escolha do trâmite processual. No Brasil, apesar de haver inúmeros exemplos, consoante mencionado acima, não é algo muito bem trabalhado pela doutrina ou fruto de opção consciente do legislador. Há, inclusive, quem aponte tais possibilidades como uma “imprecisão técnica do sistema”, capaz até mesmo de prejudicar os jurisdicionados, porquanto está incluída na noção de interesse processual a adequação do procedimento, de maneira que a disponibilização de mais de um “canal de acesso” aos jurisdicionados pode levar à extinção do processo caso se entenda que a escolha foi equivocada.⁷⁹⁰

Tais opções procedimentais, na verdade, precisam ser amadurecidas e melhor desenvolvidas, pois constituem importante instrumento de simplificação do processo que deveria estar à disposição dos jurisdicionados. O exemplo brasileiro mais claro de simplificação procedimental pode ser visto no rito dos Juizados, no qual o legislador, tomando como parâmetro o valor da causa, previu um procedimento abreviado e com limitações probatórias e recursais. Assim, estabeleceram-se dois circuitos distintos, que podemos chamar de *circuito curto* e *circuito longo*, cujo elemento de discrimen é o importe econômico da demanda. Ou seja, o legislador adiantou-se e definiu previamente e de maneira rígida o procedimento ao qual deveriam as partes se submeter.

Em uma primeira aproximação, conforme fundamentado no item anterior, é possível verificar que ambos os procedimentos, em regra, são aptos a conferir um tratamento adequado às mais diversas relações materiais, pois o elemento de distinção é

⁷⁸⁹ “Proponiamo qualche esempio di accordo processuale, la cui ammissibilità dovrebbe essere prevista una volta per tutte dalla legge, per sottrarla ad una valutazione in concreto da parte del giudice. (...) C) scelta di un modelo di trattazione tra una pluralità di modelli predeterminati dalla legge, all’interno di una sequenza procedimentale unitaria.” (CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXII, n. 3, junho/2008, p. 109.)

⁷⁹⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 120-121.

apenas o valor da causa, não se conferindo relevância à natureza do direito em disputa.⁷⁹¹ E se o procedimento é, em tese, adequado à tutela das mais diversas relações materiais, deve ser possível que as partes optem por um caminho mais simples e célere para solução dos seus litígios, ainda que envolvam valores que extrapolem aquele estabelecido pelo legislador.⁷⁹² Não é possível, em um ambiente em que o exercício do poder jurisdicional deva ser pensado e operacionalizado em função do cidadão e em respeito à sua liberdade, que seja vedada aos jurisdicionados tal escolha procedimental.⁷⁹³

A nova percepção da ciência processual quanto à relevância que se deve conferir às partes no processo aponta no sentido não só de conferir-lhes a possibilidade de alterar pontualmente o procedimento comum, mas também de poder escolher um procedimento mais simples para processarem as suas demandas. Tal postura, a um só tempo, viabiliza a simplificação procedimental e confere relevância à liberdade das partes. Distintos circuitos procedimentais poderiam ser criados e colocados à escolha dos litigantes, com limitações recursais, simplificações probatórias etc.

Não se trata de retomar o modelo do procedimento sumário que era previsto no CPC/73, no qual havia uma mera especialização procedimental para demandas mais simples ou de baixo valor econômico. O que ora se propõe é franquear aos litigantes um procedimento sumarizado para causas de qualquer valor que, a princípio, devesse se submeter ao procedimento comum.⁷⁹⁴ Tal eleição poderia ocorrer inclusive preventivamente, de maneira similar ao que acontece com a convenção de arbitragem,

⁷⁹¹ Em sentido contrário, apontando a inconstitucionalidade de um regime de obrigatoriedade dos juizados, por violar as garantias do devido processo e do contraditório: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais*. 4.ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 25. Não obstante, o autor parece contradizer-se mais adiante, quando aduz ser legítima a opção exclusiva do autor pelo rito dos juizados, sem possibilidade de o réu se insurgir contra, pois o legislador considerou adequada esta via para uma idônea prestação jurisdicional. (Ibidem, p. 26.)

⁷⁹² Adotando posição contrária ao se referir ao antigo rito sumário: “No entanto, não nos parece acertada a substituição em sentido contrário. Indevida é a convenção ou a aceitação do rito sumário em lugar do ordinário fora das situações do art. 275 do CPC, já que a tutela dos direitos pode ser afetada nas ações mais complexas.” (LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 142.)

⁷⁹³ A própria lei dos Juizados estaduais, ao possibilitar que grandes causas sejam processadas perante os Juizados, desde que o autor renuncie ao que exceder a 40 salários mínimos (art. 3º, §3º, da Lei 9.099/95), bem como que algumas relações materiais possam ser processadas no rito dos Juizados independentemente do valor da causa, por serem consideradas abstratamente pelo legislador como de menor complexidade (art. 3º, II e III, da Lei 9.099/95), ratificam a ideia de que demandas de conteúdo econômico superior ao teto estipulado pelo legislador podem ter um tratamento idôneo perante os Juizados.

⁷⁹⁴ Excluem-se, portanto, as demandas que se submetem a procedimentos especiais e são incompatíveis com o processamento sob o rito comum.

estipulando as partes que, na eventualidade de ocorrer algum litígio, a controvérsia será dirimida por meio de um procedimento abreviado, com limitações probatórias e recursais.

Atualmente, é comum que os cidadãos optem pelo oneroso juízo arbitral justamente para ter acesso a um julgamento mais rápido e sem tantas possibilidades recursais.⁷⁹⁵ Renunciam à Justiça estatal justamente em razão da sua rigidez e morosidade, que, em muito, decorre da grande quantidade de recursos que estão à disposição das partes. Ora, a pretexto de conferir uma decisão justa, por meio de um procedimento longo e moroso, o Estado acaba por dificultar o acesso à justiça e afastar os cidadãos do Judiciário. Trata-se de evidente paradoxo que precisa ser corrigido, a fim de que o processo civil harmonize-se com os valores que iluminam o Estado constitucional. Com efeito, deve-se facultar às partes pelo menos uma opção procedimental simplificada, de maneira que não tenham que buscar o procedimento arbitral sempre que almejem um rito mais simples e com menores possibilidades recursais. É de se registrar que o procedimento arbitral sequer está disponível para todos, tendo em visto os altos custos que caracteriza esta justiça paraestatal.

Em alguma medida, essa opção já existe no Brasil em relação aos Juizados estaduais, nos quais o autor pode optar entre seguir o seu rito simplificado ou ajuizar a demanda pelo procedimento comum. No entanto, esta opção resume-se, em regra, às causas de até 40 salários mínimos. Pensamos que tal opção de circuitos processuais deve ser ampliada. Às partes deve ser conferida a possibilidade de, no exercício da autonomia privada, submeter, a princípio, qualquer demanda ao rito simplificado, arcando com os ônus decorrentes de tal escolha.

Já está devidamente amadurecida a ideia de que a prestação jurisdicional por um procedimento mais simples, como é o caso dos Juizados, não subtrai ou macula o direito fundamental ao processo justo. Trata-se de legítima opção legislativa que visa a conferir celeridade processual em demandas de baixo valor e, ainda, em causas previamente definidas pelo legislador sem limite de valor. Ora, se o legislador pôde, legitimamente, submeter certas demandas ao procedimento dos Juizados, por que não franquear às partes tal opção? E não se trata de uma novidade no direito brasileiro, sendo possível resgatar no regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, editado para o

⁷⁹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2.ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 17-18.

processamento de causas comerciais, a possibilidade de as partes escolherem o procedimento sumário em qualquer caso, por convenção.⁷⁹⁶

Aplicando-se tais ideias para o processo civil brasileiro, propõe-se facultar aos litigantes submeter as suas demandas de valor que supere o teto dos Juizados ao seu rito mais simplificado. Inverte-se a lógica atualmente vigente, que possibilita a escolha entre o rito sumaríssimo ou comum, nas demandas de até 40 salários mínimos. A propósito, a própria facultatividade hoje presente nas demandas que não alcançam tal teto demonstra que conferir às partes a escolha por um procedimento mais simples é algo legítimo e, pelas circunstâncias já expostas, aconselhável.

A mesma técnica deverá ser aplicada em relação aos Juizados Federais, que, atualmente, têm a sua competência bastante rígida, estabelecida como absoluta pelo legislador, de maneira que lá tramitem todas as demandas cujo valor não exceda 60 salários mínimos e apenas estas. Tal sistemática deve ser alterada para flexibilizar a competência absoluta, especialmente no que se refere às demandas que superem os 60 salários mínimos, permitindo que os jurisdicionados optem pelo procedimento simplificado, auferindo os bônus e assumindo os ônus de tal escolha.

Adotada tal proposta, o ordenamento processual seria composto, no mínimo, por dois circuitos procedimentais bem distintos quanto à sua extensão e possibilidades probatórias e recursais. Poder-se-ia conferir às partes, assim, no exercício da autonomia privada, a escolha entre o circuito simplificado (Juizados) ou o circuito completo (procedimento comum), para as demandas que ultrapassassem o teto de alçada estipulado em lei. E mais, tais escolhas procedimentais podem se dar prévia ou contemporaneamente ao litígio. É possível que as partes, previamente, estipulem que eventual litígio deverá ser ajuizado perante os Juizados, conferindo assim a segurança de que os possíveis problemas sejam resolvidos de maneira mais simples e célere (uma espécie de “cláusula compromissória de circuito”). Ademais, ainda que não haja tal escolha prévia, ocorrendo o litígio, poderão as partes optar pelo rito dos juizados, seja mediante uma convenção processual expressa (uma espécie de “compromisso de circuito”), seja por meio do ajuizamento da demanda perante o Juizado e da não

⁷⁹⁶ O art. 245 do Decreto n. 737 de 1850, após toda a regulação das “ações summarias”, trazia a seguinte prescrição: “Art. 245. Esta fôrma de processo é extensiva a qualquer acção, si as partes assim convencionarem expressamente.”

impugnação fundamentada da outra parte, o que consubstanciaria uma convenção tácita. Haveria, nestes casos, a prorrogação da competência dos Juizados.

Em relação às demandas que não alcancem o teto de alçada, parece conveniente manter a sistemática de competência absoluta prevista nos Juizados Federais, no intuito de concentrar tais casos no circuito simplificado.⁷⁹⁷ Tal medida deveria ser aplicada também aos Juizados Estaduais, o que auxiliaria na liberação da pauta do procedimento comum para os casos efetivamente complexos ou de superior relevância pecuniária.⁷⁹⁸

O que importa ter presente é que a técnica dos circuitos processuais, pensada a partir de uma perspectiva que valoriza a autonomia privada no processo civil, pode trazer interessantes frutos em termos de acesso à justiça. Permitirá que os cidadãos possam contar com um processo mais simples para as suas demandas, não sendo necessário que tenham que buscar a arbitragem para se livrar das amarras do procedimento comum, especialmente relativas aos mais diversos meios recursais que alongam significativamente a marcha do processo. Paralelamente, contribuirá para enxugar o grande número de processos que tramita na Justiça comum, permitindo que os processos que realmente demandem um procedimento mais amplo possam ter um melhor tratamento. Por fim, prestigia a autonomia privada, permitindo que os jurisdicionados façam escolhas quanto ao modelo de processo que melhor atenda às suas necessidades, o que vai ao encontro da imperiosa aproximação entre o cidadão e o exercício do poder estatal, aquilo que os franceses chamam de “Justiça de Proximidade”, devendo o século XXI ser marcado por um processo mais simples, menos solene, mais próximo à realidade e às aspirações dos jurisdicionados.⁷⁹⁹

⁷⁹⁷ Consoante bem expõe Fabrício, não é razoável que o “passivo processual”, referente aos gastos com o processo, assumam expressão econômica superior à do bem jurídico objeto do litígio: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: AIDE EDITORA, 1980, p. 91.

⁷⁹⁸ No mesmo sentido: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 156. Em sentido contrário, defendendo a facultatividade: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais*. 4.ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 23-27.

⁷⁹⁹ PERROT, Roger. “O processo civil francês na véspera do século XXI.”. Trad. J.C. Barbosa Moreira. *Revista forense*, v. 94, n. 342, p. 161-168, abr./jun. 1998, p. 166.

1.7 Flexibilização convencional

1.7.1 As convenções processuais

Relevante técnica de flexibilização procedimental é a criação de espaços de autonomia privada no processo, deferindo-se às partes a estipulação do desenho processual que melhor atenda às suas expectativas. Michael Moffitt lembra uma célebre frase de Henry Ford para ilustrar como o Estado passou a tratar os jurisdicionados desde a ascensão do publicismo: “qualquer cliente pode ter o carro pintado da cor que quiser, desde que seja preta”. Assim também é o processo judicial desenhado no século XX, por meio do qual o jurisdicionado tem livre acesso ao Judiciário, desde que seja pelo caminho previamente definido e formatado pelo Estado, ainda que em discussão seus direitos disponíveis.⁸⁰⁰ Apesar da generalização deste modelo, o autor conclui que um sistema judicial que se abre à customização processual seria processualmente mais justo, mais eficiente e mais acessível.⁸⁰¹

Neste contexto, dentre as hipóteses de flexibilização procedimental, vem sendo cada vez mais trabalhada na doutrina contemporânea a possibilidade de as partes adaptarem o procedimento por meio da realização de convenções processuais, seja em hipóteses previamente dispostas em lei (convenções típicas), seja mediante a formulação de convenções não previstas expressamente pelo legislador (convenções atípicas). Trata-se de uma evidente abertura do processo à autonomia das partes, prestigiando-se a finalidade de solução do conflito em harmonia com as expectativas dos cidadãos.

⁸⁰⁰ MOFFITT, Michael. “Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable.” *The George Washington Law Review*. Vol. 75, n. 03, p. 461-521, abril/2007, p. 462.

⁸⁰¹ MOFFITT, Michael. “Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable.” *The George Washington Law Review*. Vol. 75, n. 03, abril/2007, p. 461-521, p. 461. E prossegue mais adiante: “The idea of customized litigation offers at least three important benefits to litigants and to society. First, it promotes justice. The literature on procedural justice is staggeringly lengthy, but its fundamental lesson is fairly simple: participants in a dispute resolution process think that procedure matters, and not all procedures are alike in terms of making participants believe that justice has been done. One of the most effective ways to increase a disputant's satisfaction with a dispute resolution process is to permit the disputant to have some say in how the process will unfold. Second, customization offers the prospect of greater efficiency within litigation. Rather than being confined to a generic model of litigation, parties would have an opportunity to mold the procedures to best fit the contours of their particular dispute, minimizing unnecessary expenditures. Finally, increased opportunities for customized litigation may “save” society from the much publicized demise of the civil trial. The overwhelming modern trend is away from litigation as the primary means of resolving disputes. Many scholars and observers debate whether, on the whole, this trend is positive or negative. But virtually all acknowledge that courts play a vital role in promoting the rule of law—a role that would be threatened if civil cases cease to proceed through public litigation. More disputants might opt to take their cases to court if courts offered more of the flexibility that is currently offered in processes outside of litigation.”

A análise das convenções processuais mostra-se relevante em um estudo sobre os poderes judiciais, pois, ao estabelecerem regras sobre o procedimento distintas daquelas previstas em lei, inevitavelmente as partes limitam e condicionam a atividade judicial.⁸⁰² Trata-se, portanto, de claras balizas que os jurisdicionados estabelecem para o exercício do poder, impedindo que os juízes sigam o rito previsto legislativamente ou mesmo flexibilizem tal procedimento de maneira diversa daquela convencionada pelas partes.

Iniciemos o estudo por algumas breves anotações conceituais. A categoria *fato jurídico processual* constitui gênero, que abrange os *fatos jurídicos em sentido estrito*, os *atos jurídicos em sentido estrito*, os *atos-fatos* e os *negócios jurídicos processuais*. *Fatos processuais em sentido estrito* são os acontecimentos que independem da vontade humana e que geram efeitos no processo, a exemplo da morte das partes ou de seus advogados, das relações de parentesco etc. *Atos processuais em sentido estrito* são aqueles atos voluntários, praticados dentro ou fora do processo, que geram efeitos no processo. São os mais comuns, como a juntada de um documento, a indicação de assistente técnico, as intimações etc. *Atos-fatos* processuais caracterizam-se por ser um ato humano voluntário, mas cuja vontade e o seu conteúdo são absolutamente irrelevantes para a produção de certos efeitos, que é o que ocorre com a revelia, a perda de prazos em geral etc. Por fim, os *negócios processuais* são os atos praticados com o objetivo de escolher o estatuto jurídico a ser aplicado em determinadas circunstâncias.⁸⁰³ Dos negócios processuais agora nos ocupamos, com o objetivo de verificar quais as possibilidades de as partes flexibilizarem o procedimento previsto em lei e escolherem o estatuto jurídico que será aplicável ao seu processo. Seguindo as lições de Barbosa Moreira, trataremos dos negócios processuais sob a denominação de *convenções processuais*, seja por ser mais técnica, seja por ser a denominação conferida pelo próprio CPC. Trata-se de comunhão de vontade das partes, praticada dentro ou fora do processo, apta a gerar efeitos processuais.⁸⁰⁴

⁸⁰² NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 230. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 225 e seg.

⁸⁰³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro.” *Negócios processuais*. Coord. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 27-62, p. 28-32.

⁸⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 115-130, p. 118 e 124.

Sempre houve em território nacional grande resistência à figura das convenções processuais, afirmando parcela da doutrina que esta categoria de atos não seria compatível com o ambiente processual, por constituir uma relação jurídica de direito público. Assim, por se tratar de uma relação da qual o Estado participa, não há campo para a atuação da autonomia privada, devendo o processo ser regido por regras cogentes que visam ao alcance de finalidades públicas.⁸⁰⁵ Havia, no entanto, quem pensasse diferente, aceitando a figura das convenções ora em maior amplitude, ora de maneira restrita às hipóteses previstas em lei.⁸⁰⁶

Um dos primeiros estudos monográficos sobre o tema data de 1984,⁸⁰⁷ no qual Barbosa Moreira aponta a pouca atenção conferida pela doutrina nacional às convenções processuais ao contrário da Alemanha e da Itália, países em que o assunto vinha sendo bastante trabalhado. Na Alemanha, inclusive, já prevalecia o entendimento da possibilidade de convenções atípicas, ou seja, mesmo sem previsão legal, havendo alguma divergência sobre os limites das partes na sua celebração.⁸⁰⁸ Na Itália, destacam-se atualmente os estudos do Professor da Universidade de Florença, Remo Caponi, para quem é necessário superar o maniqueísmo normas de direito público X normas de direito privado, conferindo-se uma maior abertura do processo à liberdade das partes.⁸⁰⁹

No processo civil brasileiro, não se pode mais refutar consistentemente a possibilidade de celebração de convenções processuais, seja porque o próprio legislador previu a existência de diversos negócios típicos, seja porque consagrou uma cláusula

⁸⁰⁵ “Recusam a figura do negócio processual, no Brasil: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484; KOMATSU, Roque. *Da Invalidez no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 141; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 16; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 248; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 6. Os argumentos apresentados são similares: no processo não haveria espaço para o autorregramento da vontade, uma vez que os efeitos de possível ocorrência dos atos dos sujeitos do processo já estariam previamente disciplinados pela lei.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. “Da cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo código de processo civil brasileiro.” *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014.)

⁸⁰⁶ Tratamos amplamente do tema em: OLIVEIRA, Paulo Mendes. “Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição.” *Negócios processuais*. Coord. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 417-443.

⁸⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 115-130.

⁸⁰⁸ *Ibidem*, p. 121.

⁸⁰⁹ CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali.” *Civil Procedure Review*. v.1, n.2, p. 42-57, jul./set., 2010, p. 56.

geral de negociação processual ao prever no art. 190 que, “*versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*”.⁸¹⁰ O direito processual abre-se, portanto, à autonomia privada, tomando posição sobre o papel que as partes devem desempenhar no processo. Consoante afirmado, é possível identificar uma clara opção por um modelo de processo flexível, cuja definição sobre o formato procedimental a ser observado foi conferido, em larga medida, aos jurisdicionados.

Tais ideias confirmam-se a partir de uma análise sistemática do CPC brasileiro, ao prever como normas fundamentais diretrizes de valorização das partes no processo e de soluções consensuais do litígio. Logo no art. 3º, ao tratar do princípio do acesso à justiça, o legislador enfatiza a possibilidade de as partes optarem pela arbitragem, que nada mais significa do que um compromisso de respeito e até incentivo à autonomia privada no processo, positivando a opção de as partes celebrarem uma convenção processual que conduzirá o litígio ao juízo arbitral. Ademais, no mesmo dispositivo o Código orienta o Estado-Juiz a pautar-se pela consensualidade, colocando a estrutura estatal a serviço de uma solução acordada pelas partes, podendo inclusive ser auxiliadas por conciliadores e mediadores especializados. Mais à frente, o art. 6º consagra o princípio da colaboração, que confere deveres ao juiz de diálogo e cooperação com as partes, afastando qualquer possibilidade de uma postura judicial assimétrica, ou seja, de superioridade em detrimento dos direitos de participação e liberdade dos jurisdicionados. Tal ideia confirma-se ainda mais diante da previsão nos arts. 9º e 10 dos deveres judiciais de não surpresa e do contraditório, sendo vedado o exercício da jurisdição sem a efetiva participação dos jurisdicionados.

A noção de devido processo não pode mais caminhar afastada do interesse daqueles que postulam a prestação jurisdicional, devendo o procedimento ser conformado da maneira que melhor atenda aos jurisdicionados. Francesco Carnelutti, em 1958, já perfilhava a adoção do *princípio da elasticidade*, expondo que a atribuição de poderes ao juiz para adequar o procedimento ao caso concreto não seria a única

⁸¹⁰ “O Código de Processo civil, alinhando-se a uma tendência desenvolvida sobretudo no direito francês, a partir da década de oitenta do século passado, abraçou francamente a *contratualização do processo*.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 524.)

solução, devendo ser conferida maior atenção à possibilidade de tal adaptação ser concretizada por acordo entre as partes, alertando, contudo, que a doutrina ainda não estava devidamente madura sobre o tema.⁸¹¹ Na Alemanha, Josef Kohler, em 1887, diante da onda publicista iniciada pela teoria de Bülow, já alertava para a importância de se conferir abertura do procedimento à vontade das partes mediante acordos processuais.⁸¹²

A proliferação de formas alternativas de solução de conflitos, que vem chamando a atenção da doutrina para a denominada Justiça Multiportas,⁸¹³ apesar de não afetar substancialmente a estrutura do processo jurisdicional, tem um importante significado quanto à maneira de se enxergar o formalismo processual e o próprio conceito de decisão justa.⁸¹⁴ A possibilidade de as partes, por exemplo, excluïrem todo o litígio da apreciação jurisdicional, definindo como um árbitro julgará o conflito de interesses, revela uma concepção de como deve se estruturar a justiça civil no Estado contemporâneo.⁸¹⁵ Está-se diante, pois, de claros sinais da inclinação do direito processual brasileiro para conferir relevância à vontade das partes no processo, que pode ser traduzida tanto na possibilidade de os jurisdicionados desenharem o procedimento que lhes pareça mais adequado para o caso concreto, quanto estabelecerem limites à flexibilização procedimental pelo juiz.⁸¹⁶

Por fim, neste contexto de mudança de paradigmas, não se pode deixar de assinalar a necessidade de uma distinta postura dos advogados entre si e perante os seus

⁸¹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 157. E prossegue o autor afirmando que da solidariedade nasce o conflito e do conflito pode nascer a solidariedade. Começa com o exemplo da arbitragem, em que os contendores, de comum acordo, unem-se para escolher um juiz que melhor atende aos seus interesses e conclui dizendo que o quando as partes estão de acordo para regular o procedimento de um dado modo, há uma seríssima razão para considerar que seja o modo mais oportuno. Segundo o autor, na lei então vigente prevalecia uma concepção que supervaloriza o Estado em relação ao indivíduo, o que produz um exagero na potestade do Estado e uma correspondente depreciação do direito das partes. E finda afirmando que o princípio da elasticidade é confiada exclusivamente ao primeiro, com uma injusta desvalorização das últimas. (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 158.)

⁸¹² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 97-99.

⁸¹³ Apontando as soluções alternativas de litígios como uma expectativa mundial daqueles que operam no comércio internacional, em razão dos benefícios em termos de custo e eficiência: NAZZINI, Renato. "Transnational litigation and ADR: the philosophy of the CPR." *The future of transnational civil litigation*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 91-108, p. 91-92.

⁸¹⁴ Sobre o conceito de decisão justa: TARUFFO, Michele. "Verità negoziata?" *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXII, n. 3, junho/2008, p. 76-78.

⁸¹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 174.

⁸¹⁶ "De fato, quando se pensa que, pelo compromisso arbitral, é possível estatuir as regras disciplinadoras do processo perante o árbitro, não se deve descartar que, no 'meio-termo', o processo perante o Judiciário possa ser flexibilizado também pela vontade das partes." (Ibidem)

clientes.⁸¹⁷ É necessária a compreensão do modelo de processo que atende às exigências do Estado constitucional, a fim de fomentarem o diálogo entre os litigantes, esforçarem-se para alcançar soluções negociadas e, se for o caso, tentarem obter consensos sobre o procedimento que o torne mais aderente às expectativas das partes.

Pois bem, diante de tais premissas, cumpre-nos investigar em que medida podem as partes regrar o procedimento por meio de convenções processuais, desvinculando-se dos ritos previamente estabelecidos pelo legislador, a fim de que o procedimento revele maior aderência às circunstâncias materiais em que estão inseridas. Serão tratadas, inicialmente, as convenções típicas, evidenciando as aberturas expressas que o legislador conferiu às partes para definirem a conformação do procedimento, o seu ritmo e a própria instauração do processo judicial.

1.7.2 Convenções processuais típicas

A previsão legal de convenções processuais típicas no processo civil brasileiro não é novidade, sendo possível que as partes estabeleçam consensualmente distintos aspectos do procedimento, cabendo ao Judiciário respeitar tais definições.⁸¹⁸ Tratemos das principais hipóteses de negócios processuais que foram expressamente previstos pelo legislador.

Convenção de arbitragem

É possível que as partes optem por não submeter o seu litígio ao Poder Judiciário, convencionando a instituição de um juízo arbitral, ou seja, elegerão um terceiro imparcial, de confiança dos litigantes, para decidir com definitividade o conflito surgido. Atualmente, a arbitragem está regulada pela Lei n. 9.307/96, cuja constitucionalidade, após muita discussão em solo nacional, foi reconhecida pelo STF.

⁸¹⁷ “Tão importante quanto à mudança de postura do Poder Judiciário, para a consolidação do neoprocessualismo proposto pelo novo Código de Processo Civil e, inclusive, para o sucesso da técnica da flexibilização do procedimento, é a alteração da postura assumida pelos litigantes e seus procuradores. (...) O diálogo das partes estimulado pelo NCPC é elemento inafastável da flexibilização procedimental voluntária, sem o qual se esvazia a técnica e inviabiliza a celebração de convenções processuais. Tal diálogo deve objetivar, sem olvidar os interesses específicos de cada um dos litigantes, a busca da melhor solução para o conflito, seja por meio das formas de autocomposição endoprocessual, seja pelo uso de estratégias que minimizem ou até neutralizem as divergências.” (CAMBI, Eduardo. NEVES, Aline Regina das. “Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil.” *Revista de Direito Privado*, vol. 64/2015, p. 219-259, Out-Dez/2015, p. 253.)

⁸¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 525.

Questionava-se, sobretudo, uma possível violação ao acesso à justiça, pelo fato de a cláusula compromissória vincular as partes à instituição do juízo arbitral, ainda que uma delas se arrependesse após a sua assinatura. Emblemático foi o voto do Min. Carlos Velloso, para quem o direito fundamental de acesso à justiça não pode ser lido como um dever, sendo plenamente possível que as partes, no trato de direitos disponíveis, convençam a renúncia da busca pelo Judiciário.⁸¹⁹

Trata-se, portanto, de uma significativa abertura para a autonomia privada no processo civil, conferindo-se às partes a possibilidade de renunciar a um dos mais importantes direitos fundamentais processuais. Tratando exatamente deste tema, Adamy enfatiza que o STF levou em consideração a circunstância da disponibilidade e patrimonialidade dos bens jurídicos protegidos para reconhecer a constitucionalidade da lei de arbitragem. E prossegue afirmando que “o poder de disposição - e a consequente possibilidade de renúncia - será tanto maior quanto o direito fundamental tiver relação tão somente com o indivíduo, isto é, afetar somente a ‘esfera de liberdade individual’ (...)”.⁸²⁰ Este julgamento da Corte Suprema constitui importante sinalização quanto à possibilidade de as partes disporem dos direitos e garantias processuais, tendo sido deferida a renúncia ao próprio processo judicial, desde que tal opção afete direitos que estão na órbita de disponibilidade dos cidadãos.

Com efeito, diante de uma legítima convenção de arbitragem celebrada entre as partes, devem os magistrados respeitar a liberdade exercida e extinguir o processo sem resolução de mérito,⁸²¹ salvo se o pacto for inválido ou, expressa ou tacitamente, revogado. Uma clara limitação aos poderes judiciais, decorrente de convenção processual.⁸²²

E se as partes podem convencionar que todo o litígio será julgado fora do Poder Judiciário, renunciando ao próprio acesso à justiça, seria coerente impedir que estas mesmas partes definissem a melhor forma de tratamento dos seus direitos em

⁸¹⁹ STF, Tribunal Pleno, AgRg na SE 5.206, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12 de dezembro de 2001.

⁸²⁰ ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 81-82.

⁸²¹ Vide art. 485, VII, do CPC: “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;” Perceba-se, inclusive, que o legislador brasileiro, na parte final do dispositivo, confere prioridade à decisão do árbitro sobre a sua competência, devendo o Estado-juiz, a princípio, respeitar a sua conclusão.

⁸²² “Prestigiou-se em grau máximo e de modo expreso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da lei.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2.ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 34.)

juízo, desde que não haja prejuízo à tutela de direitos indisponíveis⁸²³ ou ônus irrazoáveis para o Estado? A coerência é um dos elementos fundamentais na conformação da juridicidade do Estado constitucional, conferindo a necessária racionalidade que se espera em um Estado de Direito democrático.⁸²⁴ Assim, não se pode conceber que ideais distintos alimentem a elaboração e interpretação das disposições normativas a depender se existe ou não um processo em curso.⁸²⁵ O respeito à liberdade dos cidadãos no tratamento dos seus direitos disponíveis deve ser prestigiado, inclusive frente aos demais escopos que o processo deve cumprir. Esta premissa é importante não só para justificar todas as convenções típicas e atípicas que se está a estudar, mas, sobretudo, para informar aos juízes sobre os limites dos seus poderes.

Suspensão convencional do processo

Vem previsto no art. 313, II e §4º, do CPC a possibilidade de as partes, por meio de convenção processual, suspender o processo por até 06 meses. Trata-se de clara indicação legislativa de que aos jurisdicionados cabem definir o interesse pelo prosseguimento do processo, sem necessidade, inclusive, de declinarem as razões pelo eventual pedido de sua suspensão.⁸²⁶ Tal medida está em consonância com as diretrizes que iluminam a legislação brasileira no sentido de conferir relevância à participação das partes na definição dos rumos processuais, concretizando os ideais modernos de democratização do exercício do poder. O Estado, no particular, confere maior importância à liberdade das partes para definirem o ritmo do processo do que à necessidade de uma prestação jurisdicional célere. Até mesmo a tempestividade processual deve levar em conta o interesse dos jurisdicionados, de maneira que se as partes optarem pela suspensão do processo para, por exemplo, tentar uma solução consensual do litígio, só resta ao Estado respeitar tal opção.⁸²⁷

⁸²³ O art. 373, §3º, I, do CPC é um bom exemplo de aplicação deste limite às convenções processuais: art. 373. O ônus da prova incumbe: (...) §3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte.

⁸²⁴ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 249 e seg.

⁸²⁵ “Já foi dito o suficiente para fundamentar a sugestão de que ao menos um aspecto da coerência normativa é uma questão de subordinação comum de um conjunto de leis a um valor ou valores relevantes.” (Ibidem, p. 250.)

⁸²⁶ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. V. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 856.

⁸²⁷ Para uma visão bastante restritiva da suspensão convencional do processo: AZEVEDO, José Oliviar de. *Da formação, suspensão e extinção do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 42.

Não obstante a adequada postura legislativa, a lei brasileira peca ao estipular uma limitação à autonomia das partes na escolha do melhor caminho para a solução do litígio quando estabelece um prazo para a suspensão do processo, ainda mais um prazo tão curto. O interesse do Estado em colocar fim ao processo não pode se sobrepor ao interesse das partes quanto à melhor forma de solução dos litígios, especialmente quando em jogo direitos disponíveis. As situações materiais que podem justificar um interesse dos litigantes em não dar andamento ao processo são inúmeras, não sendo razoável que o único caminho que lhes reste, além dos seis meses de suspensão, seja a extinção ou o prosseguimento do processo.⁸²⁸ Conforme já amplamente exposto, o exercício do poder jurisdicional deve se colocar a serviço do cidadão, dos consumidores da jurisdição, razão pela qual deve-se buscar um distinto caminho para a Justiça brasileira.

Com idêntica preocupação ao tratar do direito italiano, Cipriani pondera que o princípio da duração razoável do processo, previsto tanto na Constituição quanto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, deve ser conciliado com o direito de ação, que igualmente é tutelado em âmbito constitucional. E segue explicando que a ideia de processo tempestivo não significa que não possa conhecer pausas, conferindo relevância à vontade das partes para, eventualmente, disporem do tempo do processo e decidirem com calma sobre dar ou não continuidade ao litígio.⁸²⁹

Diante da expressa previsão legal contrária aos argumentos antes perfilados, é de se saudar a existência no CPC brasileiro de uma regra que flexibiliza os prazos processuais diante das peculiaridades dos casos concretos. Trata-se do art. 139, VI, que prevê que incumbe ao juiz dilatar os prazos processuais adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito. Tal disposição normativa deve ser amplamente utilizada nas hipóteses em que as partes entenderem

⁸²⁸ Tratando da função interpretativa exercida pelo princípio da eficiência: “Dispositivos relacionados à suspensão do processo, por exemplo, que impõem um limite temporal máximo para a suspensão (art. 313, §4º, CPC), devem ser interpretados com temperamento: em certas situações, o prosseguimento do processo, após o vencimento do prazo máximo de suspensão, é medida que pode revelar-se extremamente ineficiente, sob o ponto de vista da administração do processo.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 741.)

⁸²⁹ CIPRIANI, Franco. “Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 04/2002, p. 1.243-1.261, p. 1.258.

conveniente um maior tempo de suspensão do processo, cabendo ao juiz respeitar a liberdade regularmente exercida.⁸³⁰

Foro de eleição

Um das aberturas clássicas às convenções processuais é a possibilidade de as partes pactuarem a modificação da competência territorial prevista em lei por meio de cláusula contratual de foro de eleição.⁸³¹ Com efeito, independentemente da natureza da relação jurídica discutida em juízo,⁸³² é possível que os jurisdicionados afastem as regras processuais que versam sobre competência territorial e convencionem local diverso para processar e julgar suas demandas. É o que prevê o CPC no art. 63, *caput*, definindo que as partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

É interessante observar, em primeiro lugar, que tal abertura do procedimento à autonomia privada é deferida expressamente pelo legislador ainda que o objeto da demanda seja um direito indisponível. Tal constatação é relevante como um sinal de que há certos aspectos da demanda que podem ser franqueados à conformação pelas partes, mesmo que o objeto litigioso do processo não possa ser objeto de disposição. O que não se pode admitir é que a liberdade conferida às partes possa, em alguma medida, prejudicar a ampla tutela processual que o legislador conferiu aos direitos indisponíveis. Caracterizam-se, pois, certas convenções processuais pela irrelevância quanto à natureza indisponível do objeto litigioso.

Ademais, nestes casos de eleição de foro, a omissão da parte também é considerada uma importante manifestação de vontade para o fim de definir o local onde tramitará o processo. Ajuizada a demanda em um local diverso daquele legalmente previsto e não manifestando o réu qualquer oposição a tal escolha feita do autor, presume-se a sua aquiescência e, portanto, a celebração tácita de um negócio jurídico processual de eleição de foro, prorrogando-se a competência do juízo. Em uma palavra,

⁸³⁰ Em sentido contrário, não admitindo qualquer prorrogação do referido prazo: MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 308.

⁸³¹ Para um levantamento histórico do instituto: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2008, p. 195 e seg. SANTOS, Mario Ramos dos. *Foro de eleição e competência*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 162 e seg..

⁸³² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 528.

a omissão pode consubstanciar relevante manifestação de vontade para a celebração de convenções processuais.⁸³³

Consoante referido, não há novidade nesta possibilidade de convenção processual e nem mesmo a sua utilização, que é por demais difundida na prática jurídica. Reconhece o legislador que cabe às partes definir o foro competente que melhor atende aos seus interesses.

Com base nesta premissa, é possível evoluir, especialmente no que se refere aos limites temporais que a legislação impõe para a definição do foro competente. Caso o réu não se insurja na contestação contra o foro onde foi proposta a demanda, seja para apontar um foro de eleição que foi desrespeitado, seja para aduzir a violação às regras legais que definem a competência para a demanda, opera-se a prorrogação da competência para processar e julgar a causa. Aponta-se como justificativa à estabilização da demanda a necessidade de o processo ter seu regular curso até a decisão final, sem maiores modificações a perturbar o seu trâmite.

Todavia, diante dos avanços por que vem passando o direito processual civil, tal rigidez procedimental deve ser repensada.

Na hipótese de ambas as partes manifestarem interesse na alteração do foro competente, deve ser possível que, por meio de convenção processual, postule-se o deslocamento do feito para um foro onde possam ter um melhor acesso à justiça. O eventual risco de “tumulto ao regular curso do processo” não pode justificar a manutenção das dificuldades de acesso à justiça dos jurisdicionados. Imagine-se um caso em que ambos os litigantes mudaram-se para local diverso de onde tramita a demanda, sendo interessante para as duas partes o deslocamento do feito ao novo domicílio. Não seria um formalismo exagerado vedar a eleição de foro incidental, possibilitando que o magistrado encaminhe os autos ao juiz da comarca eleita e este aproveite todos os atos praticados exatamente como possibilita o art. 64, §4º, do CPC?⁸³⁴

De fato, não são frequentes as hipóteses em que ambas as partes têm interesse no deslocamento do feito, porém, quando isto ocorrer, as dificuldades de acesso à justiça podem trazer significativos prejuízos aos jurisdicionados. Considere-se,

⁸³³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2008, p. 183-195. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143-144.

⁸³⁴ Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação. (...) § 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

ainda, que é possível que tais dificuldades se estendam até o julgamento dos recursos pelo tribunal, caso o interesse pelo deslocamento da competência for para outro Estado da federação. Ao contrário, muito mais frequentes são os casos em que os juízes que atuam no feito são substituídos em razão de promoção, aposentadoria, licença etc., fazendo com que outro magistrado assuma o processo em estágio avançado de tramitação. Outra situação corriqueira que pode proporcionar o deslocamento da competência territorial, sem maiores questionamentos pela doutrina, é a hipótese de conexão e continência, que flexibilizam a regra da *perpetuatio jurisdictionis* e ensejam a continuação do processo por outro juízo.⁸³⁵

Ora, se o sistema processual administra tão bem estas situações em que novos magistrados devem assumir processos em estágios avançados de tramitação, aproveitando-se os atos já praticados, não parece razoável impedir que os jurisdicionados optem pelo deslocamento da demanda, a fim de obterem um melhor acesso à justiça. Com efeito, é de se amadurecer a possibilidade de as partes, diante da cláusula geral prevista no art. 190 do CPC, enquanto não proferida sentença, celebrarem convenção processual de eleição de foro, a fim de deslocar a competência para processamento da causa.

Convenção sobre os ônus da prova

Diferentemente da convenção sobre foro de eleição, que é por demais utilizada na prática jurídica, o legislador brasileiro previu um negócio processual típico que precisa ser mais explorado diante da sua relevância. Trata-se da técnica prevista no art. 373, §3º, do CPC, que prevê a possibilidade de se convencionar sobre a distribuição do ônus da prova, respeitados os direitos indisponíveis e os casos em que a convenção tornar excessivamente difícil o exercício do direito.⁸³⁶ Possibilita-se, pois, que as partes, antes ou durante o processo, flexibilizem a previsão legal, ajustando o procedimento probatório aos seus interesses.⁸³⁷

É possível, por exemplo, que, em um contrato de garagem, seja estipulada a responsabilidade do prestador de serviço pela prova de que os danos apontados nos automóveis não ocorreram no seu estabelecimento. Não havendo esta prova, caberá ao

⁸³⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 191 e seg..

⁸³⁶ Amplamente sobre o tema: GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁸³⁷ SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. “Distribuição do ônus da prova por convenção processual.” *Revista de Processo*, São Paulo, v.40, n.240, p. 399-423, fev. 2015.

dono da garagem a responsabilidade por todos os prejuízos apurados. Como se percebe, trata-se de importante convenção processual que pode, até mesmo, proporcionar preocupações e cautelas no plano material. Poderia fazer, por exemplo, com que o prestador de serviço instalasse câmeras, preocupasse-se em fazer vistorias nos veículos na entrada e saída do seu estabelecimento etc.

Voltando as atenções para os poderes do juiz, é de se registrar, inicialmente, que uma convenção sobre os ônus da prova não possui qualquer relação com os poderes probatórios oficiais.⁸³⁸ Distribuir de maneira diversa da prevista em lei os ônus probatórios não infirma a possibilidade de o juiz determinar as provas que entender pertinentes de ofício, mesmo em relação à parte que não possui o ônus relativo aos respectivos fatos.⁸³⁹ A convenção sobre os ônus da prova manifestará sua relevância apenas na eventualidade de, exauridas as possibilidades probatórias, os fatos relevantes não restarem provados.

Contudo, apesar de a convenção sobre os ônus probatórios não interferirem nos poderes instrutórios do juiz, não pode o magistrado desconsiderar o negócio processual celebrado, salvo evidente má-fé de alguma das partes ao se negar a produzir uma prova plenamente acessível.⁸⁴⁰ Especialmente quando o pacto probatório é realizado em momento anterior à existência do litígio, consubstanciaria evidente quebra de confiança, em grave violação à segurança jurídica, a não aplicação pelo juiz dos ônus probatórios convencionados. É possível, inclusive, que tal cláusula tenha sido fundamental para viabilizar o aperfeiçoamento da relação jurídica material, não podendo ser posteriormente desconsiderada pelo Estado.⁸⁴¹

Com efeito, a convenção sobre os ônus probatórios constitui relevante exemplo da influência da autonomia privada na flexibilização procedimental, limitando os poderes judiciais em função dos interesses privados dos jurisdicionados.

Redução e ampliação de prazos peremptórios

⁸³⁸ MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v.40, n.241, p. 463-487, mar. 2015, p. 485-486.

⁸³⁹ Importante, no particular, a teorização sobre deveres probatórios de Vitor de Paula Ramos: RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 93 e seg.

⁸⁴⁰ GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 261-262.

⁸⁴¹ “E, ademais, o negócio jurídico sobre o ônus da prova vincula o órgão judiciário, não desincumbindo a parte do ônus que voluntariamente assumiu, a extrair as consequências desfavoráveis porventura cabíveis. (...) É o efeito mais perturbador, mas decorrente da admissibilidade da convenção. Conseqüentemente, a sentença proferida em desacordo com a regra de julgamento convencional infringe a lei, devendo ser reformada, inclusive no âmbito do recurso especial.” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. V. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 202.)

Prevê o art. 222, §1º, do CPC que o juiz pode reduzir os prazos peremptórios desde que com isso concordem as partes. Trata-se de disposição normativa de abertura do procedimento à vontade das partes, que podem formatá-lo de acordo com a conveniência do caso concreto. O prazo sucessivo de 15 dias para cada parte apresentar razões finais, por exemplo,⁸⁴² pode dilatar demasiadamente e, por vezes, desnecessariamente, o interstício para a prolação da sentença. O CPC prevê, pois, a possibilidade de o juiz, com a concordância das partes, reduzir tal prazo e quiçá estabelecer um prazo comum, prestigiando assim o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas. O que é relevante observar, neste caso, é que o juiz não pode adotar tal postura unilateralmente, constituindo a concordância das partes verdadeiro requisito de admissibilidade para tal modificação do prazo. Consoante já afirmado, esta é uma tônica do processo civil moderno: conferir certos limites aos poderes judiciais pelo exercício da autonomia privada.

Uma questão interessante é a de saber se poderiam as partes, por convenção, aumentar referidos prazos, a exemplo da autorização concedida ao juiz no art. 139, VI, do CPC.⁸⁴³ Diante de justificadas razões concretas e desde que o façam com temperança, de maneira a não causar embaraços ao regular transcurso do feito nem ônus irrazoáveis ao Judiciário, deve ser considerado legítimo tal negócio jurídico processual.⁸⁴⁴ É possível, por exemplo, que, em uma demanda complexa, as partes convençionem que o prazo para interposição de apelação seja de trinta dias, ao invés de quinze, interstício inclusive existente para a Fazenda Pública e para o Ministério Público. Contudo, não se deve admitir, em regra, a ampliação do prazo para sustentações orais, porquanto uma convenção desta natureza pode gerar ônus aos julgadores, que teriam que se submeter a tal avença, bem como poderia prejudicar toda a rotina da sessão de julgamentos, com prejuízo a outros jurisdicionados que aguardam para que os seus processos sejam igualmente apreciados.

⁸⁴² Art. 364, §2º, do CPC.

⁸⁴³ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) VI - dilatar os prazos processuais (...).

⁸⁴⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 338.

Eleição consensual de perito

Uma interessante inovação do CPC/2015, à semelhança do modelo probatório argentino (art. 462 do CPC argentino),⁸⁴⁵ foi a faculdade de as partes consensualmente escolher o *expert* que realizará a prova pericial do caso, dispensando-se a designação de um perito oficial.⁸⁴⁶ Trata-se de medida alvissareira, que não só possibilita que as partes escolham um perito de sua confiança, respeitando os interesses privados dos litigantes, como também promove a celeridade processual, evitando perda de tempo para definição de um perito imparcial, honorários etc.⁸⁴⁷ A disposição normativa vai ao encontro das preocupações evidenciadas por Leonardo Greco, sobre aquilo que chamou de ditadura dos peritos. Percebe-se, na prática, que, muitas vezes, nomeado um perito de confiança do juiz, de muito pouco valem todos os argumentos dos advogados ou dos assistentes técnicos, sendo prolatada uma sentença baseada exclusivamente no laudo pericial. Nas palavras de Greco: “no momento em que o juiz escolhe o perito, a confiança que nele deposita pode implicar com frequência verdadeira delegação da jurisdição sobre a matéria técnico-científica.”⁸⁴⁸

A regra vem prevista no art. 471, nos seguintes termos: “as partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I - sejam plenamente capazes; II - a causa possa ser resolvida por autocomposição”. Ademais, prevê o §3º que a perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.⁸⁴⁹ Está-se diante, pois, de um negócio jurídico processual que, preenchidos os requisitos de validade, deve ser respeitado pelo

⁸⁴⁵ Art. 462. - Antes de que el juez ejerza la facultad que le confiere el artículo 460, las partes de común acuerdo, podrán presentar UN (1) escrito proponiendo perito y puntos de pericia. Podrán, asimismo, designar consultores técnicos.

⁸⁴⁶ “Interessante é a solução dada pelo direito argentino, que permite às partes acordarem sobre a escolha dos peritos, substituindo a nomeação judicial. Nesse sentido, tal regra afasta o comprometimento que existe quando a escolha é feita por uma só das partes, pois, se o perito for escolhido por ambas, não está vinculado a emitir parecer favorável a nenhuma delas. Por outro lado, se as partes escolheram tal perito, é por considera-lo pessoa idônea e isenta.” (CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova científica: exame pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 43.)

⁸⁴⁷ Para uma contundente crítica, aduzindo que se trata de invasão inconstitucional da autonomia privada nos poderes instrutórios do juiz: GONÇALVES, Marcelo Barbi. “Negócio jurídico processual pericial e Laissez-Faire probatório no novo código de processo civil.” *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.13, n.73, p. 104-124, jul./ago. 2016.

⁸⁴⁸ GRECO, Leonardo. “A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil.” *Revista Dialética de Direito Processual* São Paulo, n.15, p.76-94, 2004, p. 93.

⁸⁴⁹ Para uma ampla exposição sobre a prova pericial no processo civil: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

juiz, devendo tratar a perícia sem qualquer distinção daquelas elaboradas pelos peritos oficiais.⁸⁵⁰

Por evidente que, apesar de se tratar de um perito eleito por convenção das partes, não se afastam as regras sobre a avaliação da perícia (art. 479 do CPC) e, inclusive, a possibilidade de realização de segunda perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida (art. 480 do CPC). Parece, contudo, que deve o juiz, diante da primeira perícia consensual, consultar as partes sobre a conveniência de indicarem um novo perito também por convenção, antes de indicar o perito oficial para a tarefa. A escolha do primeiro perito por negócio processual é um forte indicativo de que as partes provavelmente terão interesse em também indicar o segundo perito, o que cria para o magistrado o dever de consultá-las a respeito e, positiva a resposta, respeitar a decisão.

Confissão

Um interessante exemplo de negócio processual típico é aquele celebrado tacitamente em razão da confissão de uma das partes a respeito de um fato benéfico à outra parte.⁸⁵¹ Trata-se, neste caso, de um negócio processual de dispensa de prova sobre determinado fato, tendo em vista que o art. 374, II, do CPC, expressamente, aduz não depender de prova um fato afirmado por uma parte e confessado pela parte contrária. Note-se, porém, que o próprio legislador limitou a realização de tais negócios quando a demanda tem por objeto direito indisponível, prevendo no art. 392, *caput*, do CPC que “não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”. Trata-se de uma clara limitação à realização de tais negócios processuais, conferindo-se uma camada superior de proteção pública à tutela de direitos que não estão à disposição das partes.

É de se notar, portanto, que o procedimento previsto em lei é muito claro quanto às consequências da confissão e dos seus limites, de maneira que os fatos confessados serão presumidos verdadeiros, frise-se, “*não dependendo de prova*”. Isso

⁸⁵⁰ Há quem proponha a possibilidade de o juiz designar um “perito-consultor” para auxiliá-lo na análise do que foi ou será realizado. (FERREIRA, William Santos. A prova pericial no novo Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, n.126, p. 204-209, maio 2015, p. 207.)

⁸⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 526. Didier *et al* entendem que não se trata de negócio processual, mas de mera declaração de ciência de um fato. (DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 168.)

significa que estão as partes desobrigadas à prova de tais fatos, atraindo para o juiz um elevado ônus argumentativo para desconsiderar a eficácia de tal ato. Lembre-se que se está diante de direitos disponíveis e a redação da lei é muito clara no particular. Trata-se de situação semelhante àquela presente na revelia, que, diante da presunção de veracidade dos fatos, conduz o juiz a julgar antecipadamente o mérito (arts. 344 e 355, II, do CPC). A propósito, o próprio artigo 345 do CPC confere uma luz sobre as situações em que o juiz poderia afastar-se dos efeitos da confissão: nos casos em que “as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos”.

1.7.3 Convenções processuais atípicas

O legislador brasileiro avançou significativamente em conferir relevância à vontade das partes no processo ao prever, no art. 190 do CPC, uma cláusula geral de convenções processuais, possibilitando que as partes plenamente capazes estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Ou seja, no Brasil o legislador possibilitou ampla abertura à flexibilização procedimental por ato das partes, viabilizando que o processo seja conformado da maneira que melhor atenda aos interesses dos litigantes. Diante de tal cláusula de abertura, o desafio que se apresenta à doutrina e à jurisprudência é a identificação dos limites a tal poder, de maneira que o exercício da jurisdição respeite a liberdade das partes, sem perder a aptidão de promover os fins do processo. Nesta vereda, o art. 190 estabelece que “(...) é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Conforme se pôde perceber do item anterior, não se trata de uma novidade a possibilidade de as partes celebrarem negócios processuais, sendo viável, há muito, a realização de convenções sobre a suspensão do processo, foro de eleição, ônus da prova, arbitragem etc. Já havia, portanto, uma abertura do processo à autonomia privada, cabendo ao juiz respeitar as escolhas dos jurisdicionados, aferindo apenas a validade do

negócio celebrado.⁸⁵² O que muda com o CPC/2015 é a previsão de uma cláusula geral de negociação processual, sendo possível a celebração de negócios atípicos sobre o procedimento ou sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Tal disposição legislativa deixa clara a necessidade de se pensar o processo com especial atenção aos jurisdicionados, não podendo os objetivos estatais sobrepor-se aos interesses das partes. Se aos jurisdicionados interessa um processo formatado de maneira distinta daquela prevista em lei, não pode o Estado ignorar a vontade justamente daqueles para quem a jurisdição é exercida. Ao contrário, o modelo de segurança processual do Estado constitucional exige respeito à liberdade das partes não só em relação ao direito material objeto do litígio, mas também em relação às regras processuais por meio das quais se conferirá tutela àqueles direitos.⁸⁵³

Com efeito, vige atualmente no processo civil brasileiro o *princípio da liberdade negocial*, tendo como corolário o *princípio do respeito ao autoregramento da vontade no processo*.⁸⁵⁴ Na feliz expressão de Schlosser, deve prevalecer no processo civil a máxima *in dubio pro libertate*.⁸⁵⁵⁻⁸⁵⁶ Assim, a premissa adotada é a de que as partes estão autorizadas a conformar o procedimento para que este atenda, na maior medida possível, às suas expectativas e necessidades. Tal premissa deve iluminar especialmente a teoria das invalidades processuais, orientando que não se deve decretar a invalidade do processo se os seus fins foram atingidos com base na vontade regularmente manifestada pelas partes.

Estabelecidos os parâmetros teóricos e dogmáticos que direcionam à abertura do processo aos negócios processuais, cumpre investigar quais os limites das

⁸⁵² Apontando o aumento de “*private rules*” regulando os processos judiciais: DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. “Contracting for procedure.” *Negócios processuais*. Coord. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 131-177, p. 133.

⁸⁵³ Importante registrar que tais premissas ainda encontram resistência em solo nacional, o que implica especialmente distintos limites aos negócios processuais. Por todos: “(...) a atividade jurisdicional não tem por única função a solução da controvérsia das partes. Os outros interesses que governam a atividade jurisdicional devem também ser pensados aqui, eventualmente merecendo esses outros valores prevalecer sobre o objetivo de oferecer às partes aquilo que elas desejam.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 530.)

⁸⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 132.

⁸⁵⁵ CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXII, n. 3, junho/2008, p. 102.

⁸⁵⁶ “Nos capítulos anteriores, já ficou fixada uma premissa importante do processo civil contemporâneo, a máxima *in dubio pro libertate*, uma pressuposição em favor da liberdade de conformação do procedimento pela vontade das partes.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 253-254.)

partes na conformação do procedimento. Até mesmo em relação aos direitos materiais disponíveis, regidos pela ideia de que o que não é proibido é permitido, é comum a existência de requisitos legais para a celebração de negócios jurídicos, o que não desnatura o exercício da autonomia privada na definição do regramento que irá disciplinar as relações jurídicas. Na celebração de negócios processuais não é diferente, sendo necessário trabalhar balizas dentro das quais as partes poderão conformar o procedimento. É necessário considerar, ainda, o fato de o processo constituir uma relação jurídica de direito público da qual participa o Estado,⁸⁵⁷ no qual muitas vezes discutem-se direitos indisponíveis, o que invariavelmente influenciará nos limites de disposição sobre as regras processuais e, portanto, na definição das diretrizes interpretativas que irão guiar a investigação sobre a validade dos negócios processuais.

É importante ter presente, neste início, até mesmo para acalmar os espíritos mais resistentes, que nem todos os negócios processuais interferem na atividade jurisdicional de investigação dos fatos relevantes da causa e de aplicação do direito estatal. Se é verdade que todo negócio processual, em alguma medida, interfere e condiciona os poderes judiciais, nem todo negócio alcança aquele núcleo mais sensível da prestação jurisdicional.⁸⁵⁸ Há negócios que disciplinam interesses preponderantemente das partes no processo, não afetando os poderes judiciais. Imagine-se, por exemplo, a convenção processual sobre a desistência dos recursos interpostos. Tal estipulação entre as partes não afetaria qualitativamente o *iter* a ser seguido para a prolação da decisão judicial, mas tão somente abreviaria o desfecho da demanda mediante a revogação de um ato processual anteriormente praticado. Tal distinção é relevante, sobretudo quando a demanda tem por objeto direitos indisponíveis, pois, nestes casos, conforme será visto, não se podem admitir convenções processuais que limitem a ampla apreciação fático-jurídica pela autoridade judicial.

Respeitável doutrina brasileira, porém, baseia-se nesta distinção para conferir maiores poderes às partes quando as convenções processuais versarem sobre questão que não afete diretamente a atividade jurisdicional e, por outro lado, limitar significativamente os poderes de conformação processual quando a avença interferir

⁸⁵⁷ Sobre uma diversa percepção do processo, superando a ideia de constituir uma relação jurídica: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 431 e seg..

⁸⁵⁸ Trabalhou-se a distinção em: OLIVEIRA, Paulo Mendes. “Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição.” *Negócios processuais*. Coord. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 417-443, p. 429.

mais diretamente os poderes judiciais de decisão e condução da causa (“os deveres da jurisdição”).⁸⁵⁹ Tal ideia parece interessante, conforme exposto, com o objetivo de limitar a realização de convenções que possam prejudicar a tutela de direitos indisponíveis, contudo não se afigura adequado aplicar a limitação propugnada também quando em litígio direitos disponíveis, porquanto, nesta seara, as partes devem ter a possibilidade de conformar o procedimento, ainda que implique certas limitações aos poderes de condução e decisão judiciais. Conforme amplamente fundamentado ao longo deste estudo, o modelo de processo que atende adequadamente ao ideal de segurança no Estado contemporâneo é aquele em que os “deveres da jurisdição” sejam considerados primeiramente em função do cidadão, premissa fundamental para estabelecer parâmetros aos demais fins públicos do processo.

Com base em tais noções, é possível identificar limites objetivos (o quê) subjetivos (quem) e formais (como) à celebração de convenções processuais. Tal exposição não tem a pretensão de ser exaustiva, até porque há requisitos específicos para certos negócios jurídicos, cujo tratamento transbordaria os objetivos do presente estudo.⁸⁶⁰ Pretende-se definir balizas gerais que devem nortear os operadores do direito.

Da mesma forma que os negócios jurídicos sobre o direito material devem apresentar sujeitos capazes, forma prescrita ou não vedada em lei e objeto lícito, os negócios processuais demandam semelhante construção.⁸⁶¹ Por isto é que o art. 190 estabelece poderes judiciais para negar aplicação às convenções inválidas, incluindo-se aí a inserção abusiva em contrato de adesão (abuso de direito) e situação de vulnerabilidade de alguma das partes.

Inicie-se com os limites objetivos, ou seja, com a investigação sobre quais regras processuais não podem ser objeto de negócios jurídicos processuais.

É importante distinguir, inicialmente, as demandas que versam sobre direitos disponíveis daquelas cujo objeto litigioso é indisponível. A indisponibilidade do bem jurídico objeto da demanda apresenta-se como importante fator de calibragem para a vedação a convenções processuais que sejam potencialmente prejudiciais ao direito

⁸⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 527-533.

⁸⁶⁰ “Em síntese, pode-se notar que não há absoluta homogeneidade nas exigências para os contratos processuais.” (Ibidem, p. 528.)

⁸⁶¹ KERN, Christoph. “Procedure contracts in Germany.” *Negócios processuais*. Coord. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 179-191, p. 186-187.

material em disputa. Quanto maior for a extensão do objeto indisponível da demanda, maiores devem ser os poderes judiciais de zelo para que a tutela do bem jurídico não sofra qualquer prejuízo. Por outro lado, quanto maior o âmbito de disponibilidade do objeto litigioso, maior deve ser o respeito às opções procedimentais eleitas pelas partes.⁸⁶² Deve haver, pois, uma aproximação entre o processo e o objeto do processo para a aferição do âmbito negocial, exercendo este significativa influência naquele.⁸⁶³

Com efeito, nas hipóteses de o negócio processual reduzir, em alguma medida, as possibilidades de defesa em juízo, como ocorre, por exemplo, com os negócios de redução de prazo ou de supressão do duplo grau de jurisdição, será necessário que aquele que realiza o negócio tenha também poder de disposição do direito material objeto do litígio. Sem tal poder de disposição, não se pode cogitar a realização de negócios processuais que criem limitação das possibilidades de defesa em juízo, sob pena de possibilitar que atos praticados para conformar o processo acabem prejudicando direitos materiais sobre os quais as partes não podem dispor.⁸⁶⁴ Em outras palavras, não se pode realizar negócio processual que prejudique a tutela de direitos que não estão à disposição daqueles que o celebraram.⁸⁶⁵

Isso não significa, porém, que a indisponibilidade do objeto litigioso implique a vedação de flexibilização do procedimento, mas apenas alguma limitação do

⁸⁶² Galeno Lacerda, referindo-se à adequação legislativa do procedimento às peculiaridades da relação material, já identificava a relevância da indisponibilidade do objeto litigioso como parâmetro para a especialização: "Interessante é observar como a diferença de grau entre a disponibilidade e a indisponibilidade do objeto, isto é, do bem jurídico material, influi necessariamente nas regras de processo. As repercussões dessa gradação nos vários tipos de processos explicam as soluções várias e específicas para problemas como o impulso processual, a extensão dos poderes do juiz e dos direitos e deveres processuais das partes, os efeitos da aquiescência, a natureza da preclusão e da coisa julgada, a distinção quanto aos vícios do ato processual, a disponibilidade das provas, a substituição e a sucessão no processo, e tanto outros." (LACERDA, Galeno. "O código como sistema legal de adequação do processo". *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul — Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre, 1976, p. 165.) No mesmo sentido: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135-136.

⁸⁶³ "Isso se dá porque, dependendo da seara do direito processual em que incide, a convenção processual poderá, indireta ou reflexamente, afetar a resolução de questões referentes aos interesses materiais. Atos de disposição processual não podem atingir efeitos proibidos no direito material." (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 299.)

⁸⁶⁴ Em sentido semelhante: KERN, Christoph. "Procedure contracts in Germany." *Negócios processuais*. Coord. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 179-191, p. 188-189.

⁸⁶⁵ Igualmente conferindo relevância à disponibilidade do objeto litigioso, Flávio Luiz Yarshell aponta como elementos iniciais de balizamento para as convenções processuais "a disponibilidade do direito material em disputa, uma relativa igualdade real dos litigantes, a garantia do contraditório efetivo e equilibrado e os próprios escopos da jurisdição." (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 174.)

poder de as partes modelarem o processo de acordo com as respectivas conveniências. Como anota Berizonce, por vezes é a própria indisponibilidade do objeto litigioso que recomenda uma maior adaptabilidade processual: “En los procesos en que se ventilan cuestiones de interés social no solo se amplía la gama de los poderes del juez, sino que, además, se enfatiza como pauta genérica el principio de la adecuación judicial de las formas, su instrumentalidad y el rechazo del exceso ritual.”⁸⁶⁶ Muitas vezes, as convenções processuais têm por objeto inclusive conferir uma camada superior de proteção ao bem jurídico indisponível, não sendo adequado impedir a sua celebração em razão da natureza do objeto da demanda.

Com efeito, o primeiro limite que se pode identificar aos negócios processuais pode ser assim sintetizado: *a indisponibilidade do objeto litigioso impede a celebração de convenção processual que reduza as garantias processuais conferidas pelo legislador.*

A segunda limitação objetiva que pode ser identificada às convenções processuais diz respeito a alguns direitos fundamentais inafastáveis, por consubstanciarem o núcleo mínimo de garantias inalienáveis dos cidadãos. Assim, não se podem admitir avenças dos jurisdicionados que eliminem, *v.g.*, os direitos fundamentais ao contraditório, à isonomia, à fundamentação das decisões judiciais.⁸⁶⁷ Mesmo no âmbito do processo arbitral, em que há o amplo predomínio da autonomia privada, não se cogita afastar tais garantias mínimas necessárias ao devido processo.⁸⁶⁸ Isto não significa, porém, que nenhum direito fundamental seja passível de disposição pelas partes, sendo plenamente possível, conforme já exposto, a renúncia ao direito fundamental ao acesso à justiça (convenção de arbitragem), à publicidade do processo (convenção para segredo de justiça), à duração razoável do processo (convenção sobre a

⁸⁶⁶ BERIZONCE, Roberto Omar. “Técnicas orgânico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas.” *Revista de Processo*, vol. 175/2009, | p. 130 – 163, Set / 2009.

⁸⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 529.

⁸⁶⁸ “É daí que se extrai a ideia do ‘processo civil mínimo’, um conjunto nuclear de regras processuais sem as quais nenhum processo pode ser considerado justo, devido. (...) A legislação arbitral brasileira parece aderir à ideia do ‘processo civil mínimo’: as partes podem dispor sobre o procedimento e o árbitro pode fixá-lo desde que não se viole um conjunto mínimo de princípios processuais: do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento (Lei 9.307/96, artigo 21).” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. “Gerenciamento de processos e a cultura de litigância - a experiência do ‘case management’ inglês.” DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 656.) No mesmo sentido: CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 336.

suspensão do processo) etc.⁸⁶⁹ Conforme lembra Cabral, a simples invocação de direitos fundamentais não pode aniquilar a autonomia privada, porquanto a liberdade também é um (importante) direito fundamental dos jurisdicionados.⁸⁷⁰

Um terceiro parâmetro objetivo que deve ser considerado na elaboração de convenções processuais é a impossibilidade de se atribuírem ônus excessivos ao Poder Judiciário, como, por exemplo, criando competências não previstas em lei, postulando o dispêndio de recursos materiais ou humanos que extrapolem limites razoáveis do serviço público oferecido pelo Estado aos cidadãos. Não se pode perder de vista que a função jurisdicional é um serviço público organizado pelo Estado e custeado pela sociedade, de maneira que não se pode admitir que os particulares exijam que tal serviço seja prestado de maneira mais onerosa do que aquela para a qual ele foi projetado. Evidentemente que não se pode medir com uma régua qualquer custo material ou humano que venha a ser acrescido ao processo judicial em razão de convenções processuais (muitos dos quais solucionados com o pagamento de custas), mas deve-se ter cuidado para que tais ônus a serem suportados pelo Estado não sejam irrazoáveis.

A inclusão neste critério da impossibilidade de as partes criarem competências jurisdicionais não previstas em lei, forjando atribuições ao aparato judicial para as quais ele não foi organizado, é paradigmática. Seria como se os cidadãos criassem um serviço público para atender aos seus interesses. Veda-se, portanto, a criação de recursos não previstos em lei, a atribuição de uma demanda a um juiz materialmente incompetente para julgá-la, a estipulação de competência originária aos tribunais etc. A flexibilização procedimental convencional não pode se tornar uma apropriação do público pelos particulares, de maneira que o jurisdicionado agregue atribuições e ônus ao Judiciário que ultrapassem o limite do razoável. Moffitt, na mesma linha, estabelece três parâmetros para a admissibilidade das convenções: a) impossibilidade de os litigantes criarem competência não prevista em lei ou na Constituição para determinado órgão judiciário; b) vedação a prejuízo de algum

⁸⁶⁹ ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 81-82.

⁸⁷⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 336.

interesse público, a exemplo do desperdício de recursos públicos; c) inviabilidade de causar prejuízo a terceiros.⁸⁷¹

Quanto à limitação subjetiva, só é deferida a celebração de negócio processual a quem detenha capacidade processual, ou seja, tenha capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo.⁸⁷² Só quem detém tal capacidade pode celebrar validamente negócios processuais, pois tais atos irão impactar diretamente em processo futuro (ou presente) do qual serão (são) partes.

Não há necessidade de as partes estarem acompanhadas de advogado para a celebração de negócios processuais. Além de não haver qualquer exigência legal neste sentido, não se pode limitar o exercício de liberdade dos cidadãos estipularem as regras que regerão suas relações. Assim como no direito material a exigência de advogado é apenas excepcional, não poderia ser diferente em relação aos negócios processuais. É muito comum, por exemplo, a celebração de foro de eleição, um típico negócio processual, sem a participação de advogado. O que se pode cogitar, em certas hipóteses mais complexas, é que a parte desacompanhada de advogado não tinha condições de entender o alcance do negócio celebrado, caracterizando-se uma situação de vulnerabilidade a justificar a nulidade do pacto. O art. 190, parágrafo único, do CPC prevê expressamente que o juiz, de ofício ou a requerimento, controlará a validade das convenções processuais, recusando-lhes aplicação nos casos em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.⁸⁷³

Ainda quanto à vulnerabilidade, é de se observar que o CPC, também no art. 190, parágrafo único, traz uma situação de potencial hiposuficiência do contratante, atento aos riscos de inclusão de convenções processuais em contrato de adesão. Assim, diante da inclusão abusiva, ou seja, sem o devido destaque e assinatura específica para a cláusula – a exemplo do que se exige na Lei de Arbitragem para a cláusula compromissória -⁸⁷⁴ há forte chance de constituir situação de vulnerabilidade, a ser

⁸⁷¹ MOFFITT, Michael. “Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable.” *The George Washington Law Review*. Vol. 75, n. 03, abril/2007, p. 461-521, p. 465 e 502-513.

⁸⁷² NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 234-235.

⁸⁷³ Sobre um amplo panorama sobre a vulnerabilidade: TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 161 e seg.

⁸⁷⁴ Art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96: Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. Sobre esta cláusula e dos limites aos negócios processuais: “Parece lícito observar que a

identificada pelo magistrado no caso concreto e, identificando-a, decretar a nulidade da avença.

A impossibilidade de celebração de convenção processual que possa causar prejuízos a terceiros, na linha propugnada por Moffit, deve ser, igualmente, apontada como um limite subjetivo aos acordos.⁸⁷⁵ Como decorrência da impossibilidade de celebrar negócios sobre direitos que não estão à disposição das partes, não seria adequado legitimar a celebração de avenças sobre o procedimento que pudessem causar prejuízo a terceiros.⁸⁷⁶

Pode-se identificar, portanto, mais três limites para a celebração de convenções processuais: capacidade processual, inexistência de vulnerabilidade de um dos conatantes e impossibilidade de causar prjeuízo a terceiros. A segunda hipótese, como visto, diante dos contratos de adesão, acabam por criar limites formais, que é a necessidade de um devido destaque no contrato celebrado e assinatura específica para a cláusula.

Os limites formais, por sua vez, devem ser buscados em lei. Caso haja alguma previsão legal específica para a confecção de determinado negócio processual, devem as partes observá-la. Do contrário, deve vigor o princípio da liberdade das formas, previsto no art. 188 do CPC, que prevê que os atos processuais independem de forma determinada. No entanto, mesmo que não haja observância da forma legalmente estabelecida, é de ser aplicada a segunda parte do art. 188 que consagra o princípio da instrumentalidade das formas, orientando para a não decretação de invalidade caso o ato viciado tenha alcançado a finalidade essencial.

Como se percebe, postula-se uma significativa amplitude das possibilidades de realização de convenções processuais ou, na interessante expressão de Michael Moffitt, de “customização processual”.⁸⁷⁷ Contudo, diante do amplo universo que se

voluntariedade – exigida em ambos os preceitos legais – somente advém da liberdade de escolha que, em última análise, pressupõe uma igualdade real entre as partes. Fora daí, mesmo que formalmente em ‘documento anexo ou negrito’ ou com ‘assinatura ou visto especialmente para essa cláusula’, não há como admitir a validade para a cláusula compromissória.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 175.)

⁸⁷⁵ MOFFITT, Michael. “Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable.” *The George Washington Law Review*. Vol. 75, n. 03, abril/2007, p. 461-521, p. 502-513.

⁸⁷⁶ DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. “Contracting for procedure.” *Negócios processuais*. Coord. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 131-177, p. 135.

⁸⁷⁷ MOFFITT, Michael. “Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable.” *The George Washington Law Review*. Vol. 75, n. 03, abril/2007, p. 461-521.

abre com o art. 190 do CPC, não é possível antever todas as possibilidades de negócios processuais celebráveis pelos jurisdicionados, não sendo, igualmente, objeto do presente estudo o tratamento exaustivo do tema. Pretendeu-se, conforme já exposto, evidenciar que os negócios processuais limitam os poderes judiciais, criando para o Estado o dever de observá-los. Verdadeiros ganhos podem ser alcançados com a difusão de tal poder que foi conferido às partes, uma espécie de flexibilização procedimental apta a aprimorar a tutela jurisdicional dos direitos. Convenções sobre foro de eleição após a prorrogação da competência; acordo impeditivo de julgamento antecipado parcial; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); convenção de instância única, estipulando que não serão possíveis recursos à superior instância; ampliação de prazos processuais etc. são apenas alguns exemplos de pactos que podem ser úteis ao alcance de um processo civil mais acessível e aderente às expectativas dos jurisdicionados.

2. LIMITES JUDICIAIS À FLEXIBILIZAÇÃO

2.1 Introdução

Definido o modelo de processo apto a conferir segurança jurídica no Estado constitucional, é importante olhar para a história e perceber que a rigidez procedimental por muito tempo foi vista como uma conquista de segurança para as partes, porquanto confere previsibilidade e contém arbítrios judiciais.⁸⁷⁸ Com efeito, se a rigidez procedimental não mais reflete o ideal de segurança processual no Estado constitucional, é de se considerar que a previsibilidade do procedimento e a clareza normativa devem ser preservadas como elementos fundamentais da segurança jurídica. Um modelo de processo cujo procedimento possa ser flexibilizado à revelia e em prejuízo das partes, causando surpresa aos litigantes, geraria, por evidente, tremenda insegurança. As partes ingressariam no Poder Judiciário sem conhecer as “regras do jogo”. Como já afirmado, uma proposição com este viés deixaria para trás importantes conquistas históricas do Direito processual e militaria contra o ideal de segurança. Em resumo, caminharia em sentido oposto aos valores que norteiam o processo civil moderno.

Por tais razões, de suma relevância é a identificação de critérios para a flexibilização do procedimento, seja esta realizada pelos juízes ou pelas partes.⁸⁷⁹ A preocupação com a eficiência do processo não pode descuidar da sua legitimidade, especialmente no que concerne às garantias constitucionais dos jurisdicionados.⁸⁸⁰ Estabelecidos tais parâmetros, teremos um processo que se abre à moderna concepção que aqui se perfilha, com total garantia de segurança pelo processo e no processo.⁸⁸¹

⁸⁷⁸ DENTI, Vittorio, “Il processo di cognizione nella storia delle riforme.” *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, vol. 47, p. 805-816, set./1993, p. 808.

⁸⁷⁹ “Advirta-se, no entanto, que o juiz não pode ser arbitrário e desprezar o formalismo virtuoso, a seu bel prazer.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo”. *Leituras complementares de processo civil*, 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 170.) Com semelhantes preocupações: “Por outro lado, a necessária flexibilização procedimental passa a ser exercitada pelos juízes sem parâmetros legais e sem o recomendável diálogo e o consenso das partes, o que gera grande insegurança jurídica, cria situações absolutamente imprevisíveis para as partes e redundam em enorme disparidade de tratamento.” (GRECO, Leonardo. “Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual.” In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 292.)

⁸⁸⁰ PICÓ I JUNOI, Juan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado.” *Cuestiones Jurídicas Revista de Ciências Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. VI, n. 1, p. 11-31, jan.-jun./2012, p. 28. NUNES, Dierle. “Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades.” *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, vol. 184, jun. 2010, p. 110.

⁸⁸¹ Um processo que seja, ao mesmo tempo, eficiente e seguro: “Na atualidade, percebe-se no discurso de boa parcela dos estudiosos do sistema processual uma maior preocupação com as questões de sua

Calamandrei já alertava que o que legitima o processo como um adequado método de prolação de decisões justas é justamente a limitação dos poderes dos juízes.⁸⁸²⁻⁸⁸³

2.2 Respeito às garantias constitucionais

Uma das maiores conquistas do Direito moderno foi a adoção de Constituições com um núcleo rígido que consagra os direitos e garantias fundamentais de uma nação. Parâmetros de elaboração e de aplicação de todas as normas jurídicas foram estabelecidos aos operadores do direito, limitando a liberdade em pontos considerados fundamentais para a construção de uma ordem jurídica justa.⁸⁸⁴ No Brasil, esta cristalização de valores maiores deu-se de maneira bastante ampla, por meio de uma Constituição analítica, que consagrou de forma minudente o rol das normas fundamentais.⁸⁸⁵⁻⁸⁸⁶

O processo civil foi especialmente contemplado nesta positivação de direitos e garantias fundamentais,⁸⁸⁷ estando previstos na CF/88 inúmeros parâmetros

eficiência do que com as referentes à legitimidade do mesmo.” (NUNES, Dierle. “Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades.” *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, vol. 184, jun. 2010, p. 110).

⁸⁸² CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954, p. 159.

⁸⁸³ Gajardoni elenca alguns limites que vêm sendo traçados pela doutrina portuguesa ao princípio da adequação formal: “a) A forma para a prática do ato processual em si considerado, que não pode ser dispensada pelo juiz, ainda que a repute injusta, se a própria lei expressamente já a alocou como essencial; b) A qualificação do ato processual, como nos casos em que se nomina equivocadamente um ato praticado, embora seu conteúdo seja apto para o fim pretendido. Nestes casos não haverá alteração da ordem formal dos atos do procedimento, pois que o ato praticado sob a errada rotulação atingirá, de qualquer forma, a finalidade predisposta, motivo pelo qual não se lança mão da adequação formal, mas sim do princípio da fungibilidade das formas, que tem previsão expressa no CPC luso (artigos 474, n. 3, 687, n. 4, 688 n. 5); c) Pressupostos processuais, que não podem ser dispensados a pretexto de incompatíveis com a adequação formal. Assim, impossível deliberação que admita o processamento de ações com vários pedidos cumulados, entre os quais se encontra um que não é da competência do juízo; d) Procedimentos alternativos. A opção por um dos procedimentos fixados abstratamente em lei: também não constitui verdadeiro caso de adequação formal. A seqüência alternativa também se encontra prevista na lei, de modo que não há adequação, mas mera aplicação de iter predisposto pelo legislador (como nos casos de dispensa da audiência preliminar) e) Procedimentos especiais. Se já existe um procedimento especial estabelecido, pois o juízo de adequação entre o procedimento e o direito material já foi feito pelo legislador, não compete ao juiz suplantá-lo fazendo nova adequação.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “O princípio da adequação formal do direito processual civil português.” *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 1/2012, nº 11, p. 6.665-6.685, p. 6.675-6.676.)

⁸⁸⁴ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 143.

⁸⁸⁵ ÁVILA, Humberto. “‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’.” *Revista eletrônica de direito do estado (Rede)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009, p. 4.

⁸⁸⁶ Sobre o tema, vide item 3.2.3.1, em que se trabalha a projeção dos direitos fundamentais sobre as regras processuais.

⁸⁸⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 139-140.

para a densificação do direito fundamental ao processo justo.⁸⁸⁸ São balizas rígidas a serem observadas pelo Estado na definição do devido processo.⁸⁸⁹ O legislador constituinte, portanto, foi além da estipulação da cláusula geral de que “ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV)⁸⁹⁰ e enrijeceu a aplicação de inúmeras garantias por meio de regras expressas, a exemplo do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) etc.⁸⁹¹ Segundo Ávila, “essas garantias não podem ser objeto de afastamento mediante ponderação horizontal destinada a flexibilizá-las em razão de ineteresses variados, ainda que públicos. Novamente, a CF/88 optou por um sistema de previsibilidade.”⁸⁹²

Assim, se a possibilidade de flexibilização procedimental constitui uma densificação do princípio do acesso substancial à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88), consoante amplamente demonstrado na segunda parte deste estudo, tal atividade de adaptação deve ser levada a efeito respeitando as demais garantias processuais que igualmente ganharam assento no rol dos direitos fundamentais.⁸⁹³ O justo equilíbrio entre tais princípios e regras, alcançando-se a máxima otimização possível de todos os vetores constitucionais, deve ser buscado para a conformação do processo civil no Estado constitucional.⁸⁹⁴ Por isso que a abertura do processo à flexibilização do procedimento não exime o Estado do respeito aos demais parâmetros constitucionais,

⁸⁸⁸ Com semelhante abordagem sobre a Constituição italiana, postulando por um modelo garantista de processo: CIPRIANI, Franco. “Il processo civil italiano tra efficienza e garanzie.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 04/2002, p. 1.243-1.261, p. 1.253.

⁸⁸⁹ Nas palavras de Ari Mello: “(...) já houve uma decisão sobre o conteúdo, a extensão e a eficácia desses direitos, e esses elementos dos direitos fundamentais já não estão à livre disposição dos órgãos de direção política do Estado, instituídos pelo mesmo poder constituinte originário.” (MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 144.)

⁸⁹⁰ COHEN-KOPLIN, Klaus. “O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório.” In: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto (org.). *Grandes temas do novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2015, p. 15-51, p. 20.

⁸⁹¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 585.

⁸⁹² ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 585.

⁸⁹³ Sobre a necessidade de o juiz suprir os deficits procedimentais, mas com respeito às garantias constitucionais: MARINONI, Luiz Guilherme. “Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais.” *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.226, p. 13-29, dez. 2013.

⁸⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113.

consistindo, na verdade, um imperativo do devido processo.⁸⁹⁵ Como tal, deve ser realizada em coordenação com as demais regras e princípios constitucionais, nos quais vai encontrar as balizas de aplicação.⁸⁹⁶ Assim, não se pode flexibilizar o procedimento para afastar o dever de fundamentação das decisões judiciais ou mesmo o direito ao contraditório, por exemplo. São garantias mínimas do devido processo, excluídas do âmbito de adaptabilidade procedimental.

Tais limites devem ser observados especialmente pelos juízes, órgãos do Estado que devem absoluto respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos previstos na Constituição.⁸⁹⁷ As regras procedimentais, conforme já amplamente demonstrado, constituem importantes balizas que impedem o exercício arbitrário do poder estatal, garantindo aos jurisdicionados os direitos de ampla defesa, produção probatória, recursos, publicidade etc. Caso o magistrado identifique a necessidade de alterar o rito legalmente previsto ou mesmo definir o procedimento ao densificar uma cláusula aberta, deve fazê-lo dentro de tais balizas constitucionais.

Um bom exemplo desta necessidade de respeito às garantias constitucionais pode ser visualizado quando o juiz, especialmente antes do advento do CPC/2015 brasileiro,⁸⁹⁸ entendia necessária a dinamização do ônus probatório,⁸⁹⁹ nos casos em que aquele a quem a lei atribuiu tal ônus não tinha como provar ou tinha excessiva dificuldade em fazê-lo, enquanto a parte contrária demonstrava plena capacidade de levar aos autos as provas necessárias a uma maior aproximação da verdade. Apesar de não haver previsão legal para tal modificação dos ônus probatórios, entendia-se possível

⁸⁹⁵ “Às vezes, mostra-se necessária até a correção da lei pelo órgão judicial, com vistas à salvaguarda do predomínio do valor do direito fundamental na espécie em julgamento.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 145.)

⁸⁹⁶ “Segundo a denominada teoria substantiva, o direito fundamental do devido processo legal não compreende apenas o direito fundamental ao procedimento legal, ordenado ou regular, mas, além disso, o direito fundamental a um processo justo ou adequado, sem a observância do qual, logicamente, ninguém deve ser privado da liberdade ou dos seus bens. (...) Justo, portanto, não é qualquer processo regido por lei. Justo é o processo legal e informado por direitos fundamentais.” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 194.)

⁸⁹⁷ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 144.

⁸⁹⁸ Atualmente, há regra expressa sobre o tema: Art. 373, § 1º *Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.*

⁸⁹⁹ Sobre a utilização do termo “dinamização” ao invés de “inversão”: CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 116-117. Sobre a crítica à existência de um ônus probatório, mas um dever de provar: RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

que o juiz o fizesse, desde que oportunizasse à parte a quem foi atribuído o ônus a possibilidade dele se desincumbir, ou seja, que ainda houvesse tempo para que as provas fossem regularmente produzidas. Vedava-se, pois, que o juiz dinamizasse o ônus probatório na sentença, sem garantir à parte o direito de fazer a prova cujo ônus da sua produção lhe foi atribuído, ficando assegurado o direito fundamental à ampla defesa.⁹⁰⁰ Assim, viabiliza-se a flexibilização procedimental, concretizando adequadamente o princípio do acesso substancial à justiça, mas com rigoroso respeito às demais garantias constitucionais dos jurisdicionados. Atende-se, portanto, à necessária concordância prática entre os princípios constitucionais.⁹⁰¹

Uma decisão judicial que altera o procedimento em desrespeito aos parâmetros estabelecidos na Constituição padece de grave vício de formação, viabilizando a sua anulação. O juiz que se preocupa excessivamente com a *segurança-realização* com vista à efetividade da tutela jurisdicional, descuidando dos parâmetros de *segurança no processo* previstos especialmente na Constituição, assume postura repreensível, violando não só o direito positivo vigente, mas também ignorando toda a construção histórica do formalismo processual como penhor da segurança jurídica dos jurisdicionados.

Interessante ponto que toca ao tema da relação entre flexibilização procedimental e direitos fundamentais é a comparação que pode ser feita entre a adaptabilidade judicial e convencional. Percebe-se deste cotejo que as rigorosas restrições à flexibilização judicial devem ser interpretadas com maior temperança em relação às possibilidades de as partes estipularem alterações no procedimento por meio de convenções processuais. Se as restrições às convenções processuais, *mutatis mutandis*, devem ser aplicadas amplamente aos juízes, a recíproca, porém, não é verdadeira. Trata-se do instigante tema da renúncia a direitos fundamentais.⁹⁰²

⁹⁰⁰ Apontando como manifestação do garantismo no processo civil: CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.” *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44, p. 40.

⁹⁰¹ “Como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles. A esse respeito, Dürig fala do dever de buscar uma *síntese dialética* entre as normas imbricadas, com a finalidade de encontrar uma otimização entre os valores em conflito.” ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 147.

⁹⁰² Sobre o tema: ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

De fato, apontamos como limites rígidos às convenções processuais alguns direitos fundamentais inafastáveis, identificados como um núcleo mínimo de garantias inalienáveis dos cidadãos, a exemplo dos direitos fundamentais ao contraditório, à isonomia, à fundamentação das decisões judiciais.⁹⁰³ Demonstrou-se que, mesmo no âmbito do processo arbitral, em que há o amplo predomínio da autonomia privada, não se cogita em afastar tais garantias mínimas necessárias ao devido processo. Entretanto, não se pode negar alguma margem de disponibilidade dos direitos fundamentais pelos jurisdicionados, a exemplo do que ocorre com o direito ao acesso à justiça (convenção de arbitragem), à publicidade do processo (convenção para segredo de justiça), à duração razoável do processo (convenção sobre a suspensão do processo) etc.⁹⁰⁴ A propósito, o próprio STF já chancelou tal possibilidade, levando em consideração a circunstância da disponibilidade e patrimonialidade dos bens jurídicos protegidos para reconhecer a constitucionalidade da lei de arbitragem.⁹⁰⁵

Com efeito, é possível concluir que os direitos fundamentais exercem uma pressão muito mais ampla nos juízes do que nas partes, especialmente pela circunstância de que constituem garantias fundamentais contra o exercício arbitrário do poder. Aos jurisdicionados, aplica-se o núcleo mínimo de garantias constitucionais, havendo, porém, um maior espaço de conformação, decorrente da possibilidade de renúncia a direitos fundamentais, que está diretamente implicada com a disponibilidade dos direitos materiais em disputa e com os escopos do processo civil no Estado constitucional.

2.3 As distintas espécies de flexibilização

Para um melhor entendimento sobre a flexibilização procedimental, é interessante resgatar uma distinção inicialmente feita, que influenciará os requisitos a serem observados para alteração do procedimento. Com efeito, é possível extremar duas espécies de modificações do procedimento a depender da sua finalidade: a) aquela que é

⁹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 529.

⁹⁰⁴ ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 81-82.

⁹⁰⁵ “(...) o poder de disposição - e a conseqüente possibilidade de renúncia - será tanto maior quanto o direito fundamental tiver relação tão somente com o indivíduo, isto é, afetar somente a ‘esfera de liberdade individual’ (...)”. ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 81-82.

efetivada para adaptar o procedimento às peculiaridades do caso concreto submetido ao Judiciário, que se pode designar *flexibilização-adaptabilidade*; b) e a alteração procedimental que pode ser feita por conveniência das partes, a fim de que o processo atenda de maneira mais ampla aos interesses dos litigantes, que se pode chamar de *flexibilização-conveniência*.

A *flexibilização-adaptabilidade* será, em regra, obrigatória. Conforme já amplamente exposto, o processo não cumprirá adequadamente as suas finalidades se não for apto a dar as respostas necessárias que os casos concretos necessitam. Por isso se diz *obrigatória*, pois a aderência do processo à relação material é um requisito fundamental para a idônea prestação jurisdicional. Diante de tal importância, é dever do legislador, do juiz e das partes zelar por tal adaptação procedimental.

A legislação pode prever possíveis modificações no procedimento comum quando for possível antever peculiaridades da relação material que exigem um tratamento diferenciado. É o que ocorre, por exemplo, quando o legislador permite a troca de procedimento se a relação material exigir a confecção de prova complexa. Neste caso, apesar de um procedimento mais simples ser o utilizado para processar a maioria das demandas de até determinado valor, caso se verifique no caso concreto a necessidade de uma instrução probatória mais complexa, possibilita-se a mudança de procedimento.

O juiz, por sua vez, tem o dever de zelar pela adequada tutela dos direitos, seja decidindo sobre os rumos do processo dentro das opções que o legislador previamente possibilitou, seja afastando a regra processual em tese aplicável para adotar solução que melhor se aplique ao caso concreto.⁹⁰⁶ Esse tema envolve a delicada questão da superação de regras jurídicas, que será melhor enfrentado em seguida.

As partes, diante da necessidade da adaptação procedimental, também devem zelar pela adequada conformação do processo à tutela do caso concreto. Podem,

⁹⁰⁶ “E podem existir, enfim, outras situações em que o legislador experimento atingir um certo equilíbrio entre os diversos princípios constitucionais mas não consegue fazê-lo de modo adequado, razoável, proporcional, e a sua lei, por isso, é submetida a uma correção, que não pode realizar-se senão por via jurisdicional, ordinária e constitucional, para depois produzir, talvez, uma posterior adequação legislativa.” (FIORAVANTI, Maurizio. “A produção do direito entre lei e juiz: a relação entre democracia e jurisdição.” *Interesse público*. V. 14, n. 76, p. 161-166, nov./dez. 2012, p. 164.)

conjunta ou isoladamente, requerer ao juiz a adoção das providências necessárias, aplicando-se aqui tudo o que se disse quanto à adaptação judicial.⁹⁰⁷

A *flexibilização-conveniência*, diversamente, será sempre facultativa e de exclusiva utilização pelas partes, a fim de estabelecerem regras processuais que tornará o processo mais aderente às suas necessidades e expectativas. Não se trata propriamente de conformar o processo às necessidades de tutela (esta obrigatória), mas sim de possibilitar que as partes definam aspectos do procedimento que vão atender a anseios específicos dos litigantes para uma melhor tutela dos seus direitos. É o que ocorre, por exemplo, quando da convenção sobre foro de eleição, em que as partes, no exercício da sua liberdade e a fim de atender a um interesse particular, celebram a convenção processual para que a demanda tramite em local diverso daquele abstratamente previsto na lei. Tal espécie de flexibilização, conforme exposto, não está à disposição do juiz, que só pode modificar o procedimento visando à sua adaptabilidade. A *flexibilização-conveniência* é algo que pode ser previsto em lei como possibilidade às partes, sendo de uso exclusivo destas, devendo o juiz respeitar o exercício da liberdade, controlando apenas a sua validade.

Pode-se afirmar, portanto, que há institutos processuais que são plenamente *tangíveis* pelas partes e/ou pelo juiz (*flexibilização-adaptabilidade*); outros que são *relativamente intangíveis*, porquanto apenas as partes, ou o juiz com a concordância das partes, podem sobre eles dispor (respeitados os demais requisitos antes expostos) (*flexibilização-conveniência*), como a competência territorial (em regra), a redução dos prazos, o acesso à justiça, o direito ao recurso etc. Outros institutos, porém, são *absolutamente intangíveis*, pois não estão à disposição nem dos juízes nem das partes, situando-se fora da possibilidade de flexibilização, a exemplo da competência absoluta, da criação de recursos não previstos em lei, da reabertura de processos transitados em julgado etc.⁹⁰⁸

⁹⁰⁷ Referindo-se ao sistema francês: “Giudice e parti sono tenuti a collaborare nella conduzione del processo e devono avere come riferimento la concreta e particolare situazione sostanziale oggetto della lite.” (FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 36.)

⁹⁰⁸ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 461-462.

2.4 Adequação como limite à flexibilização judicial

Conforme fundamentado no tópico anterior, é possível identificar algumas medidas como idôneas a ajustar o processo às especificidades da causa e outras que visam a adaptar o processo à conveniência das partes. A própria legislação tem por premissa tal distinção ao prever algumas regras que podem ser definidas apenas pela conveniência das partes, como é o caso das regras sobre competência relativa ou mesmo sobre convenção de arbitragem. Partindo desta premissa, é possível afirmar que ao juiz só é lícito alterar as regras processuais nas hipóteses de flexibilização que visa a ajustar o procedimento às especificidades do caso concreto. Assim, o que move o magistrado a proceder a uma modificação ritual são deficits de adequação subjetiva, objetiva ou teleológica⁹⁰⁹ que exigem uma ruptura com o procedimento legalmente previsto.⁹¹⁰

Disto decorre o dever de uma justificação minuciosa a demonstrar que as alterações procedimentais realizadas decorrem da necessidade de atender às peculiaridades do caso concreto, ou seja, devem visar à adaptação do rito para uma idônea prestação jurisdicional. Não cabe aos juízes determinar uma alteração do procedimento, *sem o consentimento das partes*, tão somente sob o pretexto de que tal modificação é mais conveniente para elas, apesar de não corresponder propriamente a um imperativo para a idônea prestação jurisdicional. Imagine-se a situação em que uma demanda é ajuizada em local distinto do domicílio de ambas as partes, sem que haja foro de eleição para tanto. Não poderia o juiz, a pretexto de estar adotando uma postura que auxilie a defesa dos litigantes, determinar o deslocamento da competência.⁹¹¹

Com efeito, na tentativa de conferir balizas à atividade judicial nessa tarefa de customização processual, é necessário represar seus poderes na adequação processual, devendo justificar minuciosamente a necessidade e utilidade das mudanças a serem realizadas. Caso não haja razões substanciais para a alteração, indevida será a intervenção judicial no procedimento legalmente previsto.

⁹⁰⁹ LACERDA, Galeno. “O código como sistema legal de adequação do processo”. Em: *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul — Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre, 1976, *passim*.

⁹¹⁰ Em sentido semelhante: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 88-89.

⁹¹¹ Para tanto, deveria haver um justo motivo ligado à adequação processual, como ocorre com as situações de *forum non conveniens*. Sobre o tema: BRAGA, Paula Sarno. “Competência adequada.” *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.219, p. 13-42, maio 2013. NERY JÚNIOR, Nelson. “Competência no processo civil norte americano: o instituto do forum (non) conveniens.” *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 781, p. 28-32, nov. 2000.

Se as hipóteses de flexibilização-adaptabilidade constituem um imperativo do processo justo, porquanto devem ser implementadas para que o processo seja apto a alcançar os seus objetivos com a maior eficiência possível, as situações de flexibilização-conveniência são de interesse exclusivo das partes, não se inserindo naquele núcleo de medidas que transcendem os interesses dos litigantes. Esta é a razão pela qual devem todos os sujeitos processuais zelar pela adequação do procedimento às peculiaridades dos casos sob análise, cabendo às partes postularem perante o juiz as alterações rituais que se fizerem necessárias, bem como deve o magistrado agir de ofício e em colaboração com as partes para definir ou ajustar o procedimento. Em relação às hipóteses de flexibilização-conveniência, não cabe ao magistrado a sua implementação sem a concordância das partes, pois é destas a titularidade, devendo o juiz apenas sindicar a validade das medidas requeridas e respeitar o regular exercício da liberdade dos litigantes.

Tal distinção é relevante, pois ratifica o elevado ônus argumentativo que recai sobre o magistrado ao definir ou alterar o procedimento a ser seguido, motivando as necessidades de tutela que justificam a adaptação procedimental. Sem dúvidas, constitui pressuposto de segurança processual que a definição ou alteração do procedimento atenda à necessidade de adequação, sendo ilegítimas eventuais incursões judiciais sobre o rito processual que não estejam escoradas em tal premissa.

2.5 A previsão de um procedimento legal e o problema da superação de regras

Como se pôde visualizar ao longo da exposição, a previsão de caminho procedimental estabelecido pelo legislador, em si, constitui um importante limite a ser observado pelos juízes diante de eventual pretensão de adaptação do rito para o caso concreto. Foi possível perceber, que, em diversas passagens da lei processual, o próprio legislador conferiu ao magistrado a possibilidade de adequar o procedimento, porém a ele não foi conferida uma permissão genérica para tal. Assim, a existência de um procedimento legal a ser seguido na maioria dos casos constitui relevante fator de segurança processual, porquanto se coloca como estrutura procedimental básica previsível aos jurisdicionados. Segundo Cabral, “formalidades legais talvez sejam o

modo mais seguro de evitar-se o arbítrio dos julgadores”.⁹¹² Com efeito, em regra, os processos vão ter o seu curso regular pelo procedimento legal que, em tese, reúne as características necessárias à tutela adequada dos direitos.⁹¹³

Desde a reação do processo romano-canônico ao informalismo exacerbado que se instaurou na Alta Idade Média, o direito processual continental percebeu o quão importante é o procedimento para conferir segurança jurídica às partes, seja na ordenação da marcha processual, seja como anteparo a arbitrariedades judiciais. O desenvolvimento doutrinário do direito processual e da teoria do direito ratificam essa ideia, alçando o procedimento a instrumento necessário à legitimidade do exercício do poder.⁹¹⁴ Por isso é que a previsão de um procedimento legal se afigura como um importante norte para a segurança da tutela jurisdicional dos direitos.⁹¹⁵

É de se reconhecer, no entanto, que a existência de um procedimento legal não mais pode se confundir com a ideia de rigidez ritual, ou seja, impossibilidade de sua adaptação aos casos concretos.⁹¹⁶ Cada vez mais o legislador vem tornando o procedimento dúctil, ao prever caminhos diversos a depender das circunstâncias da relação substancial deduzida em juízo. Isso ocorre em distintos aspectos do procedimento, a exemplo da possibilidade de se antecipar a tutela, da realização de

⁹¹² CABRAL, Antônio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 9.

⁹¹³ Interessante o relato de Paula Costa e Silva sobre o regime processual experimental português, instituído em 2006, que previa amplos poderes de adequação procedimental ao juiz: “13. Não obstante o reforço dos poderes de adequação (cf. art. 2a) do RPE), não fica todo o processo na dependência do rito concretamente instituído pelo juiz. Isto porque o legislador não deixou de prever uma tramitação. Esta comportará as fases que conhece o processo comum de declaração, nas suas formas ordinária e sumária; exactamente porque elas fazem falta se o processo atingir a sua máxima complexidade. Porém, e como em qualquer procedimento, mesmo aquele que é regulado pelo Código de Processo Civil (LGL\1973\5), as fases só serão percorridas, em concreto, se os resultados processuais as justificarem. Todo o processo é plástico e elástico: todo ele se adapta ao caso concreto e todo ele comporta apenas as fases que, uma adaptação do tipo legal abstracto, se mostrarem necessárias.” (COSTA E SILVA, Paula. “A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 33, n. 156, p. 237-250, fev./2008, p. 245.)

⁹¹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

⁹¹⁵ Enfatizando a importância do procedimento, Calmon de Passos: “Daí a reação em nossos dias dos chamados procedimentalistas que, para utilizar as palavras de Denninger, representam um esforço no sentido da garantia, através do procedimento, de um equilíbrio de posições entre os membros da sociedade democrática, tanto nas relações entre particulares tanto na relação destes com os poderes públicos.” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal.” *Revista de Processo*, vol. 102/2001, p. 55-67, abr.-Jun./2001.)

⁹¹⁶ “Parece importante, en esse sentido, que en un régime democrático existan criterios generales de lo justo, lo que no excluye que en ciertas situaciones dichos criterios deban ser mitigados o incluso substituidos por otros, más adecuados a la situación concreta.” (COHEN-KOPLIN, Klaus. “Origen y fundamentación iusfilosofica del 'principio de la adaptabilidad del procedimiento judicial'.” In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 271.)

audiências, da possibilidade de julgamento liminar ou julgamento antecipado, da inversão do ônus da prova, da necessidade de réplica etc.⁹¹⁷ São *rotas procedimentais* distintas a depender de características específicas da relação jurídica submetida à apreciação.

Portanto, ainda que a existência de um procedimento legal seja garante da segurança processual, sua ductilidade está cada vez mais acentuada, não constituindo, portanto, técnica incompatível ou geradora de insegurança.⁹¹⁸ Ao contrário, essa aptidão de aderência do procedimento à realidade dos casos concretos é que representa o caminho adequado à segurança da idônea tutela dos direitos.⁹¹⁹ A adoção da flexibilidade procedimental não representa, assim, um abandono do procedimento padrão por meio do qual as demandas serão regularmente processadas. O que se deve abandonar é a rigidez do procedimento previamente estabelecido pelo legislador. Trata-se de parâmetro a ser observado pela atividade legislativa, conferindo-se aos jurisdicionados um procedimento padrão de tutela dos direitos, com espaços para a sua conformação às necessidades de tutela dos casos apresentados.

Diante desta configuração processual, devem os juízes seguir o rito estabelecido pelo legislador, adaptando-o dentro daquilo que lhe foi permitido, de maneira a não surpreender as partes com mudanças atípicas, afastando-se do esquema planejado pelo legislador.⁹²⁰ O procedimento legal exerce, pois, uma espécie de eficácia de trincheira, não podendo, em regra, ser alterado.

⁹¹⁷ A título de exemplo, lúcidas palavras sobre a técnica atencipatória: “Há um verdadeiro conflito entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito de defesa; esse conflito não pode ser resolvido em abstrato, como se todas as situações de direito material fossem iguais. O procedimento ordinário, ao não tomar em consideração as peculiaridades das situações de direito substancial, não tem condições de evitar que o processo prejudique a parte autora.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 459.)

⁹¹⁸ CAMBI, Eduardo. NEVES, Aline Regina das. “Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil.” *Revista de Direito Privado*, vol. 64/2015, p. 219-259, Out-Dez/2015, p. 249-250.

⁹¹⁹ Um dispositivo legal do CPC brasileiro que precisa ser melhor explorado e amadurecido é o art. 327, §2º, assim redigido: “É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. (...) Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.” Tal autorização legislativa claramente franqueia a adaptação do procedimento comum, visando a possibilitar a cumulação de pedidos, prestigiando a economia processual e evitando a prolação de decisões contraditórias.

⁹²⁰ Mesmo Dinamarco, tão criticado por Calmon de Passos pela proposta do instrumentalismo processual (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal.” *Revista de Processo*, vol. 102/2001, p. 55-67, abr.-Jun./2001, p. 66.), deixa clara a preocupação com os

Contudo, não se pode desconsiderar situações excepcionais que merecem um tratamento diferenciado, presentes certos requisitos autorizadores, especialmente com respeito às garantias processuais.⁹²¹ Este tema remete ao difícil desafio da superação de regras,⁹²² ou seja, às situações em que o caso apresenta, a princípio, todos os elementos para a incidência da regra, mas, ainda assim, ela não é aplicada.⁹²³

É de se considerar, inicialmente, que as regras são elaboradas para alcançar aquilo que normalmente acontece, portanto com aptidão de disciplinar com justiça os fatos ordinários do cotidiano.⁹²⁴ Entretanto, a necessidade de estabelecer tais generalizações acaba por incluir situações que o legislador não pretendia alcançar ou deixar de disciplinar casos que mereciam idêntica solução. Inevitavelmente, pois, a legislação traz consigo hipóteses de sub-inclusão (*under-inclusive*) e super-inclusão (*over-inclusive*).⁹²⁵ Visualize-se um exemplo: em geral, ao autor é conferida a responsabilidade pela prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu o ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Todavia, casos excepcionais ocorrem que recomendam a modificação deste esquema legal

limites da atividade judicial diante do procedimento legal: “A liberdade do juiz encontra limite nos ditames da lei e dizer que esta precisa ser interpretada teleologicamente para fazer justiça e que o juiz direciona a sua interpretação pelos influxos da escala axiológica da sociedade não significa postular por algo que se aproxime da *escola do direito livre*. Não seria correto imputar esse exagero ao pensamento instrumentalista. Ao longo deste estudo foram salientados diversos pontos em que se manifesta o repúdio às tiranias judiciais, ou a imposição da vontade do juiz acima da vontade do direito do país.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 379.)

⁹²¹ Sobre o modelo de generalizações entrincheiradas decorrente da necessidade de observância das regras: SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 38 e seg.

⁹²² Com semelhante preocupação, mas sem maior aprofundamento no ponto: “Não se defende, sequer em matéria procedimental, o potencial criativo ilimitado do Poder Judiciário. (...) Admite-se, tão somente, um protagonismo responsável ou saudável, apto, mediante resposta democrática, à retificação das anomalias, à correção das omissões inconstitucionais, para que as promessas constitucionais se tornem realidade. O ordenamento processual não respalda julgamentos à margem da lei ou consoantes valores pessoais do magistrado. Contudo, ampara postura ativa do juiz, que reconhece, como sendo sua atribuição, o labor em prol da consecução dos objetivos estatais, dentre os quais está a prestação da tutela jurisdicional adequada, e que, para tanto, o poder de dispor de iniciativa criativa, inclusive quanto à condução do processo. (CAMBI, Eduardo. NEVES, Aline Regina das. “Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil.” *Revista de Direito Privado*, vol. 64/2015, p. 219-259, Out-Dez/2015, p. 251-252.)

⁹²³ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. A argumentação jurídica e o ideal de racionalidade na superação de regras jurídicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 249, p. 9-36, set./dez. 2008, p. 19.

⁹²⁴ “A superação de uma regra tem raiz no seu próprio mecanismo de formação. Estabelecer regras é criar uma generalização, pois elas se dirigem a ‘tipos’, e não a casos particulares.” (MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. A argumentação jurídica e o ideal de racionalidade na superação de regras jurídicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 249, p. 9-36, set./dez. 2008, p. 21.)

⁹²⁵ SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 49.

previamente estabelecido.⁹²⁶ O mesmo ocorre com a vedação à antecipação de tutela quando há perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, §4º, CPC). Apesar da vedação legal à tutela provisória nestes casos, constitui entendimento pacífico que a regra não alcança as hipóteses em que o bem jurídico a ser tutelado e que corre risco de perecimento for mais valioso do que aquele que se pretende proteger com a vedação legal. Com efeito, surgida alguma situação inusitada, não contemplada ou albergada pela finalidade normativa, é de se estender a aplicação da lei ao caso não previsto ou de suprimir-se a sua aplicação (*defeseability*). O famoso exemplo de Shauer, sobre a placa “é proibida a entrada de cães”, bem ilustra a sub-inclusão e a super-inclusão das regras.⁹²⁷

O que é importante ter presente é que a superação de regras constitui delicada exceção à necessidade de sua observância, não podendo ser realizada de maneira aleatória e sem critérios bem definidos, sob pena de transformar o direito processual, consoante já alertado, em uma mera referência, tornando-se facultativa a sua observância. Um modelo tal deve ser evitado justamente por atrair grande insegurança jurídica, além de negar o princípio democrático.⁹²⁸ Recorde-se que, distintamente do legislador português e inglês, que conferiram significativa abertura para que o juiz adaptasse o procedimento aos casos concretos, o legislador brasileiro optou por vetar semelhante cláusula de abertura, regulando amplamente o procedimento. Não se pode ignorar tal circunstância, de maneira que é de se reconhecer que o procedimento legal exerce uma espécie de “eficácia de trincheira” sobre o juiz, só podendo ser afastado em

⁹²⁶ Klaus Koplín, tratando da adaptabilidade procedimental, vai à filosofia clássica buscar em Aristóteles e Tomás de Aquino a justificação da necessidade de um processo flexível, podendo ser compreendido como manifestação da noção clássica de *equidade*. Expõe que Aristóteles, em *Ética Nicomáquea*, preocupa-se com as complexas relações entre as leis gerais e os casos concretos. Quando legisla, preocupa-se com os casos “mais ordinários”, não sendo possível tratar daqueles casos excepcionais, o que não significa que o legislador tenha errado ou que a lei seja ruim. “En tales situaciones, es necesario recurrir ‘a un decreto especial’ (un ‘pséphisma’), una regulamentación específica para el caso, que se amolde a sus circunstancias peculiares.” (COHEN-KOPLIN, Klaus. “Origen y fundamentación iusfilosofica del ‘principio de la adaptabilidad del procedimiento judicial’.” In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 269.) Na mesma linha: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 144.

⁹²⁷ SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 47 e seg.. Vide, ainda: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 112-120.

⁹²⁸ “A questão vincula-se estreitamente, claro está, ao fenômeno da estatização do direito e ao próprio Estado de direito, incluído aí o princípio da legalidade, fundamental aos sistemas políticos de cunho democrático.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 124.)

situações excepcionais, por razões devidamente fundamentadas (art. 11, CPC), desincumbindo-se dos seus deveres de colaboração (art. 6º, CPC), sem surpresa ou distinções injustificadas às partes (art.s 9º e 10, CPC) e com respeito à autonomia privada (art. 190).⁹²⁹ São parâmetros mínimos de atuação que se espera dos magistrados, como condição de um ordenamento processual que inspire segurança aos jurisdicionados.

É de se observar, por fim, o alerta de Ávila, no sentido de que não se pode aceitar que decisões judiciais superem regras e estipulem regras procedimentais distintas daquelas previstas pelo legislador de maneira casuística, sem a aptidão de tornar a exceção universalizável.⁹³⁰ Tal postura consubstanciaria distinção arbitrária, em evidente criação de regras particulares pelo Poder Judiciário, o que não se pode aceitar. É indispensável que, ainda que se trate de situações excepcionais a justificar a superação das regras, a todas as situações similares seja adotada a mesma solução, como um imperativo de isonomia e de coerência do ordenamento jurídico. Nas palavras de MacCormick, “qualquer compromisso com a imparcialidade entre diferentes indivíduos e diferentes casos exige que os fundamentos para o julgamento neste caso sejam tidos como repetíveis em casos futuros.”⁹³¹

2.6 As diretivas interpretativas e o postulado da proporcionalidade

O tratamento dos limites de segurança para a flexibilização processual não prescinde de uma abordagem específica sobre as diretivas interpretativas e o postulado da proporcionalidade, sobretudo em um ambiente normativo em que proliferam disposições normativas com textura aberta, sendo atribuída aos juízes a missão de

⁹²⁹ Sobre a eficácia de trincheira das regras e a excepcionalidade da sua superação: “De fato, as regras têm uma eficácia decisiva que os princípios não têm, na medida em que elas estabelecem uma decisão para um conflito entre razões, não cabendo ao aplicador substituir pura e simplesmente a ponderação legislativa pela sua. As regras têm uma eficácia definitiva dos princípios, no sentido de que vários dos ideais cuja realização é por eles determinada já se encontram ‘regrados’, não cabendo ao intérprete concretizar o ideal constitucional de modo diferente daquele previsto pela Constituição. E as regras têm eficácia de trincheira, pois, embora geralmente superáveis, só o são por razões extraordinárias e mediante um ônus de fundamentação maior.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 119).

⁹³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 115 e seg.

⁹³¹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 120.

densificá-las.⁹³² Um bom exemplo é a hipótese do art. 139, IV, que, mediante disposição bastante genérica, possibilitou que o juiz defina os meios executivos que serão utilizados de acordo com as peculiaridades do caso em análise.⁹³³ Diante de um mandato tão aberto conferido ao julgador, além das diretrizes constitucionais expressamente tratadas anteriormente, necessária será a rigorosa observância de balizas interpretativas.⁹³⁴⁻⁹³⁵

Conforme antes fundamentado, a percepção de que o direito é uma empresa eminentemente problemática e argumentativa conduz à necessidade de se obter segurança no caminho interpretativo, estabelecendo balizas que impeçam voluntarismos judiciais decorrentes de uma suposta discricionariedade dentro da moldura legislativa.⁹³⁶ Limites semânticos, sistemáticos e teleológicos especialmente devem ser identificados pela doutrina e constar da fundamentação das decisões judiciais, a fim de orientar e justificar uma idônea interpretação das leis, sobretudo daquelas que se abrem à experiência por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Quando o juiz adota certo posicionamento ao interpretar a legislação, está decidindo sobre um código interpretativo que traz consigo valorações de preferência entre diretivas interpretativas.⁹³⁷ Assim, o ideal de segurança por cognoscibilidade que se busca não prescinde de critérios quanto às decisões interpretativas a serem realizadas, além de uma densa justificação de tais conclusões, sobretudo quando, em alguma medida, o intérprete se afasta das diretivas imanentes ao sistema jurídico, para alargar ou restringir o alcance normativo.

⁹³² "As cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*. O legislador transformou o seu trabalho - através da referência à 'boa-fé', aos bons costumes, aos hábitos do tráfego jurídico, à justa causa, ao caráter desproporcionado, etc. - em algo de mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de se esperar" (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. da 2.ed. al A.M Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 546.)

⁹³³ "Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;"

⁹³⁴ Sobre a proporcionalidade no processo civil: BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

⁹³⁵ Demonstrando preocupação no controle das normas abertas: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 258.

⁹³⁶ Uma das maiores críticas à teoria da interpretação de Kelsen foi justamente a existência de uma possível discricionariedade dentro da moldura legislativa: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, p. 392.

⁹³⁷ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 74.

Não se pretende traçar um caminho que conduza à interpretação objetivamente correta, sem margem a discordâncias, mas esboçar uma linha de preferência entre as rotas exegéticas possíveis, tendo presente que se podem alcançar os mais diversos resultados a depender do juízo de valor que se faça na seleção e aplicação das referidas diretivas.⁹³⁸ Segundo Ávila, o princípio do Estado de Direito confere linhas mestras que devem orientar o intérprete, merecendo ser considerado como ponto de partida para se trabalhar o direito positivado:

O princípio do Estado de Direito estabelece uma ligação estrutural entre a atividade do Estado e o Direito; o princípio republicano institui a representatividade com responsabilidade; o princípio democrático determina a participação dos cidadãos nas decisões políticas mediante representantes que atuam por meio do procedimento legislativo; o princípio da separação dos Poderes estabelece que cada um dos Poderes deve exercer suas funções com independência e harmonia.⁹³⁹

A partir de tais premissas, segue explicando que o código interpretativo que deve ser utilizado, como regra, apresenta os argumentos imanentes ao sistema jurídico (linguísticos e sistemáticos) prevalecendo *prima facie* (pois superável) em relação aos argumentos transcendentais (genéticos e históricos), porquanto aqueles têm por fundamento imediato o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes. Trata-se da necessidade de respeito ao Poder Legislativo como *longa manus* da voz do cidadão, reconhecendo-se a força vinculativa das disposições positivadas.⁹⁴⁰ Por fim, os argumentos não institucionais ou meramente práticos, por não decorrerem da força vinculativa do Poder Legislativo, não podem ser reconduzidos aos princípios do Estado Democrático de Direito, devendo ceder, como regra, frente aos argumentos institucionais imanentes e transcendentais.⁹⁴¹

A respeito das diretivas linguísticas, os parâmetros semânticos devem ser considerados como relevantes limites à atividade interpretativa, sob pena de o juiz substituir-se ao legislador e impor as suas convicções pessoais em detrimento dos limites claramente estabelecidos pelo Parlamento.⁹⁴² Por exemplo, onde se lê que o juiz

⁹³⁸ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 74.

⁹³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. "Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico." *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, Malheiros, 1998. v.79, p.163-183, p. 178.

⁹⁴⁰ Enfatizando a importância do respeito aos limites linguísticos, sem postular um caráter absoluto de tal técnica de interpretação: BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 131-132.

⁹⁴¹ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, Malheiros, 1998. v.79, p.163-183, p. 178-179.

⁹⁴² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 03. ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'." *Revista eletrônica de direito do estado (Rede)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009, *passim*.

pode *ampliar os prazos* para adaptar o tempo de prática de certo ato às circunstâncias do caso concreto, não se pode interpretar, com base em tal comando legislativo, que o juiz também possa *reduzir os prazos* se entender conveniente. Os parâmetros semânticos da linguagem constituem uma clara barreira interpretativa à atividade judicial, em respeito à separação de poderes e, por consequência, ao princípio democrático.⁹⁴³ O capítulo sobre interpretação do direito na Teoria Pura de Kelsen já chamava a atenção para a necessidade de respeito à *moldura legislativa*, como importante limite interpretativo dos operadores do direito. Ao explicar o trabalho de interpretação judicial, o autor registra que a lei constitui uma moldura, dentro da qual o juiz dará continuação ao processo de densificação do direito iniciado pelo legislador.⁹⁴⁴

Ainda sobre os limites semânticos, deve o juiz ater-se aos sentidos aceitáveis socialmente, em determinado tempo e lugar, dos signos linguísticos previstos na legislação, não estando livre para redefinir conceitos de acordo com sua consciência pessoal.⁹⁴⁵ Uma postura diversa, afastando os conceitos previstos em lei dos sentidos socialmente aceitáveis, conduziria a uma verdadeira deturpação do comando legislativo, o que, a toda evidência, não se pode aceitar. “Não pode o aplicador, na concretização das cláusulas gerais, ignorar o consenso social já estabelecido a respeito de determinadas circunstâncias que devem ser por ele examinadas.”⁹⁴⁶

Além da diretiva linguística, inclui-se entre os argumentos institucionais imanescentes a diretiva sistemática, merecendo também destacado peso no caminho interpretativo. Interpretar sistematicamente é buscar uma coerência entre a parte e o todo, evitando-se contradições e prestigiando a coerência do sistema jurídico.⁹⁴⁷ Pode-se referir a diretivas sistemático-contextuais, relativas à necessidade de coerência com os demais princípios e regras do ordenamento, ou sistemático-jurisprudenciais, exigindo

⁹⁴³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 130 e seg.

⁹⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 272.

⁹⁴⁵ “Essa pré-compreensão tem especial relevo para a aplicação daquelas normas abertas cujo sentido é dado, também, por aspectos extra-sistemáticos, porque elas se referem aos contextos sociais, às situações de interesses e às estruturas das relações da vida, reguladas pelas normas jurídicas.” (ÁVILA, Humberto. “Subsunção e concreção na aplicação do direito.” In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 440.)

⁹⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. “Cláusulas Gerais Processuais.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 35, n. 187, p. 69-83, set./2010, p. 69-83.

⁹⁴⁷ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 73 e seg.

harmonização com os precedentes já proferidos sobre casos similares.⁹⁴⁸ Assim, respeitados os parâmetros antes referidos da diretiva linguística, tem um peso diferenciado na atividade interpretativa a diretiva sistemática, por constituir argumentos imanentes ao sistema jurídico.

Por fim, na difícil tarefa de conferir parâmetros interpretativos limitadores à atividade judicial, ganha relevância também a diretiva interpretativa teleológica,⁹⁴⁹ que deve ser incluída entre as diretivas institucionais de preferência. Deve o magistrado investigar quais os objetivos concretos buscados pelo legislador ao editar determinada disposição normativa, reduzindo-se, ainda mais, o campo aberto à decisão sobre a definição da norma jurídica que encontra maior suporte no ordenamento.⁹⁵⁰

À vista destes elementos já se pode perceber que não está entre os poderes conferidos à autoridade judicial o de desconsiderar os parâmetros linguísticos, sistemáticos e teleológicos para, com base em “princípios maiores” ou “sentimentos pessoais de justiça”, deixar de aplicar as regras emanadas do legislador para criar soluções que lhes pareçam mais justas.⁹⁵¹

Um interessante exemplo que vem ocorrendo no Judiciário brasileiro diz respeito à flexibilização processual na execução fiscal, quando ajuizada ação de recuperação judicial pela parte executada. Apesar de o art. 6º, §7º, da Lei n. 11.101/05 estabelecer que “*as execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica*”, os Ministros do STJ vêm entendendo que princípios maiores do ordenamento jurídico, a exemplo do “princípio da preservação da empresa”, orientam no sentido de que as execuções fiscais devem ser imediatamente suspensas com o ajuizamento da recuperação judicial ou nelas não sejam

⁹⁴⁸ Conforme: ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, Malheiros, 1998. v.79, p.163-183, p. 169 e seg..

⁹⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. “Cláusulas Gerais Processuais.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 35, n. 187, p. 69-83, set./2010, p. 69-83.

⁹⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 443.

⁹⁵¹ “A interpretação do direito – lembre-se – desenrola-se no âmbito de três distintos contextos: o linguístico, o sistêmico e o funcional (...). No contexto linguístico é discernida a *semântica* dos enunciados normativos. Mas o *significado normativo* de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do *sistema*, para após afirmar-se, plenamente, no *contexto funcional*.” (GRAU, Eros. *Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 86-87.) Vide, ainda: “O verdadeiro perigo a prevenir não está, portanto, em que os juízes sejam verdadeiros criadores do direito e como tais se apresentem, mas que seja pervertida a característica formal essencial, isto é, o ‘modo’ do processo jurisdicional.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 132.)

praticados atos de expropriação patrimonial. Trata-se de um claro exemplo em que os juízes deixam de aplicar uma legítima disposição legal que foi gestada democraticamente no parlamento brasileiro, sob o fundamento de estarem interpretando o ordenamento com base em princípios. Definitivamente, não é tal postura que se espera do Poder Judiciário, ignorando os parâmetros interpretativos antes mencionados para fazer prevalecer ideais pessoais de justiça para o caso concreto. Daí a necessidade de serem amadurecidos os nortes interpretativos, a fim de que a atividade de flexibilização processual não se torne uma verdadeira ditadura do Poder Judiciário, em detrimento da segurança dos jurisdicionados.

Estabelecidos alguns parâmetros interpretativos limitadores da atividade judicial, cumpre trabalharmos o postulado da proporcionalidade.⁹⁵² Segundo Marinoni, “diante da quebra do princípio da tipicidade e da regra da congruência” pela utilização de cláusulas normativas abertas, exsurge a necessidade de estabelecer balizas ao exercício do poder judicial, como condição da sua própria legitimidade, porém de maneira muito mais complexa e sofisticada. Devem os juízes observar uma regra hermenêutica na atividade de concretização de tais disposições legais de acordo com as peculiaridades do caso concreto. “Tal regra hermenêutica é a da proporcionalidade. Essa regra se desdobra em três sub-regras, que são a regra da adequação, a regra da necessidade e a regra da proporcionalidade em sentido estrito.”⁹⁵³⁻⁹⁵⁴

Por proporcionalidade, entende-se o postulado aplicativo que orienta os aplicadores do direito na tarefa legislativa, executiva e judicial, a adotarem os meios adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito para alcançar determinados fins.⁹⁵⁵ Trata-se de uma norma metodológica (estrutural), que deve ser observada em hipóteses em que há uma análise de um meio empregado para alcançar determinado

⁹⁵² “Não há dúvida de que o processo civil, porque informado profundamente por garantias constitucionais (...) vale-se constantemente do critério da proporcionalidade para a criação, a aplicação e a interpretação de suas normas. Porque as regras processuais não são mais do que a concretização de garantias fundamentais, estampadas no texto constitucional, o critério da proporcionalidade desempenha papel fundamental no cotidiano da hermenêutica processual.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.)

⁹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. “Controle do poder executivo do juiz.” *Revista de Processo*, vol. 127/2005, p. 54 – 74, Set/2005.

⁹⁵⁴ “Tal poder, contudo, não deve ser utilizado arbitrariamente, devendo ser controlado pelas partes, à luz do princípio da proporcionalidade.” (CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.” *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44, p. 32.)

⁹⁵⁵ “O chamado ‘princípio’ da proporcionalidade consubstancia um *postulado normativo aplicativo*. Como tal, impõe (...) uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (= aplicação) de outras normas.” (GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 188-189.)

fim. Assim, uma medida será considerada proporcional quando ela for idônea a proporcionar o fim que almeja (adequação), for a medida menos restritiva de direitos fundamentais dentre as possíveis (necessidade) e, por fim, se a promoção dos direitos fundamentais que visa supera a eventual restrição de direitos que proporciona (proporcionalidade *stricto sensu*).⁹⁵⁶

A partir de tais parâmetros, deve-se analisar as possibilidades de o juiz definir o rito processual, seja alterando-o, seja densificando uma norma aberta, sempre pelo crivo do postulado da proporcionalidade.⁹⁵⁷ Com efeito, a rota procedimental estabelecida pelo juiz deve, em primeiro lugar, constituir um meio adequado para a idônea prestação jurisdicional, ou seja, que proporcione o acesso substancial à justiça, preservadas as garantias processuais dos litigantes. Em segundo lugar, a medida adotada deve ser, dentre os caminhos possíveis, aquela que confere menor restrição possível a direitos fundamentais, ou seja, havendo mais de uma medida igualmente adequada para o alcance do fim, deve-se escolher aquela mais suave no que toca aos direitos fundamentais em conflito. Por fim, há de se fazer uma ponderação entre os bens jurídicos que estão sendo tutelados e aqueles que serão restringidos, a fim de verificar se os primeiros são mais valiosos e se a sua promoção não importará a restrição excessiva dos últimos, justificando a medida.⁹⁵⁸ O princípio do devido processo, previsto no art. 5º, LIV, da CF/88, deve ser visto como a necessidade de um processo adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, como garantia da tutela idônea dos direitos.⁹⁵⁹

⁹⁵⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 173-188. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 50-51.

⁹⁵⁷ Revisitando o princípio da segurança jurídica, para agregar à segurança formal a segurança de um resultado previsível, especialmente diante dos conceitos jurídicos abertos: “A segurança jurídica, quando estabelece ‘previsibilidade das decisões jurídicas’, significa, em sentido formal, ‘previsibilidade fundada em regras legais’ e, em sentido material, ‘previsibilidade e aceitação moral das decisões jurídicas’. Assim, além da ‘previsibilidade fundada em regras legais’, a segurança jurídica advém da ‘previsibilidade fundada na aceitação (jurídica e moral) dos resultados.’” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 117.)

⁹⁵⁸ “Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade.” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 172.)

⁹⁵⁹ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 127.

Retomando o exemplo antes conferido da possibilidade de o juiz definir os meios executivos idôneos à coerção do devedor para que realize o adimplemento da sua dívida, poder-se-ia indagar se a apreensão da carteira de motorista de um taxista seria uma medida proporcional a obrigar-lhe ao pagamento de uma dívida tributária. Trata-se, de fato, de medida adequada, porquanto é um meio idôneo a proporcionar alguma coerção sobre o devedor para que honre o seu débito; de acordo com as circunstâncias do caso concreto, pode até se apresentar como uma das medidas ainda não adotadas que proporcione a menor restrição de direitos fundamentais possível; contudo, definitivamente, parece haver clara desproporção entre o bem jurídico que se almeja tutelar (o patrimônio do credor) e aquele que será objeto de restrição (o direito fundamental ao trabalho). Assim, a medida coercitiva antes cogitada não passa pelo teste do postulado da proporcionalidade, sendo vedado ao juiz dela se utilizar na definição do procedimento a ser adotado.⁹⁶⁰

2.7 Deveres de colaboração

A participação das partes no exercício da prestação jurisdicional é um imperativo do Estado constitucional, o que implica alguns deveres do juiz diante da tarefa de flexibilizar o procedimento.⁹⁶¹ Em um Estado Democrático de Direito não se pode aquiescer com o exercício unilateral da jurisdição, como se o juiz fosse o oráculo do direito e dos fatos, adotando uma posição solipsista e assimétrica em relação aos litigantes.⁹⁶² Ao contrário, a própria legitimidade da jurisdição depende do diálogo com os jurisdicionados, bem como de uma postura judicial ativa e zelosa por um processo sem máculas que possam implicar sua nulidade.⁹⁶³ A participação das partes no *iter* de formação da decisão judicial constitui um direito fundamental, conferindo lastro constitucional para o princípio da colaboração.⁹⁶⁴ Trata-se de conquista histórica do

⁹⁶⁰ Para uma ampla exposição das alternativas que se abrem aos magistrados na tarefa de densificação da cláusula geral executiva: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: execução*. 7.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 110 e seg.

⁹⁶¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 79.

⁹⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184-196.

⁹⁶³ GRASSI, Lúcio. “A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 172, jun. 2009, p. 32 e seg.

⁹⁶⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 146.

processo civil moderno, decorrente especialmente da retomada da dimensão retórica e dialética do processo, fruto dos estudos da lógica e da hermenêutica renovados a partir dos anos 50 do século passado.⁹⁶⁵

Deve o magistrado, portanto, estar em constante contato com os jurisdicionados, a fim de consultá-los antes da adoção de qualquer medida de alteração do procedimento; esclarecer-se diante de eventuais dúvidas em relação aos acontecimentos relevantes do processo; preveni-los, com o objetivo de alertá-los sobre a prática de algum ato que possa ser prejudicial aos seus interesses e, por fim, auxiliá-los caso necessitem de algum apoio para definir os melhores rumos a serem adotados no caso. Trata-se dos deveres de consulta, esclarecimento, auxílio e prevenção já tão bem trabalhados na doutrina brasileira⁹⁶⁶ e portuguesa⁹⁶⁷, que se apresentam como verdadeiros pilares da legitimidade democrática do exercício da jurisdição.

Pelo dever de consulta, deve o magistrado, visualizando a necessidade de realizar alguma alteração nas regras processuais previstas em lei a fim de ajustar o procedimento às especificidades do caso, alertar as partes sobre tal intento e ouvi-las a respeito.⁹⁶⁸ Tal postura, além de evitar decisões equivocadas, pois ensejará uma conclusão sobre a qual já foram expostas as discordâncias e a eventual necessidade de reparo, assegurará um trâmite processual sem surpresas para os litigantes, garantindo-se previsibilidade das etapas processuais.⁹⁶⁹

Ademais, diante da abertura do processo civil brasileiro à autonomia privada, tal dever de consulta viabiliza que as partes convençionem contrariamente ao

⁹⁶⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 190-191.

⁹⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. DIDIER JR., Fredie. “Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo.” *Revista de Processo*, vol. 36, n. 198, 2011. NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁹⁶⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

⁹⁶⁸ Sobre a adaptabilidade no direito português: “Por fim, cumpre sublinhar que no exercício do Dever de Gestão Processual, o Juiz encontra-se sempre vinculado ao respeito pelos princípios estruturantes do Processo Civil, sendo que, tal como decorre da parte final do número 1 do artigo 6º do CPC, quando o Juiz intervém tendo em vista a adoção de mecanismos de simplificação e agilização processual, terá que ouvir as partes.” (SERRA, Miguel Pestana. “O dever de gestão processual no Código de Processo Civil de 2013.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 5, n. 5, 2015, p. 102.)

⁹⁶⁹ “Assim, na relação (que é fundamental) entre tempo e direito, a expressão “princípio da segurança jurídica” marca, como signo pleno de significados que é, o espaço de retenção, de imobilidade, de continuidade, de permanência – valoriza, por exemplo, o fato de o cidadão não ser apanhado de surpresa por modificação ilegítima na linha de conduta da Administração, ou por lei posterior, ou modificação na aparência das formas jurídicas.” (Martins-Costa, Judith. “A Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre os Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança.” *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004, p. 112.)

intento judicial, definindo outros rumos para o procedimento.⁹⁷⁰ Neste contexto, pode-se falar de uma espécie de poder bloqueador das partes, exigindo um ônus argumentativo sobremodo elevado do juiz para, eventualmente, afastar-se da manifestação concorde dos sujeitos interessados na prestação jurisdicional.⁹⁷¹ Imaginemos que o juiz pretenda antecipar a oitiva das testemunhas para, eventualmente, dispensar a realização da prova pericial⁹⁷² caso entenda suficientemente provados os fatos após a respectiva audiência. Consultadas as partes, se ambas discordarem de tal pretensão de modificação procedimental por entenderem relevante a realização da prova pericial e, ainda, que ela seja realizada antes da prova testemunhal, não pode o juiz, em regra, desconsiderar a vontade manifestada dos jurisdicionados e proceder como entende mais adequado. A princípio, deve o juiz observar o interesse dos litigantes, principais interessados no modo e no tempo da prestação jurisdicional. Excepcionalmente, poderá deles discordar, o que exigirá fortes razões e a necessidade de se desincumbir de um pesado ônus argumentativo.

Deverá o juiz, ademais, esclarecer-se junto às partes, diante de eventual dúvida sobre modificações procedimentais que pretende implementar de ofício, em razão de requerimento das partes ou mesmo em decorrência de uma convenção processual. A conscientização judicial de que o magistrado é um dos integrantes da comunidade de trabalho no processo e que, portanto, deve se colocar em posição horizontal, de isonomia, em relação aos jurisdicionados é fundamental para que não enxergue eventuais problemas em dialogar francamente com os advogados sobre suas dúvidas a respeito dos melhores rumos que deve conferir ao caso sob julgamento.⁹⁷³ O juiz não deve se constranger em perguntar, expor suas dúvidas, dialogar, mas, ao

⁹⁷⁰ Interessante observação de Marinoni, Mitidiero e Arenhart sobre a flexibilização procedimental, apontando os limitados poderes do juiz no art. 139, VI, do CPC (“só pode ele *dilatar prazos* ou *alterar a ordem de produção de prova*.”), contudo admitindo uma latitude ampliada quando estão de acordo o juiz e as partes: “Já nos termos do art. 190, que ocorre de comum acordo, entre o juiz e as partes, há latitude maior para a alteração dos atos processuais, que pode incidir sobre qualquer evento do processo.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 526-527.)

⁹⁷¹ Vide interessante construção sobre o “poder geral de efetivação do julgador”, que possibilita bloquear, por convenções processuais, os poderes judiciais de densificação das cláusulas gerais: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 136 e seg.

⁹⁷² Consoante o art. 139, VI, do CPC/2015: Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

⁹⁷³ GALINDO, Maíra Coelho Torres. *Processo cooperativo: o contraditório dinâmico e a questão das decisões-supresa*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 68.

contrário, conscientizar-se que é uma peça dentre as várias outras importantes peças que formam o processo judicial. Trata-se de postura, também aqui, que evita a prolação de decisões equivocadas, a prática de atos viciados e, ainda, reduz as chances de irresignação das partes. No particular, merece transcrição as palavras de Mitidiero:

Semelhante exigência, de um lado, encontra evidente respaldo no *interesse público* de chegar-se a uma *solução bem amadurecida* para o caso levado a juízo, não podendo ser identificada de modo nenhum como uma providência erigida no interesse exclusivo das partes. Consoante observa a doutrina, o debate judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constringe ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação mais aberta e ponderada. Funciona, pois, como um evidente instrumento de ‘democratização do processo’. De outro, conspira para reforçar a confiança do cidadão no Poder Judiciário, que espera, legitimamente, que a decisão judicial leve em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito a conformar o juízo.⁹⁷⁴

Por fim, não só tem o juiz *deveres passivos de colaboração* (consulta e esclarecimento), por meio dos quais deve ir às partes para buscar informações e opiniões, mas também tem *deveres ativos de colaboração*, agindo de maneira proativa na prevenção de atos que estão sendo praticados e no auxílio dos litigantes para se desincumbirem dos seus ônus e deveres processuais. De fato, não se trata aqui de limites à flexibilização, mas de deveres judiciais de zelo pela idônea prestação jurisdicional, numa postura de boa-fé e preocupada com o alcance dos fins do processo.

Olhando para as experiências inglesa e francesa, um juiz proativo já no início do processo, analisando as circunstâncias do caso e, em amplo diálogo com as partes, definindo os rumos da demanda, inclusive planejando eventual flexibilização procedimental, produz significativos ganhos em termos de eficiência e tempestividade, especialmente nas hipóteses de litígios complexos.⁹⁷⁵ A fase de saneamento, portanto, é um excelente momento para entrar em cena os deveres de colaboração e, por meio de uma postura atenta aos interesses e às manifestações das partes, o juiz definir o formato procedimental que melhor atende às especificidades da causa.⁹⁷⁶ Tal postura, inclusive, estimula a litigância de boa-fé, mediante uma aproximação das partes e do juiz, reduz a

⁹⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 121.

⁹⁷⁵ TROCKER, Nicolò. “Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa.” *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. SCARSELLI, Giuliano (org.). Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2010, p. 173 a 178.

⁹⁷⁶ Com semelhante proposta, haurindo subsídios do direito inglês: “(...) a própria estrutura bifásica do procedimento cognitivo já impõe um ganho pragmático, com a utilização técnica eficiente das fases preparatórias do procedimento, para além da mera tentativa de conciliação.” (NUNES, Dierle. “Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades.” *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, vol. 184, jun. 2010, p. 126.)

possibilidade de alegação de vícios no procedimento e tendencialmente confere uma maior aceitabilidade à decisão final.⁹⁷⁷

Não se olvida do excesso de trabalho dos juízes, que, como observa Serra, é um impeditivo à idônea preparação do caso, porquanto tal labor exige tempo para que estudem minuciosamente os processos e possam conferir soluções adequadas para a demanda.⁹⁷⁸ Vale lembrar, no particular, as críticas que vêm sofrendo o sistema judicial inglês, diante da atuação precária de alguns juízes, em razão do conhecimento apenas superficial dos casos.⁹⁷⁹ Para o sucesso do projeto hoje presente no art. 357 do CPC,⁹⁸⁰ conferindo aos juízes plenas condições de colocar em prática um projeto concreto para as causas que analisa, é indispensável conferir-lhes condições materiais para tal, mediante uma reestruturação da Justiça civil brasileira, destinando as demandas complexas a magistrados com menos processos sob a sua responsabilidade e, portanto, com mais tempo para se dedicar à customização (para usar a expressão americana) do processo justo.

Um importante exemplo de atuação dos deveres de colaboração pode ser visto na possibilidade de dinamização do ônus da prova. Atualmente, o CPC brasileiro (art. 373, §1º) tem regra expressa que flexibiliza a atribuição dos ônus probatórios, outorgando ao juiz a possibilidade de, “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, (...) atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à

⁹⁷⁷ CAMBI, Eduardo. NEVES, Aline Regina das. “Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil.” *Revista de Direito Privado*, vol. 64/2015, p. 219-259, Out-Dez/2015, p. 254.

⁹⁷⁸ “Para a sua implementação, torna-se necessária a intervenção ativa do Juiz no âmbito de Dever de Gestão Processual, pretendendo-se promover uma nova cultura judicial, e também a existência de Juízes com boa formação técnica e humana, pois o sucesso do Código de 2013 dependerá muito da boa ou má atuação do magistrado. Os Juízes terão de dispor de mais tempo para poderem estudar minuciosamente os processos, por forma a desempenharem o importante papel que lhes foi atribuído. A propósito, a consagração da audiência prévia, em princípio obrigatória, - na qual operam os princípios da cooperação, do contraditório e da oralidade - impõe ao Juiz e às partes uma preparação adequada da diligência e o estudo cuidadoso do processo, que possibilita muitas vezes a obtenção de transação ou uma imediata decisão de mérito, que dispensa a audiência final, poupando-se tempo e recursos.” (SERRA, Miguel Pestana. “O dever de gestão processual no Código de Processo Civil de 2013.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 5, n. 5, 2015, p. 101.)

⁹⁷⁹ PARKES, Tim. “The civil procedure rules ten years on: the practitioners’ perspective.” *The civil procedure rules ten years on*. Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 440-450.

⁹⁸⁰ Do Saneamento e da Organização do Processo: Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”. Houve, portanto, a generalização da regra de flexibilização procedimental, tornando o processo mais permeável às circunstâncias do caso analisado.

Para que esta mudança de rota procedimental seja legítima, é essencial que o juiz não só se desincumba dos seus deveres de colaboração, em especial do dever de consulta, dialogando com as partes sobre a alteração pretendida, mas também que oportunize à parte sobre a qual recaiu o ônus probatório a oportunidade de se desincumbir de tal ônus, produzindo as provas necessárias à provas dos fatos relevantes para a causa.

A modificação dos ônus probatórios é medida bastante grave quanto aos rumos do processo, que merece o máximo cuidado do magistrado, especialmente abrindo-se ao direito de influência das partes nas suas decisões. Assim, é relevante que o juiz avalie os argumentos dos litigantes quanto à inversão dos ônus probatórios, inclusive para evitar situações de provas diabólicas ou excessivamente onerosas para alguma das partes. O princípio da colaboração processual é avesso a surpresas e a decisões unilaterais que não levam em consideração os argumentos das partes, sobretudo quando em pauta tema de grande relevância à segurança jurídica processual que é a prova dos fatos relevantes à aproximação da verdade.

2.8 Contraditório

O direito fundamental ao contraditório é uma das mais importantes conquistas democráticas, presente nos normativos internacionais⁹⁸¹ e constante no rol de garantias processuais da Constituição Federal brasileira (art. 5º, LV, CF/88). Diz-se, inclusive, que o direito ao contraditório é o elemento mais básico na conformação de um processo justo, constituindo verdadeira derivação da dignidade da pessoa humana.⁹⁸²⁻⁹⁸³ Prestigia-se, pois, um princípio fundamental de justiça que é a vedação

⁹⁸¹ Vide artigo X da Declaração Universal dos Direitos do Homem, art.8.º da Convenção Americana de Direitos do Homem (Pacto de São José da Costa Rica) e arts. 5.º e 6.º da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

⁹⁸² CABRAL, Antônio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva.” *Revista de Processo*. Vol. 126, p. 59-81, Ago/2005, p. 59.

⁹⁸³ “The adversarial principle (*le principe du contradictoire*) is an essential, even indispensable, component of the right to a fair trial. It reflects the idea that all of the facts and all of the rules of law that might be taken into consideration by the judge in reaching his decision must have been brought to the attention of both parties sufficiently in advance so that each of them is effectively able to study and, eventually, challenge them.” (CADIET, Loïc. AMRANI-MEKKI, Soraya. “Civil procedure.” *Introduction to french law*. Kluwer Law International BV: The Netherlands, 2008, p. 315.)

de julgar alguém por meio de versões fáticas ou jurídicas unilaterais, sem lhe conferir o direito de se contrapor. Com efeito, não se pode imaginar a configuração do processo judicial em um Estado Democrático de Direito sem o adequado respeito a tal direito fundamental.⁹⁸⁴ Uma das mais relevantes conquistas dos jurisdicionados, especialmente em face do Estado-juiz.

É necessário precisar, porém, o que se entende por contraditório no Estado constitucional.

Em uma primeira aproximação, o direito ao contraditório decorre da necessidade de conhecimento e possibilidade de reação, conferindo às partes o direito de participarem amplamente do processo, contrapondo-se às alegações e provas da outra parte.⁹⁸⁵ É o que se chama de direito à bilateralidade de instância, sendo vedado que postulações de uma das partes possam ser consideradas pelo juiz na condução e julgamento de uma demanda sem que a outra possa sobre elas pronunciar-se.⁹⁸⁶ Porém, a valorização do papel das partes como fator legitimante ao exercício do poder jurisdicional redimensionou o direito fundamental ao contraditório.⁹⁸⁷ Da simples bilateralidade de instância, no sentido de ser necessária apenas a oitiva formal das partes por um juiz distante e desinteressado, evoluiu-se para o que vem se chamando de um direito ao *contraditório forte*, que se traduz na possibilidade de as partes participar amplamente dos rumos do processo, tendo efetivo poder de influência nas decisões judiciais, conferindo-se, ainda, ao juiz o dever de diálogo no exercício das suas funções.⁹⁸⁸ O direito ao contraditório sai de uma dimensão passiva em relação ao juiz, impondo verdadeiros deveres judiciais na condução do processo.⁹⁸⁹ Tais observações desaguam, inevitavelmente, no dever de fundamentação das decisões judiciais,

⁹⁸⁴ “Inseparable from any organized administration of justice.” (MILLAR, Wyness Robert. “The formative principles of civil procedure.” In ENGELMANN, Artur. *A history of continental civil procedure*. Trad. Robert Wyness Millar. New York: Augustus M. Kelley, 1969, p. 6.)

⁹⁸⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 204.

⁹⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 118.

⁹⁸⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O juiz e o princípio do contraditório.” *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 1993. v. 323, p. 55-60, *passim*.

⁹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 445.

⁹⁸⁹ “Atualmente, ganha vigor a tese de que é dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes. O contraditório é o elemento que fornece ao processo este aspecto discursivo, por força de um mandamento constitucional do diálogo judicial (Verfassungsgesbot zum Rechtsgespräch) entre partes e órgão julgador para a formação do juízo do magistrado.” (CABRAL, Antônio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva.” *Revista de Processo*. Vol. 126, p. 59-81, Ago/2005, p. 64.)

importante momento em que o juiz demonstra não só que oportunizou ampla participação das partes, mas também que se deixou influenciar, enfrentando amplamente os seus argumentos.

Portanto, deve o juiz não só atuar com profundo respeito ao contraditório, mas oportunizá-lo, *preferencialmente*, de maneira prévia à decisão judicial, adotando a técnica do contraditório diferido em situações excepcionais.⁹⁹⁰ Não à toa, mesmo a doutrina especializa nas técnicas de antecipação de tutela enfatiza que a regra é o contraditório prévio,⁹⁹¹ sendo possível a sua postergação em situações excepcionais, decorrentes de uma concreta exigência de tutela da relação substancial deduzida em juízo. Trata-se, portanto, de importante norte a ser observado na atividade de flexibilização procedimental.

Sobre *o quê* deve ser submetido ao prévio contraditório, cumpre consignar um relevante alerta. Infelizmente, ainda é comum nos tribunais a ideia de que as partes devem se manifestar apenas sobre questões de fato, enquanto o juiz “conhece o direito”, em uma equivocada compreensão dos aforismos latinos *da mihi factum dabo tibi ius e iuria novit curia*.⁹⁹² Todavia, a compreensão atual da natureza problemática e argumentativa do direito, já amplamente exposta nas linhas antecedentes, especialmente decorrente da equivocidade da linguagem, da vagueza normativa e da necessidade de democratizar o exercício do poder, torna evidente a imprescindibilidade do contraditório também em relação às questões jurídicas que surgem durante o processo, sendo vedado ao juiz decidir sozinho, sem possibilitar que as partes contribuam para a formação do material jurídico a ser utilizado para a definição substancial ou procedimental da causa.⁹⁹³

⁹⁹⁰ O deferimento liminar da tutela provisória é um excelente exemplo de contraditório diferido, sendo tranquilo o entendimento sobre a sua constitucionalidade. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 650-651.)

⁹⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 122-123.

⁹⁹² Sobre o tema: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. “*Iura novit cúria*, causa de pedir e formalismo processual.” In: MITIDIERO, Daniel (coord.). *O processo civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 171-262, *passim*.

⁹⁹³ “Disso viu-se que a aplicação da máxima *iura novit cúria* tem estreita vinculação com a garantia constitucional do contraditório (...). Princípio da demanda, dever de congruência e garantia do contraditório são, assim, os principais limites e condições para a utilização do brocardo *iura novit cúria* no processo civil contemporâneo.” (DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. “*Iura novit cúria*, causa de pedir e formalismo processual.” In: MITIDIERO, Daniel (coord.). *O processo civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 171-262, p. 260.)

Com efeito, qualquer decisão judicial sobre a flexibilização procedimental que possa, em alguma medida, trazer prejuízo aos jurisdicionados, deve ser submetida ao prévio contraditório.⁹⁹⁴ Tal dever se impõe ainda que se trate de questões de ordem pública, sobre as quais o juiz possa decidir de ofício. A possibilidade de decidir *ex officio* sobre questões de ordem pública não pode afastar o direito fundamental ao contraditório previsto no art. 5º, LV, da CF/88. Refira-se, inclusive, que o CPC brasileiro é muito claro no particular, prevendo no art. 10 que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” O direito ao processo justo que orienta a conformação procedimental no Estado constitucional é avesso às decisões-surpresa, que afetem as partes e o tratamento que o caso é recebido, sem a prévia participação afetiva dos jurisdicionados.

Ademais, a atenção que se deve ter ao respeito ao contraditório não se limita a conferir o poder de influência às partes, mas fazê-lo em igualdade de condições.⁹⁹⁵ O processo deve se estruturar para que ambos os litigantes atuem judicialmente com igualdade de oportunidades, tendo, portanto, idênticas chances de participar do *iter* procedimental.⁹⁹⁶ Tal princípio exerce, sobretudo, uma função ética, porquanto o julgamento de pessoas e de seus atos tem um forte potencial de causar sofrimento e frustração a quem é julgado, manifestando-se o contraditório como parâmetro de respeito à liberdade do cidadão.⁹⁹⁷

É de se registrar, porém, que tal exigência não precisa ser vista como a necessidade de o juiz ouvir previamente as partes sobre qualquer decisão que venha a proferir no processo. Não é disso que o princípio trata. O que se visa a evitar são decisões-surpresa, que possam causar prejuízo aos litigantes. Não havendo qualquer

⁹⁹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195-199.

⁹⁹⁵ O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Tribunal de Estrasburgo) considera pressuposto fundamental para um processo justo duas exigências básicas que se complementam: a) igualdade de armas entre as partes e; b) respeito ao contraditório. (MILIONE, Ciro. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudência del tribunal europeo de derechos humanos*. Valência: Tirant lo Blanch, 2015, p. 58.)

⁹⁹⁶ Sobre a isonomia no processo: ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁹⁹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 168.

prejuízo às partes, não se exige a intimação prévia.⁹⁹⁸ É o que ocorre, por exemplo, com um pedido tempestivo de ampliação de determinado prazo para a prática de ato processual.⁹⁹⁹ Trata-se de ato que irá beneficiar um dos litigantes, não causando, a princípio, qualquer prejuízo ao outro, o que torna desnecessária a oitiva prévia.¹⁰⁰⁰⁻¹⁰⁰¹

O contraditório constitui, pois, verdadeiro fator legitimante do incremento dos poderes do juiz, que afasta qualquer tentativa de ser apontado como um modelo processual autoritário. Nas palavras de Ficarelli, “agli stringenti poteri giudiziali fa e deve fare da contrapeso il rispetto del contraddittorio.”¹⁰⁰²

2.9 Respeito às preclusões

Uma das técnicas processuais que toca mais de perto a aspiração de segurança jurídica no processo é a preclusão, entendida como a perda do poder de as partes ou do juiz praticar certos atos, conferindo-se assim confiança no passado e marcha à frente ao processo.¹⁰⁰³ A preclusão permite, portanto, que o processo siga rumo à prestação jurisdicional, impedindo a prática de atos fora dos prazos previstos (preclusão temporal), contraditórios às posturas já assumidas (preclusão lógica) ou repetidos (preclusão consumativa).¹⁰⁰⁴

Por se tratar de importante garantia para as partes, impedindo surpresas quanto a futuras decisões sobre temas já preclusos ou quanto à prática de atos

⁹⁹⁸ CAMBI, Eduardo. NEVES, Aline Regina das. “Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil.” *Revista de Direito Privado*, vol. 64/2015, p. 219-259, Out-Dez/2015.

⁹⁹⁹ No mesmo sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 93-94.

¹⁰⁰⁰ Por evidente, circunstâncias do caso podem orientar em sentido contrário.

¹⁰⁰¹ Tratando do princípio da adequação no CPC português e da desnecessidade de oitiva prévia das partes: “A eliminação da referência expressa à audição das partes tem, pois, apenas um significado: o respeito pelo princípio do contraditório não impõe, forçosamente, a auscultação prévia das partes, em todos os casos de adequação formal. Quando não estiver em causa dirimir um conflito de interesses ou reconhecer um direito processual, não sendo beliscado qualquer princípio estruturante do processo civil – como sejam os princípios da confiança ou da proibição das decisões-surpresa -, a não audição prévia das partes não será, forçosamente, irregular, podendo o princípio do contraditório não impor qualquer auscultação ou apenas obrigar a uma auscultação posterior, já depois de iniciada a adequação formal, mas ainda a tempo de evitar qualquer efeito nocivo para a parte.” (FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 457-458.)

¹⁰⁰² FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 42.

¹⁰⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa giudicata e preclusione”. *Saggi di diritto processuale civile*, rist., III, Milano, 1993, p. 232.

¹⁰⁰⁴ Para uma ampla análise crítica do tema: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008, *passim*.

extemporâneos, contraditórios ou repetitivos, constitui limite que deve ser observado pelos juízes na flexibilização procedimental. Não se pode admitir que, a pretexto de adequar o procedimento às especificidades da causa, os magistrados desconsiderem as preclusões processuais, surpreendendo as partes, proporcionando contramarchas ao processo e quebrando a legítima confiança no passado e legítima expectativa do desenvolvimento processual.¹⁰⁰⁵

É bem verdade que o regime preclusivo previsto na legislação processual não é linear, havendo questões que o legislador mitigou as preclusões e outras em que foi mais rigoroso. Não é nosso propósito aqui discutir o mérito de tais escolhas,¹⁰⁰⁶ mas apenas consignar que, uma vez definidos pelo legislador termos preclusivos, não pode o juiz simplesmente desconsiderá-los sob a justificativa de adequar o procedimento, por exemplo, a fim de se alcançar uma decisão “mais justa”. A propósito, sob tal justificativa desenvolvem-se as tão criticadas teorias que tentam flexibilizar de maneira atípica a coisa julgada.¹⁰⁰⁷

Tratando do direito inglês, contundente é a crítica de Adrian Zuckerman sobre a prática judicial de, no exercício de um poder discricionário conferido no contexto do *case management* (art. 3.9 das CPR), flexibilizar os termos preclusivos, oportunizando que as partes pratiquem posteriormente os atos que não foram praticados no momento devido. Segundo o autor, o acesso à justiça é um direito que, como todos

¹⁰⁰⁵ Postulando a flexibilização das preclusões quando o processo tem por objeto questões de interesse social: “Es que el aseguramiento de la tutela de los derechos sustantivos de linaje constitucional impone el abandono o flexibilización de ciertas reglas técnicas, como la configuración encajonada y preclusiva de las deducciones introductorias, admitiéndose un esquema más elástico, escalonado y de aproximaciones sucesivas para la determinación definitiva del objeto y la causa petendi en la audiencia preliminar. Ello implica que las partes quedan habilitadas para modificar sus pretensiones, reproponiendo el objeto o la causa de pedir, a condición de su buena fe, cuando los errores u omisiones contenidos en los escritos iniciales de postulación se debieron a la falta de información o adecuado asesoramiento.” (BERIZONCE, Roberto Omar. “Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas.” Revista de Processo, | vol. 175/2009, | p. 130 – 163, Set / 2009.)

¹⁰⁰⁶ Interessante abordagem crítica pode ser buscada em: DEHO, Eugênia Ariano. *Hacia un proceso civil flexible: crítica a las preclusiones rígidas del código procesal civil peruano de 1993*. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2013, *passim*.

¹⁰⁰⁷ Sobre o tema: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. *Revista Dialética Processual*, São Paulo, n. 22, p. 91-111, jan. 2005; MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada; a questão da relativização da coisa julgada*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 191; DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005; DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo: Imprensa Oficial, v. 2, n. 2, jul./dez./2001. THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005; DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm 2008.

os outros direitos, deve ter limites, de maneira que aos litigantes não deve ser conferida uma nova chance, quando eles tiveram um tempo razoável para a prática dos seus atos.¹⁰⁰⁸

É importante atentar, contudo, para o oportuno alerta de Heitor Sica, quanto à distinção que se deve fazer em relação às posições jurídicas assumidas pelas partes e pelo juiz no processo, o que implica um distinto tratamento, especialmente legislativo, quanto às preclusões. Enquanto as partes, sujeitos parciais, atuam no interesse próprio (por vezes inconfessáveis), o juiz desenvolve suas atividades no interesse público, o que implica que “o tratamento legal dado às posições jurídicas por eles ocupadas seja diverso”.¹⁰⁰⁹ Não à toa, ao juiz é expressamente deferida pela legislação a produção de provas de ofício (art. 370, CPC), a possibilidade de decidir sobre questões de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 485, §3º, CPC), a maioria dos seus prazos são impróprios etc., ou seja, o regime preclusivo judicial é muito mais atenuado do que aquele previsto para as partes.¹⁰¹⁰ Tal percepção é relevante para não se confundir as situações de retorno a fases superadas, de retratação de decisões preclusas para as partes, por exemplo, como espécies de flexibilização procedimental em desrespeito às preclusões, mas sim de claras hipóteses em que o legislador simplesmente suprimiu termos preclusivos à vista da função pública desempenhada pelo juiz no processo. Trata-se, aqui, de claro reflexo dos ganhos que o publicismo trouxe para o processo civil contemporâneo.

Há, contudo, diversas hipóteses em que as preclusões efetivamente aplicam-se aos juízes, impedindo que pratiquem atos em seu desrespeito. Didier trabalha bons exemplos de preclusões judiciais, como a preclusão lógica, que impede a improcedência por falta de provas por meio do julgamento antecipado de mérito, ou mesmo a preclusão consumativa decorrente da prolação da sentença e impossibilidade, como regra, de um posterior juízo de retratação.¹⁰¹¹ Em tais hipóteses, a lei confere aos jurisdicionados a

¹⁰⁰⁸ ZUCKERMAN, Adrian. “Adjudication of civil dispute.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXII, n. 3, junho/2008, p. 126.

¹⁰⁰⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 107.

¹⁰¹⁰ “De fato, seja quando se trata do controle das condições da ação e dos pressupostos processuais, seja também quando se enfoca o controle da regularidade formal do processo, seja ainda quando se cuida dos poderes instrutórios, coercitivos ou administrativos do juiz, a lei determina que a ausência de iniciativa da parte seja desconsiderada e que o juiz possa conhecer de tais questões de ofício e a qualquer tempo.” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 249.)

¹⁰¹¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 420-429.

segurança de que tais posturas e atos judiciais são dotados de estabilidade, sendo defeso ao juiz flexibilizar o procedimento para afastar tais preclusões.

Mas se é verdade que as preclusões constituem importante barreira de proteção às partes, sobretudo um anteparo de proteção à isonomia,¹⁰¹² justamente por isso devem ser pensadas de maneira distinta quando tratamos de flexibilização convencional. Conforme expusemos quando da densificação da segurança processual no Estado constitucional, o formalismo processual deve ser pensado em função do cidadão, sobretudo quando em discussão interesses eminentemente privados. Se o processo tem finalidades públicas a serem cumpridas, estas não podem se sobrepor ao interesse dos litigantes. Os jurisdicionados não podem ser considerados apenas um meio para o cumprimento dos fins públicos do processo, mas, ao contrário, estes devem ser pensados em função daqueles. O Estado em função do cidadão e não o contrário.¹⁰¹³

Com base nesta premissa, admite-se que as partes, de comum acordo, convenionem sobre o retorno do processo a fases ou à prática de atos que, a princípio, estão acobertados pela preclusão.¹⁰¹⁴ E não se diga que a celeridade processual será comprometida e, portanto, que tal poder não pode ser conferido às partes por prejudicar o regular andamento do processo e atrapalhar o idôneo funcionamento da Justiça. Em primeiro lugar, é de se convir que apenas em casos raros ambas as partes vão se unir para superar fases processuais já preclusas. Trata-se de situação excepcionalíssima, que, se ocorrer, certamente virá acompanhada de um motivo muito nobre a justificá-la. E, em segundo lugar, diante de direitos disponíveis, a celeridade processual não pode se sobrepor ao interesse das partes quanto à definição da conformação processual que melhor atende aos seus interesses. A tempestividade do processo justo em um Estado Democrático de Direito deve ser interpretada pela lente dos jurisdicionados e não pela lente do Estado.

¹⁰¹² SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 125-126.

¹⁰¹³ “Ergo, las preclusiones (...) serían un instrumento para que el Estado ‘libere’, lo más pronto posible, a sus órganos jurisdiccionales ‘del peso y de la responsabilidad del proceso’. No sé cuán válida pueda ser hoy esta razón ‘publicística’, cuando está más que asentado que son las partes las que tienen el derecho de obtener una respuesta (final) del juez en un ‘plazo razonable’, pero lo cierto es que así se sostuvo (y, como se ha visto, aún se sostiene). (DEHO, Eugênia Ariano. *Hacia un proceso civil flexible: crítica a las preclusiones rígidas del código procesal civil peruano de 1993*. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2013, p. 64.)

¹⁰¹⁴ CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXII, n. 3, junho/2008, p. 109.

2.10 Fundamentação das decisões

Um dos requisitos primordiais de validade das decisões que flexibilizam o procedimento é o dever de substancial fundamentação das razões de decidir. A fundamentação da decisão judicial tem por objetivo publicizar as razões de decidir, submeter o julgado a controle, além de demonstrar que o contraditório, visto como poder de influência, foi devidamente observado. Não à toa, o legislador constitucional regrou no art. 93, IX, da CF/88 que “todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.¹⁰¹⁵

Assim, as decisões que modificam os rumos do processo, afastando-o do procedimento legal ou mesmo adotando alguma das opções legislativas, devem motivar as razões para tanto, especialmente justificando as necessidades do caso concreto que levaram a tal postura.¹⁰¹⁶

Vale ressaltar, no particular, a grande preocupação que o legislador brasileiro teve com a fundamentação das decisões judiciais, expondo de maneira ampla no CPC espécies de decisões que, se proferidas, consideram-se não fundamentadas. Segundo o art. 489, §1º: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem

¹⁰¹⁵ Para uma abordagem analítica sobre o dever de motivação das decisões tanto em relação às partes como aos tribunais: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 314-330.

¹⁰¹⁶ “Atualmente, contudo, não se deve pretender limitar *a priori* o poder do juiz, mas sim *controlá-lo efetivamente*, sendo que isso não pode ser feito mediante uma previsão rigorosamente tipificada pelo legislador da conduta judicial, como se a lei pudesse dizer o que o juiz deve fazer para prestar a adequada tutela jurisdicional diante de todas as situações concretas. Se as situações de direito material são várias, deve-se procurar a justiça do caso concreto, o que repele as teses de que a lei poderia controlar o poder do juiz em toda e qualquer hipótese. Esse controle, atualmente, *somente pode ser obtido mediante a imposição de uma adequada justificativa racional das decisões* – como, aliás, adequadamente reconhece p art. 373, §1º.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. V.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 447.)

demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Todo o discurso já desenvolvido sobre a democratização do exercício do poder e a maior relevância da participação das partes no processo conduz a uma superior atenção ao dever de fundamentação judicial. Não se admite o exercício injustificado do poder, devendo os magistrados prestar contas não só às partes, mas a toda a sociedade sobre os seus atos comissivos e omissivos. Deixe-se para a história a motivação das decisões como mera necessidade de concatenação lógica das razões de decidir, para entendê-la a partir da necessidade de o juiz dar respostas convincentes às alegações das partes.¹⁰¹⁷⁻¹⁰¹⁸

Ademais, sem uma satisfatória fundamentação, dificultado seria o próprio controle do ato judicial, porque é a partir dos fundamentos articulados que se pode aferir a legitimidade da reconstrução jurídica realizada pelo magistrado e, portanto, decidir sobre a sua adequação.¹⁰¹⁹ “Sem ela a legitimidade do exercício do poder de execução ficaria comprometida e não seria possível concretizar o direito constitucional das partes participarem adequadamente do processo.”¹⁰²⁰

O tratamento da fundamentação das decisões judiciais como requisito para uma adequada conformação procedimental traz à tona todos os demais limites antes expostos. Com efeito, deve o juiz demonstrar a idônea adequação da modificação do procedimento às peculiaridades do caso (*flexibilização-adaptabilidade*), justificar as

¹⁰¹⁷ Oportuna a lucidez de Ovídio Baptista: “se os preceitos jurídicos podem conter – e na imensa maioria dos casos realmente o contêm – mais de uma alternativa legítima, então a eliminação do arbítrio judicial que pode ocorrer quando se nutre a fantasia de que a lei tenha uma ‘vontade’ constante), impõe a exigência de fundamentação adequada e coerente, que possa ‘convencer’ não apenas os técnicos, mas as partes e comunidade social, detentora do poder de que os magistrados são servidores. (...) Para superar esse comportamento *arbitrário*, é indispensável que os magistrados fundamentem adequadamente os atos jurisdicionais, explicitando os motivos reais que o levaram a decidir da maneira que lhes pareceu mais justa e conforme ao direito. A fundamentação terá de superar o tecnicismo no qual todo dogmático procura refúgio.” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 155.)

¹⁰¹⁸ Sobre a justificação interna e externa das decisões judiciais: “A justificação interna, presente na demonstração do encadeamento das premissas à conclusão, é insuficiente. É preciso agregar-lhe a justificação externa, mediante a demonstração de quais argumentos (históricos, genéticos, linguísticos, finalísticos, sistemáticos, consequencialistas) foram utilizados, e em que sentido e com que peso foram empregados. Somente assim é possível garantir racionalidade aos argumentos, bem como transparência na fundamentação” (ÁVILA, Humberto. “A doutrina e o Direito Tributário”, *Fundamentos do Direito Tributário*. ÁVILA, Humberto *et al.* (org.) São Paulo: Marcial Pons, p. 221-245, 2012, p. 230.)

¹⁰¹⁹ Sobre a importância da fundamentação a partir de uma concepção argumentativa do direito: MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 92.

¹⁰²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. “Controle do poder executivo do juiz.” *Revista de Processo*, vol. 127/2005, p. 54–74, Set/2005.

decisões interpretativas adotadas e eventuais preferências em relação às diretivas interpretativas trabalhadas, demonstrar a observância das três dimensões da proporcionalidade (adequação, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito), enfrentar amplamente os argumentos das partes etc. Enfim, uma das principais garantias processuais de um sistema avesso ao exercício arbitrário do poder.

2.11 Observância dos precedentes

Compreendida a característica essencialmente problemática e argumentativa do direito, que revela a existência de um caminho interpretativo a ser percorrido dos textos legislados às normas jurídicas, sobretudo em um ambiente no qual proliferam disposições normativas de textura aberta, torna-se premente a existência de instrumentos de fechamento semântico do sistema, por meio do qual o Estado informa à sociedade o conteúdo normativo em vigor.¹⁰²¹⁻¹⁰²² No Brasil, às Cortes de vértice do Poder Judiciário foi conferida tal tarefa, por meio da edição de precedentes a serem observados por toda a sociedade.¹⁰²³ Se a Constituição Federal de 1988 já não deixava margem a dúvidas, diante do papel que outorgou ao Judiciário no Estado brasileiro, o CPC vigente colocou uma pá de cal na discussão, ao prever, nos arts. 926 e 927, um sistema de precedentes vinculantes no direito nacional.

Ao se trabalhar com um sistema de flexibilização procedimental, a função dos precedentes ganha ainda mais força, porquanto constituirá importante instrumento para estabelecer diretrizes às possibilidades de modificação procedimental, especialmente para regular eventuais excessos cometidos.¹⁰²⁴ Um interessante exemplo

¹⁰²¹ “Na aplicação do direito, o precedente judicial exerce função importante de direcionamento da individualização da norma abstrata. (...) O precedente, nas normas abertas cujo conteúdo não é possível precisar antes da análise de um caso concreto, serve, mais do que de guia informativo; serve para transformar fatores metajurídicos em elementos jurídicos, já que o julgador tem que recorrer a princípios extra-sistemáticos para definir o sentido das normas de mínima tipicidade.” (ÁVILA, Humberto. “Subsunção e concreção na aplicação do direito.” In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 441.)

¹⁰²² Vide interessante observação sobre o direito inglês, referindo-se ao período que antecedeu à criação da Suprema Corte britânica: “A *House of Lords* (Suprema Corte na Inglaterra) não altera constantemente suas decisões porque o povo precisa ser capaz de saber qual é o direito vigente.” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 14).

¹⁰²³ MITIDIERO, Daniel. *Corte superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 79 e seg..

¹⁰²⁴ Apesar de criticar a técnica de utilização de cláusulas abertas, Humberto Theodoro acaba por revelar a importância dos precedentes para conferir segurança processual: “Se, com leis formuladas axiologicamente e traduzidas excessivamente em cláusulas gerais e normas vagas, caberá ao juiz de fato

pôde ser visto quando o Superior Tribunal de Justiça definiu a forma como deveria ser dinamizado o ônus probatório, exigindo que os juízes não o fixassem na sentença, mas sim em um momento em que fosse possível à parte se desincumbir daquele ônus que lhe foi conferido. Até então, inúmeros juízes dinamizavam o ônus probatório na sentença, especialmente nas relações de consumo, fazendo com que os fornecedores tivessem contra si sentenças prolatadas sem sequer ter tido a oportunidade de provar que aqueles fatos considerados no julgamento não correspondiam à verdade. Definida tal questão pelo STJ, a comunidade jurídica foi informada sobre a necessidade de dinamização do ônus probatório antes da sentença e, portanto, teve que observar as diretrizes do precedente como condição de validade do ato decisório.

Esse é apenas um exemplo de muitos que existem e que provavelmente serão editados diante de um sistema jurídico tendencialmente aberto à flexibilização procedimental. A necessidade de os juízes respeitarem os precedentes dos tribunais superiores constitui fundamental fator de segurança processual, porquanto é uma técnica que confere previsibilidade aos jurisdicionados, evitando o arbítrio judicial.

Ademais, ainda que não haja precedentes exatamente sobre a situação concreta analisada a balizar a postura judicial na definição do procedimento a ser seguido, o “método do grupo de casos”, desenvolvido especialmente na Alemanha, deve ser adotado como importante parâmetro de decisão.¹⁰²⁵ A existência de casos similares decididos pelos tribunais superiores em determinado sentido gera para os operadores do direito uma previsibilidade de que casos análogos devem seguir a mesma sorte.¹⁰²⁶ Segundo Menke, diante de tal situação, deve o juiz concentrar-se em fundamentar a sua decisão na comparação entre o caso sob análise e o grupo de casos sobre os quais já houve a aplicação do precedente, incluindo a nova situação fática naquele grupo. Tal postura, além de constituir um interessante método que confere segurança jurídica aos

definir o sentido e o alcance da lei, na verdade só se firmará o teor da norma legal depois que o julgador lhe atribuir o resultado que entender de lhe conferir.” (THEODORO Jr. Humberto. “A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica”. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 14, setembro 2006. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm. Acesso em: 30 out. 2016.)

¹⁰²⁵ DIDIER JR., Fredie. “Cláusulas Gerais Processuais.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 35, n. 187, p. 69-83, set./2010, p. 69-83.

¹⁰²⁶ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista da Ajuris*, n. 103, Porto Alegre: Ajuris, 2006, p. 91.

jurisdicionados diante da atividade interpretativa dos tribunais, prima pela coerência e unidade do direito, aplicando a mesma lógica normativa para situações semelhantes.¹⁰²⁷

2.12 Irretroatividade na superação de precedentes

Os operadores do direito no Brasil ainda veem com muita tranquilidade a aplicação retroativa dos precedentes judiciais, ainda que alterem entendimento que prevaleceu há anos, induzindo comportamentos e gerando confiança nos jurisdicionados. Esta perspectiva precisa ser repensada.

Tão importante quanto a necessidade de observância dos precedentes é o respeito aos atos jurídicos praticados em sua confiança. Mais precisamente, não se pode decretar a invalidade dos atos processuais praticados de acordo com a orientação dos tribunais superiores, em prejuízo aos jurisdicionados, ainda que tais cortes mudem seu entendimento posteriormente. A existência de precedentes dos tribunais superiores, que definem o sentido do ambiente normativo em vigor, confere aos operadores jurídicos a previsibilidade de como devem se comportar consoante o direito e, portanto, devem gerar a confiança de que não serão surpreendidos posteriormente com uma mudança de entendimento destes mesmos tribunais.¹⁰²⁸⁻¹⁰²⁹

Tais premissas revelam a relevância da técnica de modulação de efeitos, atualmente positivada no art. 927, 3º, do CPC,¹⁰³⁰ que tem por fim justamente garantir a preservação de atos jurídicos praticados com depósito de confiança no entendimento superado. Não há segurança jurídica no sistema em que o Poder Judiciário é o órgão constitucionalmente indicado para dar a última palavra sobre a interpretação do direito vigente, se os operadores do direito não têm a garantia de que poderão seguir

¹⁰²⁷ “A jurisprudência dos tribunais (...) consegue enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente ‘indeterminada’, concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado de modelos de resolução em que possam ser arrumados, na sua maioria, os novos casos a julgar.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 411).

¹⁰²⁸ “Atribuir valor a um precedente não significa excluir a possibilidade de eficácia retroativa à decisão que o revoga, mas ter em conta a relação entre o valor de ‘afirmação do direito’, contido na decisão revogadora, em face do valor da ‘confiança justificada’, depositado no precedente revogado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 261.)

¹⁰²⁹ Sobre a importância dos precedentes para a sociedade numa perspectiva da segurança jurídica na superação de entendimentos pacificados: “A sociedade como um todo os observa e os têm como um dos parâmetros para as suas atividades. Eles passam a gerar expectativas como *condutores das atividades* dos sujeitos de direito.” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2.ed.rev.ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 237.)

¹⁰³⁰ Art. 927, § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

precedentes sem o risco de suas condutas serem consideradas ilícitas posteriormente. Imaginar o contrário seria infirmar o próprio sistema de precedentes, fazendo o direito retornar ao estágio em que não se sabia ao certo como se comportar, pois a interpretação da lei pelos tribunais de cúpula poderia ser das mais diversas, a depender do Ministro indicado como relator do caso.

Vide, por exemplo, o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as partes podem colacionar as cópias do agravo de instrumento interposto por *fac-simile* apenas quando da juntada da petição original, não sendo necessária a juntada quando do envio do recurso eletronicamente. Imagine-se que o STJ supere este entendimento, passando a sufragar a necessidade de envio de todos os documentos já na primeira oportunidade, ou seja, quando da remessa do recurso por *fax*. Constituiria um atentado à segurança jurídica a aplicação deste entendimento retroativamente, inadmitindo-se todos os recursos antes interpostos em confiança ao entendimento até então vigente.

Trazendo essas ideias para as questões relativas à flexibilização procedimental, demonstrou-se que os precedentes dos tribunais superiores terão uma importância significativa na estipulação de limites judiciais à conformação do procedimento, em especial diante de normas jurídicas de textura aberta. Diante disto, a superação de entendimentos que orientaram os operadores do direito não pode, em respeito à segurança jurídica processual, prejudicar processos regularmente desenvolvidos em respeito ao entendimento revogado. Deve-se ter segurança ao flexibilizar, mas também segurança para flexibilizar, sem receios de que eventuais oscilações jurisprudenciais possam macular os atos jurídicos praticados de acordo com o direito então em vigor.

Com efeito, sempre que os precedentes judiciais ensejarem a prática de atos em confiança à sua normatividade, é de se ter muita cautela quando da eventual necessidade de sua superação. De suma importância, no particular, a utilização da técnica de modulação de efeitos, a fim de preservar os atos jurídicos praticados de acordo com o direito até então vigente.

É de se registrar, ainda, que se, atualmente, há no direito brasileiro uma regra expressa permitindo a modulação de efeitos na superação de precedentes (art. 927, 3º, do CPC), trata-se apenas de uma clara densificação do princípio constitucional da segurança jurídica, pelas razões antes expostas. Isto significa que, mesmo se não estivesse presente este texto normativo no ordenamento brasileiro, ainda assim seria

possível a modulação de efeitos na aplicação dos precedentes, como uma incidência direta dos preceitos constitucionais.¹⁰³¹ Tal observação ganha relevância diante de eventuais atos de flexibilização procedimental que sigam uma tendência jurisprudencial, ainda que não haja pacificação sobre o tema. Eventual edição de um precedente posterior contrário à solução adotada no caso concreto não deve conduzir imediatamente à conclusão de que o ato será anulado, devendo ser considerada a segurança jurídica decorrente da adoção de uma interpretação razoável que seguia a tendência jurisprudencial que foi posteriormente afastada. É de se ampliar, pois, as hipóteses de modulação de efeitos, não restringindo a sua aplicação aos casos de superação de precedentes.¹⁰³²

Por fim, é necessário amadurecer a ideia de que a modulação de efeitos não constitui atribuição exclusiva das Cortes de vértice. Os demais juízes, posteriormente à edição do precedente, não estão impedidos de proceder à modulação de efeitos à luz de peculiaridades do caso concreto apenas pela circunstância de que o tribunal de cúpula não tratou do assunto.¹⁰³³ Com efeito, é possível que, ainda que o tribunal superior não tenha modulado os efeitos do precedente, o juiz verifique que atos foram praticados em confiança no precedente revogado - ou mesmo adotando uma interpretação razoável do direito na falta de precedente - e deixe de aplicar o novo entendimento da Corte superior para preservar os atos até então praticados. Por evidente que tal proceder deve estar acompanhado de máximas cautelas quanto à proteção das garantias processuais dos jurisdicionados e do cumprimento dos fins do processo. Ademais, não se pode admitir a utilização desta técnica simplesmente para deixar de aplicar os precedentes aos casos em julgamento, mas apenas quando efetivamente ocorrer uma situação de confiança depositada a justificar a irretroatividade do novo entendimento adotado pelos tribunais superiores.

¹⁰³¹ No mesmo sentido: “A possibilidade de limitar os efeitos retroativos das decisões é inerente ao exercício do poder conferido aos Tribunais de superposição. É que se esses têm a função de dar sentido ao direito que regula a vida social, gerando, por consequência, expectativa de confiança, certamente também têm o dever de proteger a confiança justificada em seus atos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 265-266.). Assim também: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2.ed.rev.ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 239.

¹⁰³² Limite adotado pelo art. 927, 3º, do CPC.

¹⁰³³ A própria redação do art. 927, 3º, do CPC permite tal interpretação: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”

2.13 Respeito à autonomia privada

Por fim, à luz de tudo quanto já se fundamentou sobre os avanços do processo civil contemporâneo, é de se tecer algumas considerações de fechamento quanto aos limites da atividade judicial decorrentes da autonomia privada no processo civil. Foi possível perceber que, considerados os avanços do cientificismo processual, é chegada a hora de aplinar os seus excessos, retomando a conexão do direito processual com o direito material e a relevância da vontade das partes no processo. As partes têm uma participação fundamental na estruturação do processo justo, seja pelo direito de influência na prestação jurisdicional, seja pelo necessário respeito que o Estado deve ter ao exercício de liberdade dos cidadãos.

Essa maior relevância à vontade das partes contribui para o escopo social do processo, porquanto promove um ambiente mais favorável a soluções consensuais, eliminando os litígios e pacificando a sociedade. Segundo Cabral, “o marco da contratualização não se esgota no acordo ou contrato, mas representa sobretudo a tendência de favorecer vínculos cooperativos e fomentar a solução negociada para os conflitos sociais.”¹⁰³⁴ Corroborando, igualmente, o escopo político do processo, porquanto viabiliza uma maior participação dos cidadãos no exercício do poder.¹⁰³⁵ Estabelece, enfim, um maior equilíbrio entre os fins do processo, conferindo aos seus escopos sociais e políticos uma relevância compatível com o grau de evolução dos valores democráticos do Estado contemporâneo.

Se a fase metodológica do cientificismo teve razões para justificar o publicismo processual e a redução da autonomia privada no processo, tais motivos não se fazem mais presentes. Passados mais de cem anos, é hora de prestigiar o respeito à liberdade dos cidadãos e efetivamente pensar o processo civil em razão da pessoa e não apenas como um instrumento a serviço dos interesses estatais. Deve haver, pois, um reequilíbrio entre os interesses públicos e privados no processo, de maneira que os seus escopos públicos não eliminem por completo os interesses privados em nome dos quais a própria prestação jurisdicional é exercida.

Nesse contexto é que se insere mais este elemento que compõe os critérios para flexibilização procedimental, impondo ao juiz o respeito às convenções processuais eventualmente celebradas pelas partes com o objetivo de adaptar o processo aos seus interesses privados, ou seja, definirem, em alguma medida, a melhor forma de os seus

¹⁰³⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 169.

¹⁰³⁵ *Ibidem*, p. 169.

direitos serem tutelados judicialmente. Estabelecida esta premissa, cabe à doutrina e à jurisprudência definir os limites de tais convenções, considerando a natureza pública da relação jurídica processual.

Segundo Caponi, muitos sistemas processuais europeus tendem a articular a disciplina do procedimento ordinário de cognição por meio da multiplicidade de formas de tratamento da causa, diante da análise do valor envolvido, da matéria ou, em geral, da complexidade da controvérsia deduzida em juízo. É o que ocorre com o novo processo civil inglês, com a escolha entre *small claim track*, *fast track* e *multi track*; com o processo civil francês, por meio *circuit court*, *circuit moyen* e *circuit long*, no processo civil alemão pela escolha de iniciar o procedimento por meio de uma audiência ou por um procedimento escrito. E conclui dizendo que tais modelos possibilitam adaptações por ato do juiz em colaboração com as partes, mas deveria ser possível um acordo entre as partes sobre tais temas que vinculasse o juiz.¹⁰³⁶

O respeito à autonomia privada, contudo, não se limita à possibilidade de as partes realizarem negócios processuais e exigirem o seu cumprimento pela autoridade judicial, mas também lhes confere maiores poderes limitadores à atividade judicial. É preciso ter presente que tal dever de respeito à autonomia privada decorre dos próprios pressupostos sociais e jurídicos que sustentam a segurança processual no Estado contemporâneo. E se isso é verdade, a autoridade judicial deve ter consciência de que precisa exercer um papel ativo para a prolação de uma decisão justa, mas fazê-lo de “mãos dadas” com o jurisdicionado, cujos interesses serão objeto de definição. Esta premissa é suficiente para conferir verdadeiro direito bloqueador às partes em relação a posturas judiciais que entenderem inadequadas ou inconvenientes e, ao mesmo tempo, dever do magistrado de respeitar as opções livremente adotadas pelos litigantes.¹⁰³⁷

Os negócios processuais são atos das partes que, em regra, independem da participação judicial. Salvo nas hipóteses em que a lei expressamente determina a homologação, a exemplo da desistência da ação, ou que exige a integração do juiz na sua formulação, como ocorre com a elaboração do calendário processual, está à disposição das partes a elaboração dos negócios processuais, devendo o juiz observá-los e dá-lhes fiel cumprimento. Não há novidade nesta conclusão, pois os negócios

¹⁰³⁶ CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXII, n. 3, junho/2008, p. 109-110.

¹⁰³⁷ Gajardoni, referindo-se ao direito português, considera a necessidade de as partes concordarem com as medidas de flexibilização procedimental uma drástica limitação ao poder judicial: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “O princípio da adequação formal do direito processual civil português.” *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 1/2012, nº 11, p. 6.665-6.685, p. 6.673.

processuais típicos que há muito estão previstos no direito positivo não exigem a homologação judicial. A convenção sobre o foro competente, por exemplo, é elaborada exclusivamente pelas partes em contratos privados muito antes de se aventar qualquer possibilidade de litígio. Sobre o tema, salvo a investigação sobre a validade do ato, não pode o juiz interferir, devendo se submeter à escolha das partes e processar o feito no local em que livremente definiram. O mesmo se dá em relação à convenção de arbitragem, em que a cláusula compromissória é formulada pelos sujeitos da relação material, não sendo possível ao juiz interferir na conveniência da sua celebração.

Assim, não há razão para um tratamento diverso em relação aos negócios atípicos. Se a premissa adotada é a de que o poder jurisdicional deve ser exercido em função da pessoa, conferindo-se relevância à liberdade das partes na definição da melhor forma como o Estado deve conferir tutela aos seus direitos, deve o juiz respeitar a liberdade exercida, dando fiel cumprimento aos negócios validamente celebrados. O que pode ser objeto de análise judicial, conforme já exposto, é a validade do ato praticado, ou seja, se foi objeto de livre manifestação da vontade das partes, se foi fruto de colusão ou simulação, se não respeitou a forma exigida em lei etc. Fora do controle de validade, eventual ingerência judicial nas convenções celebradas constitui afronta ao princípio da liberdade negocial que deve reger o processo civil do Estado constitucional, postura, portanto, em total dissonância aos ideais contemporâneos.

Conforme amplamente fundamentado, a mudança das circunstâncias sociais e jurídicas por que passou o Brasil nos últimos anos proporcionou a necessidade de um diverso olhar sobre o significado da segurança jurídica processual, especialmente se considerada sob o ponto de vista da conformação procedimental. Se houve um tempo em que a segurança que se esperava do processo era obtida mediante a rigidez do procedimento a fim de se evitar o arbítrio judicial e a procrastinação das partes, atualmente não se pode conceber o processo sem a sua aptidão de adaptar-se às peculiaridades dos casos apresentados ao Judiciário e sem considerar as necessidades e aspirações daqueles para quem a jurisdição é exercida: o jurisdicionado.

Segurança processual, portanto, será obtida por meio de um processo que seja apto a alcançar os resultados esperados pelo direito material (segurança-realização), mediante um procedimento que seja adequado às peculiaridades do caso em julgamento, equilibrando as posições do autor e do réu em todo o seu curso, e que respeite a participação e a liberdade dos jurisdicionados. O ambiente da tutela jurisdicional deve

proporcionar, assim, o sentimento de confiança dos cidadãos de que o exercício do poder estatal não será exercido sem uma efetiva participação das partes, bem como os seus interesses sobre a melhor forma de solução do litígio serão devidamente considerados e respeitados.

Se a liberdade é um dos mais relevantes direitos fundamentais do Estado constitucional, deve ser prestigiada em larga medida também no processo, de maneira que os demais direitos fundamentais processuais com ela convivam harmonicamente. Por tal razão, uma concepção moderna do processo civil deve levar em consideração a autonomia das partes, prevendo espaços de exercício da liberdade, de maneira que a função jurisdicional não seja exercida apenas para alcançar objetivos estatais, mas, sobretudo, tenha como uma das principais finalidades a solução dos conflitos em consonância com o interesse dos jurisdicionados. Por tais razões, é necessário ligar as ideias de segurança e liberdade no processo. O processo civil do Estado constitucional será um ambiente seguro para os jurisdicionados se confirmada a expectativa de que a tutela dos direitos será efetivada com a mais ampla participação e respeito à liberdade dos cidadãos.

CONCLUSÕES:

Após a ampla análise do instigante tema da flexibilização procedimental, passando pela história, revisão da bibliografia brasileira, investigação de ordenamentos estrangeiros, estudo da noção de segurança jurídica processual e das técnicas e dos limites judiciais à flexibilização, cumpre submeter, de maneira resumida, as conclusões gerais e específicas alcançadas.

Conclusões Gerais:

A) Os avanços sociais e jurídicos experimentados no percurso para o século XXI demonstraram a ocorrência de um verdadeiro redimensionamento da noção de segurança jurídica processual. Se, por longos anos, a segurança estava na rigidez procedimental e numa larga supremacia do juiz na condução do processo, atualmente o processo civil deve ser compreendido sob as premissas de que o procedimento deve ser o mais aderente possível à relação substancial deduzida em juízo e que as partes devem ter um papel relevante na marcha processual, sobretudo um papel limitador de eventuais excessos judiciais, sem renúncia aos avanços experimentados com o publicismo.

B) Não obstante a relevância das abordagens pontuais sobre a segurança jurídica processual, é necessária uma investigação mais ampla, que considere o fenômeno processual como um todo. É o que se denominou de *abordagem holística da segurança processual*. O tratamento da segurança no processo não pode limitar-se à análise da sua estrutura interna, mas também dedicar-se aos fins que o processo visa a alcançar. Um processo seguro não é apenas aquele que garante o contraditório, a ampla defesa, a fundamentação das decisões judiciais, a publicidade etc., mas também o que proporcione segurança de que os seus objetivos serão alcançados tempestiva e efetivamente, que o direito material logrará uma tutela idônea, transformando as promessas legislativas em realidade concreta na vida das pessoas.

C) Um procedimento inapto a tutelar adequadamente os casos concretos, densificando de maneira inidônea as garantias constitucionais, gera insegurança jurídica, seja por não cumprir o seu papel no ordenamento jurídico de garantir a atualibilidade dos direitos, seja por não assegurar aos jurisdicionados os instrumentos de defesa em juízo. Por isto, deve-se buscar uma estrutura processual apta a conferir, a um só tempo, o equilíbrio necessário entre *segurança pelo processo* e *segurança no processo*, proporcionando uma aproximação entre forma e substância, o que ensejará

respostas satisfatórias quanto aos seus fins, sem prejuízo das garantias processuais dos jurisdicionados. Um processo conformado de maneira despreocupada com os fins a que visa alcançar, prestigiando demasiadamente o cumprimento de etapas procedimentais rígidas ou mesmo conferindo um grande acento na condução do processo pelas partes – para que possam exercer ilimitadamente os seus direitos postulatórios – não condiz com um modelo processual seguro no Estado constitucional. A segurança processual é a força que conduz à harmonia entre os fins e os meios.

D) A aderência do procedimento às particularidades dos casos concretos, variadas vezes, não pode ser concebida em abstrato pelo legislador, dependendo da análise específica da demanda ajuizada, o que justifica um procedimento adaptável em concreto pelo juiz ou pelas partes. A excessiva rigidez, mesmo dos procedimentos adaptados abstratamente pelo legislador, ao contrário do que já representou, constitui fator de insegurança, porquanto pode ensejar um caminho ritual inapto a dar as respostas processuais que as mais distintas relações materiais exigem. Daí a necessidade de avançar para um procedimento mais dúctil, ao encontro do ideal de segurança jurídica processual. Rompe-se, portanto, com o modelo de rigidez e tipicidade processual que caracterizou, em grande parte, o processo civil dos noventa e cinco.

E) A possibilidade de flexibilização procedimental constitui, portanto, importante fator de segurança, ao contrário do que se podia imaginar em épocas passadas. O rigor do formalismo deve ser amainado em razão das vicissitudes da vida e da sua inesgotável riqueza, sendo a aplicação do direito uma empresa de acomodação do geral ao particular, a exigir incessante labor de adaptação e criação. Assim, se, do ponto de vista objetivo, interessa à segurança processual um procedimento adaptável, sob o aspecto subjetivo, tais modificações rituais serão realizadas tanto pelo juiz, quanto pelas partes. Ao órgão judicial caberá não só garantir ampla participação das partes na definição dos melhores rumos do procedimento, mas também respeitar os ajustes acordados entre elas sobre a melhor forma de tutela os seus direitos.

F) A proposta formulada, sem afastar-se dos ganhos das fases anteriores, desloca o acento da flexibilização da figura do juiz para as partes, não com o intento de reduzir a relevância de um magistrado ativo na atividade de adaptar o procedimento, mas com o intuito de conferir maior importância à autonomia privada, seja para limitar os poderes dos juízes, seja para impor o respeito às convenções legitimamente celebradas pelos litigantes.

Conclusões específicas:

G) A análise da história possibilitou duas importantes conclusões. Em primeiro lugar, que o formalismo processual, analisado sob o enfoque da segurança jurídica, cumpre dois objetivos principais: (a) organizar o procedimento para que possa bem cumprir os seus objetivos e (b) conferir proteção aos jurisdicionados contra eventuais arbítrios estatais. Em segundo lugar, que tais finalidades foram alcançadas especialmente por três caminhos distintos ao longo da história: (a) por meio da rigidez procedimental (desde o processo comum); (b) mediante o empoderamento das partes na condução do procedimento (no processo liberal) e (c) pelo incremento dos poderes do juiz (na fase cientificista).

H) A revisão bibliográfica da doutrina brasileira permitiu identificar três fases evolutivas do fenômeno da flexibilização procedimental: *a primeira fase* postulava a flexibilização legal do procedimento, devendo o legislador possibilitar modificações rituais a depender das peculiaridades dos casos concretos; *a segunda fase*, sem negar os ganhos da primeira fase, visualizou a necessidade de o juiz tomar as rédeas do processo e, sempre que necessário, adaptar o procedimento às necessidades de tutela apresentadas. Confiaram ao juiz a tarefa de adaptar o procedimento, dedicando pouca ou nenhuma atenção à participação das partes nesta empresa, exigindo em regra apenas o contraditório como fator legitimante para a flexibilização; *a terceira fase*, sem afastar-se dos ganhos das fases anteriores, confere maior relevância às partes na atividade de flexibilização, limitando os poderes dos juízes e prestigiando as convenções legitimamente celebradas pelos litigantes.

I) O direito processual francês, inglês e português caminham a passos largos no sentido da flexibilização procedimental, visando, sobretudo, maior eficiência e celeridade do processo judicial. Verificou-se que tais ordenamentos outorgam substanciais poderes judiciais, afastando significativamente as partes do processo. Há uma preocupação muito grande de resolver o problema da morosidade da Justiça, estruturando-se o processo com um acentuado viés publicista, limitando-se os espaços de autonomia privada ou mesmo a participação efetiva das partes nas decisões sobre o procedimento a ser seguido.

J) *Clareza normativa e previsibilidade* são os dois conceitos-chave para que o processo civil seja um ambiente seguro à idônea tutela dos direitos. Trata-se de

construção que nos permite olhar tanto para a segurança do direito processual quanto para a segurança da estrutura do processo.

K) Analisou-se a segurança jurídica com atenção à sua *estrutura* e à sua *substância*. Quanto à estrutura, a segurança processual divide-se em *segurança pelo processo* e *segurança no processo*:

i. A *segurança pelo processo* garante aos jurisdicionados a tutela aos direitos tanto em uma perspectiva geral, incrementando o nível de cognoscibilidade do Direito mediante a formação de precedentes judiciais (*segurança-cognoscibilidade*), quanto numa dimensão individual, garantindo a atuabilidade dos direitos por meio de instrumentos adequados à prevenção, remoção ou reparação de ilícitos e de danos (*segurança-realização*).

ii. A *segurança no processo* orienta para que o processo em si seja um ambiente que confira segurança àqueles que o utilizam ou possam vir a utilizá-lo, no sentido de que todas as garantias constitucionais serão preservadas a viabilizar que as partes exerçam amplamente a defesa dos seus direitos em juízo.

L) Quanto à substância, verificou-se da análise dos pressupostos sociais e jurídicos do Estado constitucional que a possibilidade de flexibilização procedimental constitui importante fator de segurança no processo civil moderno.

i. A relação entre sociedade e Estado evoluiu bastante, não sendo mais aceitável a diminuição do cidadão frente ao exercício do poder. Cada vez é maior a consciência dos valores democráticos e, portanto, a exigência de respeito à participação popular na definição dos rumos estatais e à liberdade do cidadão.

ii. O Poder Judiciário brasileiro experimentou significativa evolução, contando atualmente com autonomia financeiro-administrativa, garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, bem como foi instituído o Conselho Nacional de Justiça para aumentar a fiscalização sobre sua atuação. Ademais, há um amplo sistema recursal na Justiça brasileira, podendo ser arrostadas praticamente todas as decisões prolatadas. Proliferam-se

instrumentos de independência e controle no Judiciário brasileiro, o que contribui para uma maior confiança dos cidadãos na atividade dos juízes.

iii. A eficácia direta e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais proporcionaram um significativo impacto no formalismo processual, conferindo um sistema que não está aprisionado nos limites das disposições legais e estabelecendo parâmetros de atuação dos juízes na tarefa de densificação dos preceitos constitucionais. Todo o estudo do processo civil deve ser feito com atenção a esta realidade, de maneira que as disposições normativas sobre o procedimento não sejam um óbice à concreção dos superiores mandamentos constitucionais.

iv. Sobre a relação entre direito material e processo, verificou-se que houve um reencontro teleológico entre direito material e direito processual, consolidando a necessidade de ambos caminharem lado a lado. Para que o processo cumpra com eficiência as suas finalidades e constitua um idôneo instrumento de acesso substancial à justiça, há de se adaptar às peculiaridades da relação material. Diante da absoluta incapacidade do legislador em prever todas as situações materiais que demandarão um tratamento processual diferenciado, estabelecendo, prévia e abstratamente, um rito apropriado à tutela dos direitos, foram necessários novos estudos sobre o formalismo processual para dar respostas a tais contingências.

v. Percebeu-se a modificação da relação entre juiz e partes no processo civil, sendo imperioso resgatar a maior participação das partes no processo e o respeito ao exercício da liberdade, sem prejuízo das garantias publicistas que foram alcançadas com o cientificismo processual. Trata-se do resgate de conquistas que, apesar de terem se perdido no curso da história, devem ser retomadas ao encontro de um processo verdadeiramente democrático.

vi. O escopo social do processo, de colocar fim aos litígios e proporcionar a pacificação social, é um dos fins mais aderentes ao valor da dignidade da pessoa humana. A paz social é o próprio fim do Direito, devendo o processo caminhar rumo à sua promoção. Um Estado forte e eficiente na tutela dos direitos é muito importante, mas não pode se sobrepor à pessoa, ao exercício das suas liberdades.

vii. A natureza pública do processo deve ser considerada como garantia de que os seus objetivos serão alcançados com o máximo respeito aos direitos processuais dos cidadãos. Uma garantia, em primeiro lugar, do cidadão frente ao Estado e, em segundo lugar, de tutela da ordem jurídica. Significa dizer, portanto, que a natureza pública do direito processual deve ser vista como verdadeira barreira contra arbitrariedades, em prestígio às garantias dos jurisdicionados, mas não como um tributo à rigidez do procedimento ou à redução do espaço de liberdade das partes no processo.

viii. A concepção atual do direito fundamental à tempestividade processual exige que o processo observe rigorosamente o seu *tempo fisiológico*, eliminando-se eventual *tempo patológico*, e minimize, na maior medida possível, os efeitos dos *danos marginais*. Para cumprir tal desiderato, é indispensável que sejam forjadas soluções que possibilitem a análise específica das relações materiais levadas a juízo, dinamizando-se o procedimento para que só remanesça a fisiologia virtuosa do processo, eliminando tempos mortos e fases desnecessárias e, ainda, que o ônus desse tempo seja distribuído com justiça entre as partes.

ix. Se a norma é fruto da interpretação e se o percurso da fonte à norma é repleto de opções semânticas, teleológicas, sistemáticas, históricas do intérprete, só haverá a legitimação democrática do exercício do poder mediante efetiva participação dos cidadãos na definição das normas jurídicas. Tal participação se dará por meio de um formalismo processual que garanta o contraditório forte, com real poder de influência das partes nas decisões judiciais, e um amplo dever de fundamentação judicial. Não se admite produção normativa sem a adequada explicitação das razões que levaram às opções interpretativas adotadas.

x. Os problemas gerados pela indefinição do direito no Brasil fizeram com que houvesse um amadurecimento da necessidade de o processo civil ser dotado de técnicas de uniformização de entendimento sobre as normas jurídicas que regem a sociedade, evitando-se a aleatoriedade da prestação jurisdicional, que tanto mal faz à segurança jurídica e à isonomia. Por consequência, o risco da tendência de se utilizar disposições normativas de textura aberta, oportunizando maior liberdade interpretativa e, por consequência,

dinamicidade ao direito, é significativamente minorado pela adequada utilização de um sistema de precedentes judiciais, orientando as decisões e, portanto, controlando os poderes que são confiados aos magistrados.

M) Diante dos referidos elementos estruturais e substanciais, foi possível traçar a configuração do formalismo processual concatenado com o ambiente cultural moderno, que proporcione segurança jurídica aos jurisdicionados. Conclui-se que a possibilidade de flexibilização procedimental constitui, portanto, importante fator de segurança. A partir de então, começaram a ser trabalhadas as técnicas de flexibilização procedimental.

Técnicas de flexibilização procedimental:

N) *Dos procedimentos especiais ao procedimento adaptável.* Em prol de um sistema processual mais simples e, por consequência, mais acessível, é necessário evoluir para um procedimento comum adaptável ao invés de reger inúmeros procedimentos especiais. Devem remanescer os procedimentos especiais como exceção, para aqueles poucos casos em que efetivamente inúmeras adaptações são necessárias e já podem ser antevistas pelo legislador.

O) *Da flexibilização judicial à flexibilização convencional.* O modelo de flexibilização procedimental adotado no Brasil, por meio do filtro democrático do parlamento, transferiu o seu principal ator da figura do juiz para as partes do processo. Subtraiu-se a cláusula geral que empoderava o juiz na tarefa de adaptar o procedimento e conferiu-se às partes, atipicamente, o poder de construir o procedimento que melhor atenda às exigências do caso concreto.

P) *Excepcionalidade da flexibilização judicial atípica.* A flexibilização procedimental atípica, por meio do afastamento do rito previsto em lei, toca no delicado problema da superação de regras legais, que não pode ser realizada de maneira aleatória e sem critérios bem definidos, sob pena de transformar o direito processual em uma mera referência, tornando-se facultativa a sua observância.

Q) O procedimento legal deve, em regra, ser observado, exercendo uma espécie de “eficácia de trincheira”, que só pode ser afastada pelo juiz por razões devidamente fundamentadas (art. 11, CPC), desincumbindo-se dos seus deveres de colaboração (art. 6º, CPC), sem supresa ou distinções injustificadas às partes (art.s 9º e

10, CPC) e com respeito à autonomia privada (art. 190). Atendidos tais parâmetros mínimos de atuação, estar-se-á respeitando o modelo de segurança processual do Estado constitucional: um procedimento previsto em lei, mas flexível, porquanto suscetível a alterações necessárias à idônea tutela dos direitos.

R) Rotas procedimentais alternativas estabelecidas em lei. Uma forma de o legislador flexibilizar o procedimento, conferindo espaços de adaptação para o juiz, é por meio da previsão de distintas rotas procedimentais a depender das circunstâncias do caso submetido à análise judicial. Utilizando tal técnica, o legislador previu:

i. Quanto à extensão do procedimento, rotas curta, média e longa. Confere-se relevância à maneira como os fatos serão provados; à plausibilidade da situação jurídica do autor; à possibilidade de uma solução autocompositiva; à necessidade de audiências etc. para definir o desenho do procedimento adequado à tutela da situação específica.

ii. Possibilidade de cisão da demanda. Possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito, quando um ou mais pedidos formulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento.

iii. Dilatação de prazos. Atribuição de poderes ao juiz para adaptar os prazos à realidade dos casos apreciados, de maneira que as partes possam exercer adequadamente seus direitos em juízo.

iv. Modificação da ordem de produção probatória. Possibilidade de alteração da ordem de produção probatória a depender da natureza e da relevância dos fatos a serem provados.

v. Dinamização do ônus da prova. Poderes judiciais de alteração dos ônus probatórios estabelecidos em lei, quando a prova dos fatos constitutivos do direito alegado for impossível ou excessivamente difícil para o Autor, ou o seja os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos para o réu.

vi. Antecipação da tutela. Possibilidade de o juiz distribuir isonomicamente o ônus do tempo do processo, em razão da urgência ou da evidência do direito postulado.

S) Rotas procedimentais pela utilização de disposições normativas de textura aberta. A flexibilização procedimental pode ocorrer também por meio da

utilização de textos legais com textura aberta, possibilitando que o juiz e as partes desenhem o procedimento adequado para o caso concreto. Contudo, verificou-se que o legislador brasileiro preocupa-se em disciplinar minudentemente o procedimento, sendo ainda raros os casos em que se confere uma abertura significativa à criatividade judicial. Como visto, a técnica de rotas alternativas ainda é amplamente preferida pela legislação brasileira, tendo havido contundente reação da comunidade jurídica quando se tentou conferir uma cláusula geral de abertura procedimental à adaptabilidade judicial.

T) Circuitos procedimentais obrigatórios. Além das hipóteses de *flexibilização no procedimento*, é possível haver a *flexibilização de procedimento*. Diferentemente das rotas procedimentais antes detalhadas, aqui há a definição de procedimentos completos pelo legislador, que serão franqueados aos operadores do direito.

U) É de se amadurecer a possibilidade de o juiz, em colaboração com as partes, submeter os casos de menor complexidade, independentemente do valor da causa, ao rito dos Juizados, para que tenham um tratamento mais simples e célere. Seria reservado o amplo procedimento comum previsto no CPC aos litígios complexos (*complex litigation*), conferindo inclusive melhores condições de trabalho aos juízes, até mesmo para adaptar os procedimentos às peculiaridades destas demandas mais sofisticadas, diante da redução de casos submetidos à sua jurisdição.

V) Circuitos procedimentais facultativos. Propõe-se facultar aos litigantes, por convenção processual, submeter as suas demandas de valor que supere o teto dos Juizados ao seu rito simplificado. Inverte-se a lógica atualmente vigente, que possibilita a escolha entre o rito sumaríssimo ou comum, nas demandas de até 40 salários mínimos.

W) Flexibilização convencional. A análise das convenções processuais é relevante em um estudo sobre os poderes judiciais, pois, ao estabelecerem regras sobre o procedimento distintas daquelas previstas em lei, inevitavelmente as partes limitam e condicionam a atividade judicial. Trata-se, portanto, de claras balizas que os jurisdicionados estabelecem para o exercício do poder, impedindo que os juízes sigam o rito previsto legislativamente ou mesmo flexibilizem tal procedimento de maneira diversa daquela convencionalizada pelas partes.

X) Flexibilização convencional típica. A previsão legal de convenções processuais típicas no processo civil brasileiro não é novidade, sendo possível que as

partes estabeleçam consensualmente distintos aspectos do procedimento, cabendo ao Judiciário respeitar tais definições.

i. *Convenção de arbitragem.* Significativa abertura para a autonomia privada no processo civil, confere às partes a possibilidade de renunciar ao direito fundamental de acesso à justiça, um dos mais importantes direitos fundamentais processuais. O STF, reconhecendo a circunstância da disponibilidade e patrimonialidade dos bens jurídicos protegidos, ratificou a constitucionalidade da renúncia ao referido direito fundamental.

ii. *Suspensão convencional do processo.* Apesar de adequada a definição legislativa de conferir às partes o poder de suspender o curso do processo, a lei brasileira peca ao estipular uma limitação à autonomia das partes na escolha do melhor caminho para a solução do litígio quando estabelece um prazo para a suspensão do processo, ainda mais um prazo tão curto (6 meses).

iii. *Foro de eleição.* Na hipótese de ambas as partes manifestarem interesse na alteração do foro competente, deve ser possível que, por meio de convenção processual, antes de prolatada sentença, postulem o deslocamento do feito para um foro onde possam ter um melhor acesso à justiça.

iv. *Convenção sobre os ônus da prova.* Apesar de a convenção sobre os ônus probatórios não interferir nos poderes instrutórios do juiz, não pode o magistrado desconsiderar o negócio processual celebrado, salvo evidente má-fé de alguma das partes ao se negar a produzir uma prova plenamente acessível.

v. *Redução e ampliação de prazos peremptórios.* É possível que o juiz, com a concordância das partes, reduza prazos peremptórios, em observância ao direito fundamental a um processo sem dilações indevidas. Além do juiz, podem as partes, diante de justificadas razões concretas e desde que o façam com temperança - de maneira a não causar embaraços ao regular transcurso do feito nem ônus irrazoáveis ao Judiciário - ampliar prazos peremptórios para salvaguardar o direito de defesa em juízo.

vi. Eleição consensual de perito. Podem as partes escolher consensualmente o *expert* que realizará a prova pericial do caso, dispensando-se a designação de um perito oficial. Sendo necessária segunda perícia e tendo sido a primeira realizada por perito consensual, deve o juiz consultar as partes sobre a conveniência de indicarem um novo perito, também por convenção, antes de nomear um perito oficial para a tarefa.

vii. Confissão. Os fatos confessados serão presumidos verdadeiros, “não dependendo de prova”. Isto significa que estão as partes desobrigadas à prova de tais fatos, atraindo para o juiz um elevado ônus argumentativo para desconsiderar a eficácia de tal ato.

Y) Convenções processuais atípicas. O legislador conferiu ampla abertura à flexibilização procedimental por ato das partes, viabilizando que o processo seja conformado da maneira que melhor atenda aos interesses dos litigantes.

i. Vigê atualmente no processo civil brasileiro o *princípio da liberdade negocial*, tendo como corolário o *princípio do respeito ao autoregramento da vontade no processo*.

ii. Se, por um lado, todo negócio processual, em alguma medida, interfere e condiciona os poderes judiciais, nem todo negócio alcança aquele núcleo mais sensível da prestação jurisdicional, consistente na investigação dos fatos relevantes da causa e de aplicação do direito estatal. Tal distinção é relevante, sobretudo quando a demanda tem por objeto direitos indisponíveis, pois, nestes casos, não se podem admitir convenções processuais que limitem a ampla apreciação fático-jurídica pela autoridade judicial.

iii. Da mesma forma que os negócios jurídicos sobre o direito material devem apresentar sujeitos capazes, forma prescrita ou não vedada em lei e objeto lícito, os negócios processuais demandam semelhante construção.

iv. A indisponibilidade do bem jurídico objeto da demanda apresenta-se como importante fator de calibragem para a vedação a convenções processuais que sejam potencialmente prejudiciais ao direito

material em disputa. Quanto maior for a extensão do objeto indisponível da demanda, maiores devem ser os poderes judiciais de zelo para que a tutela do bem jurídico não sofra qualquer prejuízo. Por outro lado, quanto maior o âmbito de disponibilidade do objeto litigioso, maior deve ser o respeito às opções procedimentais eleitas pelas partes.

v. A indisponibilidade do objeto litigioso impede a celebração de convenção processual que reduza as garantias processuais de tutela conferidas pelo legislador.

vi. Não se admitem convenções processuais que eliminem o núcleo mínimo de direitos fundamentais inalienáveis, a exemplo dos direitos ao contraditório, à isonomia, à fundamentação das decisões judiciais. Outros direitos fundamentais, porém, são passíveis de disposição pelas partes, a exemplo da renúncia ao direito fundamental ao acesso à justiça (convenção de arbitragem), à publicidade do processo (convenção para segredo de justiça), à duração razoável do processo (convenção sobre a suspensão do processo) etc.

vii. É vedado, por meio de convenção processual, atribuir ônus excessivos ao Poder Judiciário, como, por exemplo, criar competências não previstas em lei, postular o dispêndio de recursos materiais ou humanos que extrapolem limites razoáveis do serviço público oferecido pelo Estado aos cidadãos.

viii. Exige-se capacidade processual para a celebração de convenções processuais. Não se exige, como regra, capacidade postulatória.

ix. Não se admite celebração de convenção processual que possa causar prejuízos a terceiros.

x. Caso haja previsão legal específica para a confecção de determinado negócio processual, devem as partes observá-la. Do contrário, vige o princípio da liberdade das formas, previsto no art. 188 do CPC, que prevê que os atos processuais independem de forma determinada.

Limites judiciais à flexibilização:

Z) A previsibilidade do procedimento e a clareza normativa devem ser preservadas como elementos fundamentais da segurança jurídica, o que importa estabelecer limites judiciais para a flexibilização procedimental:

i. *Respeito às garantias constitucionais.* A abertura do processo à flexibilização do procedimento não exige o Estado do respeito aos demais parâmetros constitucionais, consistindo, na verdade, um imperativo do devido processo.

ii. Os direitos fundamentais exercem uma pressão muito mais ampla nos juízes do que nas partes, especialmente pela circunstância de que constituem garantias fundamentais contra o exercício arbitrário do poder. Aos jurisdicionados, aplica-se o núcleo mínimo de garantias constitucionais, havendo, porém, um maior espaço de conformação, decorrente da possibilidade de renúncia a direitos fundamentais.

iii. É possível distinguir duas espécies de modificações do procedimento a depender da sua finalidade: a) aquela que é efetivada para adaptar o procedimento às peculiaridades do caso concreto submetido ao Judiciário, que se pode designar *flexibilização-adaptabilidade*; b) e a alteração procedimental que pode ser feita por conveniência das partes, a fim de que o processo atenda de maneira mais ampla aos interesses dos litigantes, que se pode chamar de *flexibilização-conveniência*.

iv. A *flexibilização-adaptabilidade* será, em regra, obrigatória, pois o processo não cumprirá adequadamente as suas finalidades se não for apto a dar as respostas necessárias que os casos concretos necessitam.

v. A *flexibilização-conveniência* será sempre facultativa e de exclusiva utilização pelas partes, a fim de estabelecerem regras processuais que tornará o processo mais aderente às suas necessidades e expectativas.

vi. Há institutos processuais que são plenamente *tangíveis* pelas partes e/ou pelo juiz (*flexibilização-adaptabilidade*); outros que são *relativamente intangíveis*, porquanto apenas as partes, ou o juiz com a concordância das partes, podem sobre eles dispor (respeitados os demais

requisitos expostos) (*flexibilização-conveniência*) e, por fim, outros que são *absolutamente intangíveis*, pois não estão à disposição nem dos juízes nem das partes, situando-se fora da possibilidade de flexibilização.

vii. *Flexibilização atípica e superação de regras.* A excepcionalidade da flexibilização judicial atípica deve ser trabalhada com o manancial teórico da superação de regras. É de se considerar que as regras são elaboradas para alcançar aquilo que normalmente acontece, portanto com aptidão de disciplinar com justiça os fatos ordinários do cotidiano. Entretanto, a necessidade de estabelecer tais generalizações acaba por incluir situações que o legislador não pretendia alcançar ou deixar de disciplinar casos que mereciam idêntica solução. Inevitavelmente, pois, a legislação traz consigo hipóteses de sub-inclusão (*under-inclusive*) e super-inclusão (*over-inclusive*). Assim, *casos excepcionais* ocorrem que recomendam a modificação do esquema legal previamente estabelecido. Surgida alguma situação inusitada, não contemplada ou albergada pela finalidade normativa, é de se estender a aplicação da lei ao caso não previsto ou de suprimir-se a sua aplicação (*defeseability*).

viii. Não se pode aceitar que decisões judiciais superem regras e estipulem regras procedimentais distintas daquelas previstas pelo legislador de maneira casuística, sem a aptidão de tornar a exceção universalizável. Tal postura consubstanciaria distinção arbitrária, em evidente criação de regras particulares pelo Poder Judiciário, o que não se pode aceitar. É indispensável que, ainda que se trate de situações excepcionais a justificar a superação das regras, a todas as situações similares seja adotada a mesma solução, como um imperativo de isonomia e de coerência do ordenamento jurídico.

ix. *As diretivas interpretativas.* A percepção de que o direito é uma empresa eminentemente problemática e argumentativa conduz à necessidade de se obter segurança no caminho interpretativo, estabelecendo balizas que impeçam voluntarismos judiciais decorrentes de uma suposta discricionariedade dentro da moldura legislativa. A partir de tais premissas, concluiu-se que o código interpretativo que deve ser utilizado, como regra, apresenta os argumentos imanentes ao sistema jurídico (linguísticos e sistemáticos) prevalecendo *prima facie* (pois superável) em relação aos argumentos transcendentais (genéticos e históricos), porquanto aqueles têm por fundamento

imediate o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes. Os argumentos não institucionais ou meramente práticos, por não decorrerem da força vinculativa do Poder Legislativo, não podem ser reconduzidos aos princípios do Estado Democrático de Direito, devendo ceder, como regra, frente aos argumentos institucionais imanentes e transcendentais.

x. *O postulado da proporcionalidade.* Devem os juizes observar o postulado da proporcionalidade na atividade de concretização das disposições legais, sobretudo aquelas de textura aberta, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Tal postulado desdobra-se em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

xi. *Deveres de colaboração.* Deve o magistrado estar em constante contato com os jurisdicionados, a fim de consultá-los antes da adoção de qualquer medida de alteração do procedimento; esclarecer-se diante de eventuais dúvidas em relação aos acontecimentos relevantes do processo; preveni-los, com o objetivo de alertá-los sobre a prática de algum ato que possa ser prejudicial aos seus interesses e, por fim, auxiliá-los caso necessitem de algum apoio para definir os melhores rumos a ser adotados no caso. Trata-se dos deveres de consulta, esclarecimento, auxílio e prevenção, verdadeiros pilares da legitimidade democrática do exercício da jurisdição.

xii. *Respeito ao contraditório.* Da simples bilateralidade de instância, no sentido de ser necessária apenas a oitiva formal das partes por um juiz distante e desinteressado, evoluiu-se para o que vem se chamando de um direito ao *contraditório forte*, que se traduz na possibilidade de as partes participar amplamente dos rumos do processo, tendo efetivo poder de influência nas decisões judiciais, conferindo-se, ainda, ao juiz o dever de diálogo no exercício das suas funções. Tais observações desaguam, inevitavelmente, no dever de fundamentação das decisões judiciais, importante momento em que o juiz demonstra não só que oportunizou ampla participação das partes, mas também que se deixou influenciar, enfrentando amplamente os seus argumentos.

xiii. Deve o juiz não só atuar com profundo respeito ao contraditório, mas oportunizá-lo, *preferencialmente*, de maneira prévia à decisão judicial, adotando a técnica do contraditório diferido em situações excepcionais.

xiv. A compreensão atual da natureza problemática e argumentativa do direito, decorrente da equivocidade da linguagem, da vagueza normativa e da necessidade de democratizar o exercício do poder, torna imprescindível o respeito ao contraditório também em relação às questões jurídicas que surgem durante o processo, sendo vedado ao juiz decidir sozinho, sem possibilitar que as partes contribuam para a formação do material jurídico a ser utilizado para a definição substancial ou procedimental da causa.

xv. *Respeito às preclusões.* Por se tratar de importante garantia para as partes, impedindo surpresas quanto a futuras decisões sobre temas já preclusos ou quanto à prática de atos extemporâneos, contraditórios ou repetitivos, a preclusão constitui limite que deve ser observado pelos juízes na flexibilização procedimental. Não se pode admitir que, a pretexto de adequar o procedimento às especificidades da causa, os magistrados desconsiderem as preclusões processuais, surpreendendo as partes, proporcionando contramarchas ao processo e quebrando a legítima confiança no passado e legítima expectativa do desenvolvimento processual.

xvi. Há clara distinção entre as posições jurídicas assumidas pelas partes e pelo juiz no processo, o que implica um distinto tratamento, especialmente legislativo, quanto às preclusões. Assim, o regime preclusivo para o juiz é muito mais atenuado do que aquele existente para as partes, especialmente no que toca às atividades probatórias e à resolução de questões de ordem pública.

xvii. *Fundamentação das decisões.* As decisões que modificam os rumos do processo, afastando-o do procedimento legal ou mesmo adotando alguma das opções legislativas, devem motivar as razões, especialmente justificando (justificação interna e externa) as necessidades do caso concreto que levaram a tal postura.

xviii. *Observância dos precedentes.* Ao se trabalhar com um sistema de flexibilização procedimental, a função dos precedentes ganha ainda mais força, porquanto constituirá importante instrumento para estabelecer diretrizes às possibilidades de modificação procedimental, especialmente para regular eventuais excessos cometidos.

xix. *Irretroatividade na superação de precedentes.* Tão importante quanto a necessidade de observância dos precedentes é o respeito aos atos jurídicos praticados em sua confiança. Não se pode decretar a invalidade dos atos processuais praticados de acordo com a orientação dos tribunais superiores, em prejuízo aos jurisdicionados, ainda que tais cortes mudem seu entendimento posteriormente.

xx. *Respeito à autonomia privada.* Se a liberdade é um dos mais relevantes direitos fundamentais do Estado constitucional, deve ser prestigiada em larga medida também no processo, de maneira que os demais direitos fundamentais processuais com ela convivam harmonicamente. Por tal razão, uma concepção moderna do processo civil deve levar em consideração a autonomia das partes, prevendo espaços de exercício da liberdade, de maneira que a função jurisdicional não seja exercida apenas para alcançar objetivos estatais, mas, sobretudo, tenha como uma das principais finalidades a solução dos conflitos em consonância com o interesse dos jurisdicionados. Por tais razões, é necessário ligar as ideias de segurança e liberdade no processo. O processo civil do Estado constitucional será um ambiente seguro para os jurisdicionados se confirmada a expectativa de que a tutela dos direitos será efetivada com a mais ampla participação e respeito à liberdade dos cidadãos.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. “O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo”. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 166, p. 27–70, Dez/2008.

ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade do novo CPC.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 257, p. 51-76, jul./2016

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

_____. “Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do estado liberal ao estado social e a atualidade de sua discussão.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 229, mar./2014.

ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoria general e historia del proceso*. Tomo II. México: UNAM, 1974.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo. Das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *A prova pericial no processo civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo.” *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, vol. 30, n. 90, 2003.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Typ. Batista de Souza, 1920.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo”. *Leituras complementares de processo civil*, 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. “O juiz e o princípio do contraditório.” *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 323, p.55-60, 1993.

_____. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de processo civil*, 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. “Perfil dogmático da tutela de urgência”, *Revista AJURIS*, n. 70, pp. 215-239, julho de 1997.

_____. “Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual.” *AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 33, ano XII, mar./1985.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ANDRADE, Érico. “As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo.” *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 167-200, mar./2011.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. do autor, com rev. e orient. de Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. “Relações entre a Corte e as partes na era do case management.” *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.217, p. 181-203, mar./2013.

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. “Direito processual civil colombiano.” *Direito processual civil latino-americano*. SOARES, Carlos Henrique *et al.* (coord.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 161-186.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ARIANO DEHO, Eugenia. *Hacia un proceso civil flexible*. Lima: Ara Editores, 2013.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. “A doutrina e o Direito Tributário”, *Fundamentos do Direito Tributário*. ÁVILA, Humberto *et al.* (org.). São Paulo: Marcial Pons, p. 221-245, 2012.

_____. “Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico.” *Revista de Direito Tributário*, vol.79, p.163-183, 1998.

_____. “‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’.” *Revista eletrônica de direito do estado (Rede)*, n. 17, jan./fev./mar. 2009.

_____. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. “Subsunção e concreção na aplicação do direito.” In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, José Olivar de. *Da formação, suspensão e extinção do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A revolução processual inglesa”. *Temas de direito processual civil – nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. “Convenções das partes sobre matéria processual.” *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*, p. 115-130. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. “Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 150. p. 59-69, ago./2007.

_____. “Notas sobre o problema da efetividade do processo”. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, vol. 29, Porto Alegre, 1983.

_____. “O futuro da justiça: alguns mitos.” *Temas de direito processual – oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “O processo civil brasileiro entre dois mundos.” *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol.4, n.16, 2001.

_____. “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”. *Temas de direito processual civil – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. “Uma novidade: o código de processo civil inglês.” *Temas de direito processual - sétima série*. São Paulo: Saraiva, p. 181-182, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. “Democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos.” *Direito tributário*. MACHADO, Hugo de Brito *et al* (coord.). São Paulo: Atlas, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

BERIZONCE, Roberto Omar. “Técnicas orgânico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 175, p. 130-163, Set./2009.

BIDART, Adolfo Gelsi. “La humanización del proceso”. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 9, p. 105-151, Jan-Mar/1978.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONCI, Marco. “Active case management - English reception and italian rejection.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol.38, n.219, p. 225-237, maio/2013.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. “Competência adequada.” *Revista de Processo*, São Paulo, v.38, n.219, p. 13-42, maio/2013.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº. 5.869, de 1973). Projetos de Lei nos. 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010. **Código de Processo Civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1030577&filena e=Tramitacao-PL+6025/2005. Acesso em 26 jan. 2017.

BÜLOW, Oskar von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Trícia. “Flexibilização procedimental.” *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 4, vol. VI, p. 135-164, jul.-dez./2010.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. “O processo como superego social: Um estudo sobre os fins sociais da jurisdição.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol.115, p.345-374, 2004.

CADIET, Loïc. “Civil justice reform: french perspective.” *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. “Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges.” *Revista de Processo*, São Paulo, n. 33, vol.160, p. 61-82, jun./2008.

CADIET, Loïc. AMRANI-MEKKI, Soraya. “Civil procedure.” *Introduction to french law*. Netherland: Kluwer Law International BV, 2008.

CAHALI, Claudia Elisabete Schwerz. *O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di diritto processuale civile*. 2.ed. Padova: Cedam, 1943.

_____. *Introduzione allo Studio sistemático dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

_____. *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais*. 4.ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CAMBI, Eduardo. NEVES, Aline Regina das. “Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil.” *Revista de Direito Privado*, vol. 64/2015, p. 219-259, Out-Dez/2015.

_____. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.” *Panóptica*, ano 1, n. 6, p. 1-44, fev./2007.

CANELLA, Maria Giulia. “Gli accordi processuali francesi volti alla ‘regolamentazione collettiva’ del processo civile.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXIV, n. 2, junho/2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPONI, Remo. “Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali.” *Civil Procedure Review*, v.1, n.2, p. 42-57, jul.-set./2010.

_____. “Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa.” Em <https://www.academia.edu/205261/R. Caponi Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa 2005?auto=download>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

_____. “Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição.” *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Trad. Michele Pedrosa Paumgarten. Ano 10, vol. 17, n. 2, p. 531-549, Jul.-Dez./16.

CAPPELLETTI, Mauro. “Ideologie nel processo civile.” *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969.

_____. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. “Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato.” *Processo e ideologie*. Bologna: Mulino, 1969.

_____. *O processo civil no direito comparado*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2.ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. *Sistema del diritto processuale civile*. v. 1. Padova: CEDAM, 1936.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARPI, Federico. “Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LIV, 2000.

_____. “Responsabilità del giudice e pubblicità processuale.” *Garanzie processuali o responsabilità del giudice*. Org. Vincenzo Ferrari. Milano: Franco Angeli Editore, 1981.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova científica: exame pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CHASE, Oscar G.. *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Trad. Fernando Martins Diz. Marcial Pons: Madrid, 2011.

CHIASSONE, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa giudicata e preclusione”. *Saggi di diritto processuale civile*, rist., vol. III, Milano, 1993.

_____. *Ensayos de derecho procesal civil*. Vol. 2. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1949.

_____. “Le forme nella difesa giudiziale del diritto.” *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I. Roma: Foro Italiano, 1930.

_____. “Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno.” *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I. Roma: Foro Italiano, 1930.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980.

CIPRIANI, Franco. “I problemi del processo di cognizione tra passato e presente.” *Rivista di Diritto Civile*, Padova, vol. 49, n. 1, 2003.

_____. “Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, vol. 56, n. 4, 2002.

_____. “Il processo civile nello stato democratico.” *Il processo civile nello stato democratico: saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

_____. “Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità).” *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, vol. 22, n. 3, 1995.

COHEN-KOPLIN, Klaus. “Origen y fundamentación iusfilosofica del 'principio de la adaptabilidad del procedimiento judicial'.” In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. “O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório.” In: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto (org.). *Grandes temas do novo Código de Processo Civil*, p. 15-51. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e técnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

_____. “Ruolo del giudice nell’evoluzione dei modelli processuali europei.” *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, vol. 70, n. 1, p. 131-157, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Em <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200008>, acessado em 03 de junho de 2016.

COSTA, Henrique Araújo. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre o case management powers*. Tese apresentada à PUC/São Paulo, 2012.

COUTURE, Eduardo. “Las garantías constitucionales del proceso civil.” *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação Monitória*. 3.ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. “Contra o processo autoritário.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 242, p. 49-67, Abr/2015.

_____. “Direito processual civil inglês.” *Direito processual civil europeu contemporâneo*. CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.) São Paulo: Lex Editora, 2010.

_____. “Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional”. *Estado de direito e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

_____. *Tempo e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2008.

_____. “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro.” *Negócios processuais*, p. 27-62. Coord. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and the state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DEHO, Eugênia Ariano. *Hacia un proceso civil flexible: crítica a las preclusiones rígidas del código procesal civil peruano de 1993*. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2013.

PÉREZ, David Vallespín. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. “Contracting for procedure.” *Negócios processuais*, p. 131-177. Coord. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2015.

DE CRISTOFARO, Marco. “Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo.” *Rivista Di Diritto Processuale*, Padova, vol. 65, n. 2, p. 282-305, mar.-abr./2010.

DENTI, Vittorio. *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazione. Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1982.

_____. *Il processo come strumento di politica sociale. Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Comunita, 1971

_____. “Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo.” *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, vol. 38, n. 3, p. 726-740, 1984.

_____. “Il processo di cognizione nella storia delle riforme.” *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, vol. 47, p. 805-816, set./1993.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. “Cláusulas Gerais Processuais.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 35, n. 187, p. 69-83, set. 2010.

_____. *Fundamentos do princípio da colaboração no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. “Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo.” *Revista de processo*, vol. 36, n. 198, 2011.

_____. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPODIVM, 2012.

_____. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5806-sobre-dois-importantes-e-esquecidos-principios-do-processo-adequacao-e-adaptabilidade-do-procedimento>. Acesso em 20/12/2016.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. “*Iura novit curia*, causa de pedir e formalismo processual.” *O processo civil no Estado Constitucional*, p. 171-262. MITIDIERO, Daniel (coord.). Salvador: JusPodivm, 2012.

EZEQUIEL, Caroline Dal Poz. “Os circuits do direito processual francês e a possibilidade de sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro.” *Revista de Processo*, vol. 255, p. 389-409, mai./2016.

ENGELMANN, Artur. *A history of continental civil procedure*. Trad. Robert Wyness Millar. New York: Augustus M. Kelley, 1969.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: AIDE EDITORA, 1980.

_____. “Justificação teórica dos procedimentos especiais”, abril/1994, in [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%83%C2%ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%83%C2%ADcio(3)formatado.pdf), acesso em 15 de dezembro de 2016.

FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2014.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 8.ed. Padova: CEDAM, 1996.

FERRAND, Frédérique. “The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France.” *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, p. 7-32. Org. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, William Santos. A prova pericial no novo Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*, n.126, p. 204-209, maio/2015.

FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Procedimento sumário*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. “A produção do direito entre lei e juiz: a relação entre democracia e jurisdição.” *Interesse público*, vol. 14, n. 76, p. 161-166, nov.-dez./2012.

FONSECA, William Lopes da. “O controle social do poder judiciário, a independência da magistratura e o caráter político da função jurisdicional.” *Revista dos tribunais*, São Paulo, vol. 94, n. 841, p. 87-117, nov./2005.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

FREITAS, José Lebre de. *Código de processo civil anotado*. 3.ed. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. “O princípio da adequação formal do direito processual civil português.” *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 1, n. 11, p. 6.665-6.685, 2012.

GALINDO, Máira Coelho Torres. *Processo cooperativo: o contraditório dinâmico e a questão das decisões-supresa*. Curitiba: Juruá, 2015.

GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 109/2003, p. 187-220, Jan-Mar/2003.

GOMETZ, Gianmarco. *La certeza jurídica como previsibilidad*. Trad. Diego Moreno Cruz e Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. “Negócio jurídico processual pericial e Laissez-Faire probatório no novo código de processo civil.” *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, vol.13, n.73, p. 104-124, jul.-ago./2016.

GRASSI, Lúcio. “A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 172, jun./2009.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRECO, Leonardo. “A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil.” *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.15, p.76-94, 2004.

_____. “Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual.” *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Jurisdição voluntária*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. “Os atos de disposição processual - primeiras reflexões.” *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. MEDINA, José Miguel (et alli) (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. “Publicismo e privatismo no processo civil.” *Revista de Processo*, São Paulo, n. 164, 2008.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argumentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUIMARÃES, Luiz Machado. “Processo autoritário e regime liberal.” *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 82, 1940.

HESPANHA, Antônio Manuel Botelho. “Lei e Justiça: história e perspectiva de um paradigma.” *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. HESPANHA, Antônio Manuel Botelho (org.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

JOBIM, Marco Felix. *Teoria, história e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JOLOWICZ, John Anthony. “A reforma do processo inglês: uma derrogação do *adversary system*?” Trad. J.C. Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 328, p. 61-68, out.nov.dez./1994.

_____. “Justiça substantiva e processual no processo civil.” Trad. J.C. Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 135, p. 161-178, mai./2006.

_____. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O direito processual da idade média*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

LACERDA, Galeno. “O código como sistema legal de adequação do processo”. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul — Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre, 1976.

_____. “Processo e cultura.” *Revista de direito processual civil*, vol. 2, n. 3, p. 74-86, jan.-jun./1961.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. “Estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol.41, n.260, p. 105-129, out./2016.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3.ed. v. I. Trad. e notas Cândido R. Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES JR. Aury. *A Instrumentalidade garantista do processo penal*. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9E6-MHkyF90J:https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/instrumentalidade-garantista-do-processo-penal-aury-lobes-jr.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>
Acesso em 18/11/2016.

LUZ, Américo. *A independência da magistratura*. Boletim dos procuradores da República, vol. 2, n. 16, p. 3-4, ago./1999.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi. “A dinamização do ônus da prova sob a ótica do novo Código de Processo Civil.” *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de processo civil*, p. 209-216. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. “Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova.” *Revista de Processo*, São Paulo, v.40, n.241, p. 463-487, mar./2015

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. “Controle do poder executivo do juiz.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 127/2005, p. 54-74, Set/2005.

_____. “Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol.38, n.226, p. 13-29, dez./2013.

_____. “Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social”. *Revista dos tribunais*, n. 824, p. 34-60, 2004.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais.” *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. Vol. III. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 1999.

_____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MARTINS-COSTA, Judith. “A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre os Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança.” *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out.-dez./2004.

_____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. “A argumentação jurídica e o ideal de racionalidade na superação de regras jurídicas.” *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 249, p. 9-36, set.-dez./2008.

MEDINA, José Miguel Garcia de *et al.* *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA, Luís Correia de. “Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português.” *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, vol.170, p. 215-250, dez./ 2009.

MENKE, Fabiano. “A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos.” *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 103, 2006.

MICHALIK, Paul. “Justice in crisis: England and Wales.” *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

MILIONE, Ciro. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudência del tribunal europeo de derechos humanos*. Valência: Tirant lo Blanch, 2015.

MILLAR, Robert Wyness. “The Formative Principles of Civil Procedure.” *A History of Continental Civil Procedure*. ENGELMANN, Arthur (coord.). New York: Augustus Kelley, 1969.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional”. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 229, p. 51-74, mar/2014.

_____. “Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil.” *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, vol.11, n.63, p. 24-29, nov.-dez./2014.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Corte superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. “Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão do art.273, par-6º, CPC, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, CF/88).” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 32, n. 149, p. 105-119, jul./2007.

_____. “Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil. Um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni.” *Revista dos Tribunais*, vol. 199, set/2011.

_____. “Tendências em tema de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 25, n. 99, p. 206-222, jul.-set./2000.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “O processo civil no limiar de um novo século.” *Revista dos Tribunais*, vol. 781, p. 51, nov./2000.

MONTELEONE, Girolamo. “Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un ‘revisionista’.” *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, n. 02, p. 455-466, 2003.

MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

_____. (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

MOREIRA PINTO, Junior Alexandre. “O regime processual experimental português.” *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 148, p. 169-180, jun./2007.

MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NAZZINI, Renato. “Transnational litigation and ADR: the philosophy of the CPR.” *The future of transnational civil litigation*, p. 91-108. London: British Institute of International and Comparative Law, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. “Competência no processo civil norte americano: o instituto do forum (non) conveniens.” *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 781, p. 28-32, nov./2000.

NOBLAT, Francis. MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. “De ‘poder do juiz’ a ‘convenção das partes’: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do Código de Processo Civil.” *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. XIII, p. 200-228, jul./2014.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. “Da cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo código de processo civil brasileiro.” *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. “Da cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo código de processo civil brasileiro.” *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle José *et al.* *Estudo sobre o movimento de reformas processuais macroestruturais: a necessidade de adequação ao devido processo legislativo*. Em <https://www.academia.edu/4610116/ESTUDO SOBRE O MOVIMENTO DE REFORMAS PROCESSUAIS MACROESTRUTURAIS A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO> Dierle Nunes e Flaviane Barros. Acesso em 15 de dezembro de 2016.

NUNES, Dierle José. “Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades.” *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, vol. 184, jun. 2010.

_____. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. “Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático.” *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas – Edição Especial – 2008*.

OLIVEIRA, Guilherme Peres. *Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Paulo Mendes. “Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição.” *Negócios processuais*, p. 417-443 CABRAL, Antônio do Passo Cabral e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

ONO, Taynara Tiemi. “A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 254, p. 407-427, abr./2016.

OURICURI, Paulo Gustavo Loureiro. “Da depuração do conceito de prova inútil ou protelatória - Do direito das partes à produção de todas as provas capazes de repercutir na solução da lide - Da sindicabilidade do art. 130 do CPC pelo STJ em sede de recurso especial.” *Revista Dialética de Direito Processual: RDDP*, São Paulo, n.126, p. 85-93, set./2013.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012.

PARKES, Tim. “The civil procedure rules ten years on: the practioners’ perspective.” *The civil procedure rules ten years on*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

PASSANANTE, Luca. “La riforma del processo civile inglese: princìpi generali e fase introduttiva.” *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, anno LIV, n. 4, p. 1.353-1.380, 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos.” *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, Porto Alegre, vol. 3, n. 15, jan.-fev./2002.

_____. “Cidadania e efetividade do processo.” *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, Porto Alegre, vol. I, n. 1, set.-out./1999.

_____. “Democracia, participação e processo.” *Participação e processo*. DINAMARCO, Cândido Rangel *et al.* (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

_____. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal.” *Revista de Processo*, vol. 102, p. 55-67, abr.-Jun./2001.

_____. “Súmula Vinculante.” *Ciência Jurídica*, vol. 13, n. 85, p. 279-295, jan.-fev./1999.

_____. “Teoria geral dos procedimentos especiais.” *Procedimentos especiais cíveis, legislação extravagante*, p. 1-10. FARIAS, Cristiano Chaves e DIDIER JR., Fredie (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2.ed.rev.ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEYRANO, Jorge W. “El cambio de paradigmas en materia procesal civil.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 184/2010, p. 154-162, Jun./2010.

PEÑA, Eduardo Chemale. *Poderes e atribuições do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PERROT, Roger. “La justice de proximité.” *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Tomo I, p.163-177. Milano: Giuffrè Editore, 2005.

_____. “O processo civil francês na véspera do século XXI.” Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, vol. 91, p. 203-212, jul.-set./2000.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. “La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione.” *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Tomo I, p.179-211. Milano: Giuffrè Editore, 2005.

PICÓ I JUNOY, Juan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado.” *Cuestiones Jurídicas Revista de Ciências Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, p. 11-31, vol. VI, n. 1, jan-jun/2012.

PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PROTO PISANI, Andrea. “*Appunti sulla tutela cautelare*”, Rivista di Diritto Civile. Padova: Cedam, 1987.

_____. “Sulla tutela giurisdizionale differenziata.” *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, vol. 34, n. 4, p. 536-591, 1979.

_____. “Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro.” *Studi di diritto processuale del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1977.

RAMOS, Glauco Gumerato. “Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação de debate.” *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 70, 2010.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

- RESNIK, Judith. "Managerial Judges". *Harvard Law Review*, Boston, vol. 96, n.2, p. 374-448, dez./1982.
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais – racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. "Julgamento antecipado parcial do mérito." *Revista de Processo*, São Paulo, vol.41, n.252, p. 133-146, fev./2016.
- SANTOS, Igor Raatz dos. *Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: da insuficiência normativa do "princípio dispositivo" à construção compartilhada do caso concreto*. Tese de doutorado, UNISINOS, 2016.
- SANTOS, Mario Ramos dos. *Foro de eleição e competência*. Curitiba: Juruá, 2005.
- SANTOS, Moacyr Amaral. "Contra o processo autoritário." *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. LIV, fasc. II, 1959.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SATTA, Salvatore. "Dalla procedura civile al diritto processuale civile." *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, vol. XVIII, p. 28-43, março, 1964.
- SCARPARO, Eduardo Kochenborger. "A estabilização da tutela de urgência satisfativa no anteprojeto de código de processo civil: um exame em perspectiva político-epistemológica." *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol.420, p. 97-118, jul.-dez./2014.
- SENDRA, Gimeno. "Causas historicas de la ineficacia de la justicia." *Justice and efficiency: general reports and discussions*, p. 19-38. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1989.
- SERRA, Miguel Pestana. "O dever de gestão processual no Código de Processo Civil de 2013." *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 5, n. 5, 2015.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 674 ao 718*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. “Direito processual civil colombiano.” *Direito processual civil americano contemporâneo*, p. 94-127. TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). São Paulo: Lex Editora, 2010.

_____. “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada 'estabilização da tutela antecipada'.” *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.55, p. 85-102, jan.-mar./2015.

_____. *Preclusão no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. “Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 37, n. 208, p. 61-89, jun. 2012.

SILVA, José Afonso da. “Constituição e segurança jurídica.” *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, vol.6, n.59, p. 6653-6661, jan./2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. rev. e atual. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008

_____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. “A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 33, n. 156, p. 237-250, fev./2008.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. “Gerenciamento de processos e a cultura de litigância - a experiência do ‘case management’ inglês.” DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. “Distribuição do ônus da prova por convenção processual.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol.40, n.240, p. 399-423, fev./2015.

SILVA, Ronaldo Campos. *Processo de mandado de segurança*. Niterói: Impetus, 2013.

SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedural*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. “A fragmentação do julgamento do mérito no novo Código de Processo Civil.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol.39, n.229, p. 121-167, mar./2014.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

_____. “Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?” *Revista de Processo*, vol. 161/2008, p. 203-220, Jul./2008.

SPRUNG, Rainer. “Os fundamentos do direito processual civil austríaco.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol.17, 1980.

STÜRNER, Rolf. “Anglo-american and continental civil procedure: the english reform as a model for further harmonization?” *The future of transnational civil litigation*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2006.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. “Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*.” *Processo civil: ensaios*. MITIDIERO, Daniel (apres., org. e trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. “Calamandrei e le riforme del processo civile.” *Ventidue saggi su un grande maestro, coletânea per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milano: Giuffrè, 1990.

_____. “La complessità della complessità processuale.” *Elementi per una definizione di complessità processuale*. DONDI, Angelo (org.) Milano: Giuffrè, 2011.

_____. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980.

_____. “Precedente e jurisprudência.” *Revista de Processo*, São Paulo, vol.36, n.199, p. 139-155, set./2011.

_____. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. “Verità negoziata?” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano LXII, n. 3, junho/2008.

TAVARES, Luis Marcelo Cabral. “Perspectivas da Flexibilização Procedimental na experiência brasileira em face do substitutivo do Senador Valter Pereira ao Projeto de Lei no Senado n. 166, de 2010.” *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 4, vol. VII, p. 136-157, jan.-jun./2011.

TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Mulino, 1989.

TARZIA, Giusepp. “Medidas cautelares atípicas (uma análise comparativa).” Trad. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 99, 2000.

THEODORO Jr. Humberto. “A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica”. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 14, setembro 2006. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm. Acesso em 30 de outubro de 2016.

TROCKER, Nicolò. *La formazione del diritto processuale europeo*. Torino: Giappichelli, 2011.

_____. *Processo Civile e Costituzione - Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TURNER, Robert. “‘Actively’: the word that changed the civil courts.” *The civil procedure rules ten years on*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. “The proactive judge and the provision of a single transnational case management system and its associated procedures.” *The future of transnational civil litigation*, p. 73-88. London: British Institute of International and Comparative Law, 2006.

VERDE, Giovanni. “Las ideologías del proceso en un reciente ensayo.” *Proceso civil e ideología*. MONTERO AROCA, Juan (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. “A audiência preliminar como fator de otimização do processo: o saneamento 'compartilhado' e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes.” *Revista de Processo*, vol. 118, p. 137-142, nov-dez./2004.

WATANABE, Kazuo. “Acesso à justiça e sociedade moderna.” *Participação e processo*. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

_____. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Perfil, 2005.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. da 2.ed. al A.M Botelho Hespánha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. Versão original traduzida de 1967.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.

ZANDER, Michael. “The woolf reforms: what’s the verdict?” *The civil procedure rules ten years on*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes. O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

ZAVASCKI. Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Processo de execução: parte geral*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZUCKERMAN, Adrian. “Litigation management under the CPR: a poorly-used management infrastructure.” *The civil procedure rules ten years on*. Oxford: Oxford University Press, 2009.