



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

PAULO HENRIQUE GUILMAN TANIZAWA

**PERFIS DA CONFORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO PELO
JUIZ: DA ORDINARIEDADE À SUPERAÇÃO DO
PROTAGONISMO JUDICIAL**

Londrina
2014

PAULO HENRIQUE GUILMAN TANIZAWA

**PERFIS DA CONFORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO PELO
JUIZ: DA ORDINARIEDADE À SUPERAÇÃO DO
PROTAGONISMO JUDICIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho

Londrina
2014

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

T164p Tanizawa, Paulo Henrique Guilman.
Perfis da conformação do procedimento pelo juiz : da ordinaryidade à
superação do protagonismo judicial / Paulo Henrique Guilman Tanizawa –
Londrina, 2014.
136 f. : il.

Orientador: Vicente de Paula Marques Filho.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de
Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em
Direito Negocial, 2014.

Inclui bibliografia.

1. Processo civil – Teses. 2. Procedimento (Direito) – Teses. 3. Conformação
(Direito) – Teses. 4. Protagonismo judicial – Teses. 5. Técnica processual – Teses.
I. Marques Filho, Vicente de Paula. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro
de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.
III. Título.

CDU 34.02

PAULO HENRIQUE GUILMAN TANIZAWA

**PERFIS DA CONFORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO PELO JUIZ: DA
ORDINARIEDADE À SUPERAÇÃO DO PROTAGONISMO JUDICIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito Negocial da Universidade
Estadual de Londrina, como requisito parcial à
obtenção do título de mestre.

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Dr. Vicente de Paula Marques
Filho
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof^a. Dra. Jussara S. A. Borges Ferreira
Universidade Paranaense - UNIPAR

Londrina, 23 de outubro de 2014.

*Aos meus pais Leonor e Wilson, por encherem
minha vida de amor, ternura e bons exemplos.*

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Leonor e Wilson, pela compreensão nos momentos de ausência, pelo incessante apoio e imensurável esforço na minha formação.

Ao professor Vicente de Paula Marques Filho, meu orientador, agradeço pelas precisas considerações na condução deste trabalho, pela serenidade, urbanidade e a inesgotável disponibilidade ao diálogo.

Ao professor Luiz Fernando Bellinetti, pela diligência na análise do trabalho para qualificação.

Ao professor Francisco Emílio Balleotti, pela constante disponibilidade e, acima de tudo, pela boa vontade em ensinar.

Ao Dr. Emil Tomás Gonçalves, que mesmo diante das vicissitudes do dia-a-dia, nos prestigia com gentileza, sabedoria e humildade. Agradeço o apoio e a compreensão.

Aos amigos, Amanda Goda Gimenes, Christopher Felizardo e Pedro Guilherme Vanzella, por tornarem a jornada do mestrado muito mais fácil.

Cada um de nós, sozinho, pode pouco. Mas, se é verdade que toda viagem, por mais longa que seja, começa por um pequeno passo, talvez possamos começar por um gesto singelo de humildade: abstermo-nos de difundir noções que não tenhamos motivos sérios para reputar exatas.

José Carlos Barbosa Moreira

TANIZAWA, Paulo Henrique Guilman. **Perfis da conformação do procedimento pelo juiz**: da ordinaryidade à superação do protagonismo judicial. 2014. 136f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

RESUMO

O objetivo imediato do trabalho é analisar a dogmática relativa à flexibilização do procedimento pelo órgão judicial no âmbito do processo civil individual, para demonstrar que não persiste rigidez na sindicabilidade teórica do protagonismo judicial na conformação do procedimento, mesmo quando esse procedimento, abstrato e previamente previsto em lei, se revela incapaz de atender as peculiaridades do caso concreto. Para o cumprimento de tal desiderato, reconhece-se que as tendências conformativas e performativas do procedimento constituem uma reação para a superação da crise da ordinaryidade, a qual transcende o âmbito do procedimento e revela uma crise ideológica. A crise do procedimento ordinário é investigada para identificar as razões da insuficiência na efetiva tutela dos direitos, para então, viabilizar o estudo da rigidez da dogmática que respalda a flexibilização do procedimento, contextualizando-se em perspectivas do direito pátrio e estrangeiro. Defende-se, que a flexibilidade não é atributo do procedimento, mas da técnica processual, e que o respaldo na filosofia da consciência, cuja expressão mais evidente é pontuada na suposta autorização de utilização de poder discricionário pelo juiz na aplicação do direito, não condiz com o modelo democrático de processo civil, com a Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito, por possibilitar a criação de direitos pelo órgão julgador. É demonstrado que o modelo colaborativo de processo civil é hábil a ensejar um ambiente processual participativo sem o destaque a algum dos sujeitos processuais, bem como, mitigar o solipsismo judicial no processo civil.

Palavras-chave: Procedimento. Conformação. Protagonismo judicial. Ordinaryidade. Técnica processual.

TANIZAWA, Paulo Henrique Guilman. **Profiles of the conformation of the proceedings by the judge: from the ordinariness to the overcoming of the judicial protagonism.** 2014. 136p. Dissertation (Master Degree in Negocial Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

ABSTRACT

The immediate objective of this piece of work is to analyze the dogmatics relative to the loosening of the proceedings by the judicial body in the ambit of the individual civil procedure, in order to demonstrate that there is not the persistence of state of health in the theoretical judicial control of the judicial protagonism in the conformation of the proceedings, even when these proceedings, abstract and previously anticipated in law, reveals itself unable to consider the peculiarities of the case law. For the accomplishment of such desideratum, it is recognized that the conformative and performative tendencies of the proceedings constitute a reaction to the crisis overcoming of the ordinariness, which transcends the ambit of the proceedings and reveals an ideological crisis. The crisis of the ordinary proceedings is investigated to identify the reasons of the insufficiency in the effective custody of the rights, to, then, enable the study of the state of health of the dogmatics which supports the loosening of the proceedings, contextualizing itself in perspectives of the Brazilian and foreign law. Defending itself, that the loosening is not an attribute of the proceedings, but of the processual technique, and that the support in the conscience philosophy, whose more evident expression is punctuated in the supposed authorization of the utilization of discretionary power by the judge in the application of the law, does not match the democratic model of the civil procedure, the General Theory of Law and Philosophy of Law, for allowing the creation of rights by the judging body. It is demonstrated that the collaborative model is able to try an participative processual environment without the emphasis on any of the processual subjects as well as to diminish the judicial solipsism in the civil procedure.

Keywords: Proceedings. Conformation. Judicial protagonism. Ordinariness. Processual technique.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10	
1	ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO.....	14
1.1	A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO.....	17
1.2	CONCEPÇÃO E CRISE DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL.....	20
1.3	FORMALISMO NO PROCESSO CIVIL	27
1.4	SIGNIFICADO DE PROCEDIMENTO NO ESTADO CONSTITUCIONAL	31
2	O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO E(M) CRISE	35
2.1	A IDEOLOGIA DA UNIFORMIDADE PROCEDIMENTAL.....	35
2.2	A INSUFICIÊNCIA DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO PARA A TUTELA DOS DIREITOS	37
2.2.1	O <i>interdictum</i> no processo civil romano: a tutela interdital e a superação da ordinariedade procedimental.	40
2.3	A CONCEPÇÃO DE PROCEDIMENTOS DIFERENCIADOS.....	43
2.3.1	O direito fundamental ao procedimento adequado.....	44
2.3.2	O critério material para a diferenciação procedimental	47
2.3.3	A classificação de Jaime Guasp.....	50
2.4	A TÉCNICA DA COGNIÇÃO NA CONCEPÇÃO DE PROCEDIMENTOS DIFERENCIADOS.....	51
2.5	TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA	55
2.6	NA RAIZ DA CONTROVÉRSIA: O PARADIGMA DA ORDINARIEDADE. A INSUFICIÊNCIA TÉCNICA NO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO E A SUMARIEDADE COMO EXIGÊNCIA DO PROCESSO CIVIL MODERNO	60
3	DA FLEXIBILIZAÇÃO DA TÉCNICA PROCESSUAL À CONFORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO.....	71
3.1	CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS: OS MODELOS <i>ADVERSARIAL</i> E <i>INQUISITORIAL</i> DE PROCESSO CIVIL	72
3.2	O ESTADO DA QUESTÃO NO DIREITO COMPARADO	74
3.2.1	Direito Inglês	75

3.2.2	Direito Português.....	78
3.3	O ESTADO DA QUESTÃO NA DOCTRINA NACIONAL	81
3.4	A PLASTICIDADE DO PROCEDIMENTO E O PERFIL FUNCIONAL DA TÉCNICA PROCESSUAL.....	90
3.4.1	Uma questão ainda não compreendida: “Flexibilização do Procedimento” ou “Flexibilização da Técnica Processual”?	90
3.4.2	Impropriedade da invocação dos poderes instrutórios do juiz enquanto medida para conformação do procedimento	96
4	A CONFORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO PELO JUIZ: PERSPECTIVAS CRÍTICAS.....	98
4.1	A RACIONALIDADE INSTRUMENTAL DO JUIZ E O PROTAGONISMO JUDICIAL: PARA ALÉM DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	100
4.2	DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E O PARADIGMA DA SUBJETIVIDADE	104
4.3	O MODELO COLABORATIVO DE PROCESSO CIVIL.....	115
	CONCLUSÃO	123

INTRODUÇÃO

O aspecto mais relevante da dimensão autônoma do processo civil foi o rompimento com a ideia de possuir caráter puramente *adjetivo* em relação ao direito material. Por muito tempo pairou a ideia que o processo revelava um mero instrumento para a consecução dos direitos substanciais. Certamente, não esperavam que o processo fosse se transmutar em um contexto jurídico rente e evidente à realidade. Essa premissa acenou ao processualista a necessidade de uma mudança de enfoque no estudo e aplicação da disciplina.

As transformações dos perfis sociais e o clamor pela efetividade da função jurisdicional comprometeram o processo civil na proteção de situações carentes de tutela, cuja estruturação passou a ser consignada de acordo com os ditames do direito material e constitucional. A literatura jurídica, por sua vez, ao mesmo tempo em que se multiplicava em debater temas corriqueiros do processo civil e da *práxis* forense, apontava o quão insensível à realidade o direito processual era. Uma nova postura do processualista pátrio era exigida. Entretanto, era preciso mais que isso.

Concomitantemente, o desenvolvimento desse contexto acusava um cenário de crise, pontualmente marcado pela insuficiência do processo na tutela dos direitos, bem como, por uma corrente legislativa reformista incumbida de salvar o processo civil das meras consagrações de solenes declarações. Em tempos de proliferação de pretensões juridicamente tuteladas, os efeitos da crise se sedimentaram no *procedimento ordinário*, fervilhando no espírito da doutrina, dos operadores do direito e legisladores, a visão de sua imprestabilidade para efetivamente viabilizar a tutela dos direitos.

Foi nessa regência que a perspectiva instrumentalista do processo delineou a doutrina através do afastamento do formalismo excessivo e apontou a necessidade de satisfação de escopos não apenas jurídicos, já que o processo não se constitui um fim em si mesmo. Com o procedimento ordinário em crise, a instrumentalidade apostou no *protagonismo do órgão judicial*, a quem caberia, além de refletir os anseios da sociedade e realizar os direitos do jurisdicionado, equalizar as vicissitudes do processo e do procedimento.

Em verdade, a percepção dessas circunstâncias inspirou a formação de uma doutrina assentada em tendências flexibilizadoras do procedimento, sob o argumento de uma melhor aderência às necessidades apontadas pelo direito material. A *flexibilização procedimental*, assim comumente denominada, manifesta-se pela mitigação da rigidez da forma, na contemplação da fungibilidade de meios e técnicas, e encerra na aposta de uma postura ativa do juiz como a medida para melhor encontrar o procedimento hábil e idôneo. Sem renunciar às garantias constitucionais processuais, os créditos da *flexibilização procedimental* recaem na ideia de *adaptabilidade*, ou seja, o procedimento como algo adaptável às necessidades da vida.

Entretanto, à luz de uma perspectiva crítica, é visível que a *crise da ordinaryness* superou o âmbito do processo e do procedimento e acabou por revelar uma *crise ideológica* que inspirou, consciente ou inconscientemente, o imaginário dos juristas, erigindo uma dogmática de conceitos universalizados e uma cultura jurídica processual reducionista fundada em *standards*. Acrescente-se que a *ordinaryness* enquanto crise ideológica não se trata de uma incongruência acidental ou despida de significados, mas um legado histórico da autonomia do processo que remonta desde a percepção de uma relação jurídica processual e carrega consigo um elemento característico: a neutralidade. Sob esse ponto de vista, o grande problema da mencionada *flexibilização do procedimento* e das insurgências que visam superar a *ordinaryness*, e a neutralidade inerente, reside na crença da vinculação da adaptação à consciência do julgador.

A problemática desse trabalho é, portanto, volver-se para a exata compreensão dessas tendências flexibilizadoras do procedimento pelo órgão judicial e demonstrar que o respaldo na filosofia da consciência, com seu baluarte identificado na discricionariedade do julgador para a adoção da adaptabilidade, não condiz com o modelo democrático de processo civil. Na busca desse objetivo, este trabalho avalia a higidez da dogmática que respalda a flexibilização na empreitada de superação da *ordinaryness* e a incidência dos poderes do juiz na estrutura do procedimento, para demonstrar que o protagonismo do juiz não pode ser absoluto.

Perseguindo tal desígnio, o trabalho foi didaticamente dividido

em quatro capítulos. Inicialmente são apresentadas as premissas para a exata compreensão do tema. Opta-se, dessa forma, por delinear as elementares para uma teoria do processo civil contemporâneo, concentrando a atenção nos perfis críticos da relação jurídica processual, na dimensão constitucional do processo, no formalismo e, por fim, no significado atribuído ao procedimento. Vencida essa incumbência preliminar, busca-se, no segundo capítulo, analisar e demonstrar a amplitude do âmbito da insuficiência do procedimento ordinário e o perfil dos interesses que levaram a concepção de procedimentos diferenciados, com o fim de estabelecer a gênese e os caracteres da crise do procedimento ordinário.

O terceiro capítulo assimila o aspecto da conformação do procedimento através da proposta da necessidade de encarar o assunto sob o enfoque da flexibilização da técnica processual e não da flexibilização do procedimento, com o esmero de não reduzir a divergência em mera opção terminológica. A questão da adaptação e flexibilização do procedimento é avaliada no âmbito do direito comparado, especialmente pela análise da experiência do direito inglês e português, bem como, no âmbito da doutrina nacional. Todo o substrato teórico absorvido no capítulo mencionado fomenta as perspectivas críticas tecidas no quarto e último capítulo desse estudo.

No capítulo quarto, o protagonismo do juiz é identificado como o sintoma a demonstrar que filosofia da consciência, no âmbito do processo civil, não se coaduna com a Teoria Geral do Direito e a Filosofia do Direito. Ainda nessa oportunidade, a crítica recai à discricionariedade utilizada pelos juízes na aplicação da norma processual, exatamente por possibilitar que o julgador crie um novo direito fora do contexto de integridade e tradição. Ao final, é apresentada a ideia do modelo colaborativo do processo civil, cujo mérito reside no fato de não haver o destaque a algum dos sujeitos processuais, além de elevar o conceito de participação a um patamar hábil a tornar o processo um ambiente democrático.

Por fim, as conclusões delineadas nesse estudo representam apenas um modo de enfrentar a temática proposta, sem a pretensão de esgotar o tema ou pontificar postulados. Ao contrário, a advertência cabível assenta a necessidade de certa cautela com “pré-conceitos” utilizados e incorporados pela doutrina e operadores do direito, já que esta pesquisa deve

ser vista como uma contribuição interpretativa de um tema que há muito desponta interesses e não, descontado esse ou aquele exagero, como *um gesto radical de ruptura com uma tradição científica de absoluto respeito*¹.

¹ A expressão é de José Carlos Barbosa Moreira.

1 ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

A realidade social a cada dia se revela mais complexa. A superação das vicissitudes e o aperfeiçoamento das relações sociais e negociais ensejaram o surgimento de um Estado intimamente ligado ao monopólio da produção e aplicação do direito. Trata-se da formação de um ente supra individual, que “assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social”².

A concentração de poder e a incessante busca pelo monopólio de toda dimensão conflituosa enseja a preocupação de como esse aparato há de conhecer dessas lides e da maneira como deve resolvê-las.³ “Não há dúvidas de que a evolução do Estado e da sociedade contemporânea conduziu à ampliação da importância do direito processual no cenário jurídico”⁴. Trata-se da essência da função jurisdicional do Estado: a pacificação social⁵.

A ponderação de tais premissas contribuiu para a compreensão inicial do direito de ação. Na advertência de Marinoni, “deixe-se claro, em primeiro lugar, que a ação é a contrapartida natural da proibição da tutela privada, ou seja, é o instrumento de que o particular passou a fazer uso diante da eliminação da *justiça de mão própria*”⁶. Desde a segunda metade do século XIX a doutrina processual se dedica ao estudo da ação. As contribuições ao longo do tempo foram, sob certo prisma, essenciais à gênese teórica sobre a autonomia do processo em relação ao direito material⁷.

Sustentava-se uma ciência processual com objeto de estudo próprio, princípios, métodos e institutos intrínsecos ao processo, porém diversos daqueles adotados pelo direito material, distanciando-se

² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23-24, v.1.

³ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 17.

⁴ Idem, 2008, p.17.

⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.131.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2008, p. 159.

⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75, v.1.

diametralmente da realidade deste⁸. Foi com Bülow que se instalou a fase metodológica do *conceitualismo* ou *processualismo*, com predomínio da técnica e delineamento das matrizes científicas dos institutos processuais⁹.

Essa desvinculação e independência entre o direito e o processo acentuou a indiferença do direito material às possibilidades que o direito processual podia lhe ensejar, bem como, a formação de um processo civil alheio às situações carentes de tutela e às exigências do direito material¹⁰. Ideologicamente, a história legou à autonomia a formação de um processo marcado pelo isolamento da figura do juiz em relação ao litígio material, cuja função resumia-se em aplicar a lei ao caso concreto, sem interferir no objeto litigioso, seja a partir da reconstrução dos fatos ou da atuação da decisão judicial¹¹. Sendo o processo uma figura autônoma, não era sua função respaldar o direito material, o qual, por consequência, não se constituía em objeto da ciência processual¹². Esse viés, inevitavelmente, incorreu no flagrante equívoco ao invocar o processo como a medida de todas as coisas, nas palavras de Alvaro de Oliveira¹³, promovendo a prevalência da *forma* sobre o *fundo*.

Doravante, arraigado em matrizes conceituais, a ação se tornou o polo metodológico da ciência processual¹⁴. Logo, “fundada a ciência,

⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

¹¹ Idem, 2003, p. 25.

¹² A respeito, Sérgio Cruz Arenhart (*Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 27-28) elucida: “Preocupada exclusivamente com a lógica interna do processo, a ciência processual afastou-o do direito material enclausurando o objeto de sua análise, sem considerar mais aquilo que exigia (e necessitava) a realidade concreta do direito a ser protegido. Criou-se, assim, o processo padronizado (ordinarizado), plenário, a ser aplicado a toda e qualquer situação carente de proteção jurisdicional. A cognição precede, naturalmente, a execução – já que não se pode conceber que um juiz realize o Direito sem saber se ele efetivamente existe ou não – e não se outorgam poderes ao magistrado no processo de conhecimento, já que ele poderia, com esses poderes interferir na realidade e, com isso, demonstrar a ausência de imparcialidade em seu julgamento”.

¹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

¹⁴ Consoante Dinamarco, “com a descoberta da autonomia da ação e do processo, institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas, pôde ser proposta desde logo a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seu próprio método (*A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19).

definido seu objeto, estabelecidas as suas grandes premissas metodológicas e traçadas a sua estrutura sistemática, chegou-se afinal a um ponto de *maturidade* mais que satisfatório no direito processual”¹⁵.

Com o advento da fase instrumentalista do processo – ou terceiro momento metodológico do processo civil –, cujo expoente no Brasil se identifica em Cândido Rangel Dinamarco, exsurge a perspectiva de que o direito processual civil, sem abandonar o arcabouço dogmático construído no decorrer da história, se traduz em verdadeiro instrumento destinado à consecução do direito material, coordenando institutos, princípios e soluções. Esse perfil instrumental do processo contemplou o que se denominou de *aspecto ético do processo* e sua conotação deontológica, assinalando a ótica de que o processo não constitui um fim em si mesmo¹⁶.

A almejada autonomia do direito processual não se reveste de caráter absoluto e linear¹⁷. A *instrumentalidade* permitiu a superação da perspectiva puramente tecnicista do direito processual civil e pontuou que o escopo jurídico não se resumia apenas no caráter teleológico do processo. A jurisdição passou a integrar o polo metodológico central e o foco a recair sobre o protagonismo do juiz, cuja postura ativa passou a ser defensável. Logo, os escopos social e político também integravam essa nova postura conceitual.¹⁸

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 20.

¹⁶ Idem, 2009, p. 22-23.

¹⁷ “O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessa em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamentos teleológico. Insistir na autonomia do direito processual civil constitui, hoje, como quer preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. Nem se justifica, nessa quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda a precisa configuração conceitual dos *jus exceptionis* e sua suposta assimilação à ideia de ação. O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramos jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22-23).

¹⁸ Conforme atenta observação do Professor da Universidade de São Paulo, “são as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 189). Assim, o escopo social pode facilmente ser compreendido no ideal de pacificação social com justiça e de educação. O escopo político, todavia, é compreensível quando o processo é encarado como um instrumento de participação democrática, de afirmação da liberdade dos atores sociais e da autoridade do Estado.

As novas concepções de direitos inseridas no Estado Constitucional fizeram com que o direito processual fosse compreendido a partir das exigências sociais e desvinculado da velha preocupação de justificar sua autonomia em relação ao direito material.

1.1 A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Superadas as preocupações endoprocessuais, fertilizou-se o campo para uma nova visão do processo civil, compreendida na aproximação entre a Constituição e o direito processual civil, bem como, na relativização do binômio “direito material e processo”. Sob a perspectiva do modelo constitucional do processo civil, convergente à proposta metodológica destinada à construção do direito processual civil associada à necessária observância dos preceitos constitucionais, entende-se ser viés veementemente indispensável para a compreensão do processo especialmente quando se verifica os anseios a uma tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Em verdade, como bem detectou Grinover, todo o direito processual tem suas linhas fundamentais determinadas pela Constituição, em muitos de seus aspectos e institutos característicos¹⁹. A tendência processual inegavelmente constitucionalista, todavia, não é escamoteada pela doutrina processual civil que tratou, inicialmente, do caráter privatístico do processo. Com efeito, procedeu-se desse modo, talvez, “para melhor reivindicar as razões do indivíduo: mas o direito público não representa apenas a fonte do Poder Público contra o indivíduo, como também configura a defesa do indivíduo relativamente à autoridade”²⁰.

Atribui-se à previsão do artigo 5º, inciso XXXV uma nova roupagem ao direito de ação²¹, erigido agora a um direito fundamental, exatamente por viabilizar o exercício dos demais direitos fundamentais, tratando-se, em suma, de nítido reflexo de maturidade constitucional e processual do ordenamento.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 12.

²⁰ Idem, 1973, p. 13.

²¹ “Dele têm sido extraídos a garantia do direito de ação e do processo, o princípio do juiz natural e todos os respectivos corolários”. (WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26).

Dinamarco adverte que a “*tutela constitucional do processo* tem significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional”²². Em suas *Instituições* o referido autor evidencia que as matrizes constitucionais do processo apontam um sistema processual em que prepondera a *legalidade*, vinculando o juiz às disposições legais e à Constituição, não lhe sendo lícito privar as partes dos meios processuais previstos; prepondera a *liberdade* no processo, na qual a atuação de cada litigante é pautada por seus próprios desígnios e, por fim, fomenta um sistema que assegura a todos a *igualdade* de oportunidades processuais²³.

Pelo *modelo constitucional de processo*, é premente a revisitação dos princípios e institutos do direito processual civil. Com efeito, inafastável a lição de Watanabe:

Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.²⁴

Observa João Batista Lopes que “a relação entre constitucionalização do processo e efetividade da jurisdição é íntima na medida em que a primeira contribui decisivamente para se atingir a segunda”²⁵. O cidadão inserido nesse contexto encontra amparo constitucional quando se trata da atuação do Estado para a solução dos conflitos de interesses pertinentes. A constitucionalização do processo é lastreada, em síntese, sobre três pilares essenciais, quais sejam, na efetividade do processo, no acesso à ordem jurídica justa e na razoável duração do processo. A despeito da questão

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 182, v.1.

²⁴ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

²⁵ LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

da efetividade do processo, Marinoni destaca que foi exatamente esse ponto que levou os processualistas a pensarem em tutelas jurisdicionais diferenciadas²⁶ – e por consequência em procedimentos diferenciados e nas demais tendências críticas e *conformativas* ao procedimento ordinário – caracterizadas pela adequação às situações de direito material.

A perspectiva constitucional do processo dimensiona a aproximação do plano factual político-social ao plano processual, contribuindo para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas²⁷. Não obstante, o processo passa a exigir o exame dialético entre duas exigências contrapostas, as quais Alvaro de Oliveira discrimina: “de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias *formais* e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional”²⁸.

Em suma, Alvaro de Oliveira elucida:

(...) as relações entre processo e Constituição não se colocam apenas no plano das garantias constitucionais do processo. Vão além, devendo ser pensadas a partir da *nova teoria das normas* e dos *direitos fundamentais*. Vale dizer: o processo civil deve ser pensado a começar da metodologia própria do direito constitucional contemporâneo – deve ser pensado na perspectiva dos direitos fundamentais²⁹.

Ao ensejo, com amparo na lição de Scarpinella Bueno, faz-se mister a *reconstrução* do pensamento do direito processual civil, contrastando a legislação processual civil a todo o tempo com o modelo constitucional, “verificando se e em que medida o ‘modelo’ foi ou não alcançado satisfatoriamente. Trata-se, vale a ênfase, de apontar a necessidade de uma alteração *qualitativa* e consciente na *interpretação* e na *aplicação* da legislação

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 37. No mesmo sentido, WATANABE, Kazuo, *Cognição no Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27-28.

²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, n. 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 09-21.

²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, n. 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 09-21.

²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

processual civil”³⁰.

Postas as considerações propedêuticas, com observância às premissas constitucionais e a proposta de revisitação do sistema processual, é que esse estudo se desenvolverá.

1.2 CONCEPÇÃO E CRISE DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Anteriormente à concepção autonomista do processo civil o processo era compreendido como mero procedimento, ou seja, um rito a ser seguido, uma sequência de atos que permitiam a resolução da relação material litigiosa³¹. Esse *procedimento* traduzia o perfil meramente adjetivo do *processo*.

A história aponta os esforços dos juristas do século XIX na identificação da natureza do processo. Dentre as mais contempladas, está a teoria do processo como uma relação jurídica³². Essa concepção, doravante, advém do *judicium* romano e dos juristas do período medievo. Nesse passo, Frederico Marques relembra a definição de Bulgaro: “*Judiciu est actus trium personarum: judicis, actoris et rei*”.³³

A teoria da relação jurídica processual tem seu expoente em Oskar Von Bülow, com a publicação da obra *Die Lehre von den Processeinreden und Processvoraussetzungen* (“Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias”) em 1868, na qual sistematizou a existência de uma relação jurídica processual de direito público, entre as parte e o Estado, à luz da autonomia entre o direito material e o processo, explicitada na polêmica sobre a ação de Windscheid e Muther. Em suma, não se deve a

³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*, n. 161. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 261-270. Aliás, esse viés foi contemplado no primeiro artigo do Projeto de Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 166/2010) aprovado no Senado Federal ao albergar a necessidade do sistema processual observar o “modelo constitucional de processo” que conta com a seguinte redação: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 389.

³² Cf. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 133-135.

³³ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 78, v. 2.

Bülow a gênese da ideia da relação jurídica processual, eis que, apenas racionalizou e desenvolveu a temática ao enfrentar a questão das exceções dilatórias³⁴.

O grande mérito de Bülow foi a sistematização, não a intuição da existência da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas. Deu bastante realce à existência de dois planos de relações: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é continente em que se coloca a discussão sobre aquela. Observou também que a relação jurídica processual se distingue da de direito material por três aspectos: a) pelo seus sujeitos (autor, réu e Estado-juiz); b) pelo seu objeto (a prestação jurisdicional); c) pelos seus pressupostos (os pressupostos processuais)³⁵.

Essa perspectiva permitiu revelar duas proposições importantes. A primeira dela diz respeito à índole pública do processo³⁶, assentando de modo definitivo seu viés autonomista perante o direito material. A segunda, e mais interessante para o desenvolvimento desse trabalho, reside no fato de diferenciar o processo do procedimento. No sistema processual brasileiro a noção de *relação jurídica* foi acatada no Código de Processo Civil de 1973 (artigos 4º e 5º), entretanto, sem nenhuma referência objetiva em seu texto à expressão *processual*³⁷.

Dentre as críticas à teoria da relação jurídica processual de Oskar Von Bülow está o posicionamento de James Goldschmidt. Para o ex-professor da Universidade Humboldt de Berlim, que se valeu do conceito de *situação jurídica* de Kohler, o processo não corresponde à verdadeira *relação jurídica processual*³⁸. Para tanto, empreendeu esforços em demonstrar que o

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 391; ASSIS, Araken. *Cumulação de Ações*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 19.ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 280.

³⁶ Em sentido contrário, situa-se a teoria francesa de 1859 de Arnaut de Guényvau, expressada na obra "Du quase-contrat judiciaire", o qual considerava o processo como um *quase-contrato*, advento das categorias do direito privado. Segundo a Eduardo Couture, não é possível encontrar justificativa razoável para a tese do processo como um *quase-contrato*.

³⁷ ASSIS, Araken. *Cumulação de Ações*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31. Segundo FREDERICO MARQUES, "no Brasil, não foi de fácil penetração a concepção da relação processual. Presos às tradições romano-canônicas do direito comum e à doutrina procedimentalista, os autores nacionais custaram realmente a focalizar a teoria criada por Bülow" (*Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 79, v. 2).

³⁸ "É de Koler o conceito de situação jurídica. Dêle tem feito uso a doutrina processual e outras ciências jurídicas. Todavia, Goldschmidt alude à situação de direito com outro sentido.

direito processual caracterizava-se por um estado de incertezas, onde as partes não poderiam discriminar os limites de suas obrigações e direitos³⁹.

Nas precisas lições de Frederico Marques, “Goldschmidt encara a situação jurídica, sob aspecto processual, em que as normas de direito material são concebidas, não como regras de conduta, e sim, como regras de julgamento”⁴⁰. A ideia de uma *situação jurídica* (“*Rechtslage*”) seria mais idônea à traduzir a dinamicidade do processo, já que a visão estática era própria ao direito material.

A despeito das considerações de Goldschmidt e da notada insuficiência da ideia de processo como relação jurídica para definir sua natureza, também apontada por processualistas de escol⁴¹, é evidenciado que a maior vicissitude residente no conceito de *relação jurídica processual*, cinge-se exatamente por carregar consigo um caráter geral-abstrato ao neutralizar “a substância da própria relação em vida”⁴², que é herança do pandectismo alemão, ao conceber um ideal puramente abstrato, sem vida ou humanidade⁴³, cunhado à luz de pretensão à tutela de direitos eminentemente patrimoniais de favorecimento à burguesia dominante, sem considerar as diferentes posições sociais dos cidadãos⁴⁴. O sistema das Pandectas, a rigor, expõe um modelo

Kohler a concebeu como elemento ou fase no surgir e desenvolver-se de um direito subjetivo, aparecendo, pois, a situação jurídica qual relação ainda em formação ou incompleta: um *minus* ou um *aliud* em comparação com a relação jurídica” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 88, v. 2).

³⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19, v.1.

⁴⁰ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 88, v. 2

⁴¹ Trata-se dos apontamentos de Cintra, Grinover e Dinamarco: “A aceitação da teoria da relação jurídica processual, todavia, não significa afirmar, como foi feito desde o aparecimento desta, que o processo *seja* a própria relação, processual, isto é, que o processo e relação processual sejam expressões sinônimas” (*Teoria Geral do Processo*. 19.ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 283).

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 396.

⁴³ Elucidativamente, esse traço é evidenciado por Franz Wieaker (*História do Direito Privado Moderno*. 4.ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 508), na seguinte passagem: “O sóbrio e claro Arndts (1822-1880), cujas *Pandekten* (1852) atingiram as catorze edições, pôde ser acusado, ironicamente, por Jhering de não ter passado no exame de admissão no paraíso dos conceitos por os seus pontos de vista não serem ‘suficientemente teóricos, pois ele muitas vezes sacrificava a pura teoria às necessidades práticas da vida’

⁴⁴ Com efeito, ressalta o processualista paranaense: “Como é óbvio, o conceito de relação jurídica *processual* sofre exatamente das mesmas mazelas da sua congênere – a relação jurídica de direito privado –, dada a sua fonte comum, a pandectística alemã. É nessa dimensão, aliás, que se pode compreender a razão de ser do brado de Fazzalari – por ele não explicado –, no sentido de que a relação jurídica processual é um ‘vechio e inadatto

teórico “neutral”, retraído e desprovido de paixão, “como se o Direito não fosse de homens e para homens”, conforme bem analisa Orlando de Carvalho⁴⁵. Ainda na lição do jurista português, a relação jurídica dessa índole afastava-se de qualquer antropocentrismo jurídico, o homem não figura no centro do direito. Ao revés, um manancial de conceitos tênues, fluídos e abstratos permearam a ideia de relação jurídica⁴⁶.

Como bem disse Carvalho, “a óptica pandectísta sentiu-se dispensada desde aí de qualquer esforço de correspondência às estruturas vitais, visto que as superestruturas dos conceitos se ofereciam desde aí como a transcrição científica de semelhantes estruturas, como o espelho fiel de tais instituições”⁴⁷.

Note-se que essa perspectiva superou o direito privado e influenciou consideravelmente o delineamento do conceito da *relação jurídica processual*, eis que nem mesmo a teoria de Bülow conseguiu se afastar “do conceitualismo ou do cientificismo neutro próprios à pandectística”⁴⁸. Para Marinoni a referida neutralidade do conceito de relação jurídica processual “escamoteou a realidade concreta, permitindo a construção de uma ciência processual que se queria bastante ou supunha que poderia viver imersa em si mesma, sem olhar para a realidade de direito material e para a vida dos homens”⁴⁹.

Com efeito, pontifica Marinoni:

Nessa época, aliás, não era possível ajustar o procedimento, isto é, as normas legais que lhe dão composição, a princípios substanciais de justiça, atualmente presentes nos princípios constitucionais de justiça e nos direitos fundamentais. De modo que a relação jurídica, desenvolvendo-se a partir de um módulo legal elaborado a partir da vontade suprema do parlamento ou do princípio da supremacia da lei, certamente podia escamotear a intenção do poder⁵⁰.

clichê pandettístico” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 395).

⁴⁵ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981, p. 43.

⁴⁶ Idem, 1981, p. 43-44.

⁴⁷ Idem, 1981, p. 46.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 396.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 397

⁵⁰ Idem, 2008, p. 397.

O que se pretende demonstrar é que a neutralidade e a ausência de preocupação valorativa em relação às partes arraigadas à cientificidade do conceito de relação jurídica processual, contribuiu à gênese de um direito processual civil apto a ignorar a realidade social e os obstáculos sociais e políticos. Aliás, essa crítica histórica à teoria da relação jurídica, vai além na intuição de Marinoni. Com o rigor que lhe é peculiar, assevera que a partir desse perfil descompromissado com a realidade dos homens “não há como pensar em legitimidade da jurisdição com base na efetividade da participação das partes na formação da decisão”⁵¹.

Na verdade, o conceito de relação jurídica processual é acesso ao de legitimidade, seja de legitimidade pela participação no procedimento, de legitimidade do procedimento e de legitimidade da decisão. A neutralidade do esquema da relação jurídica processual imuniza o processo em relação à legitimidade do exercício do poder, à legitimidade do módulo processual em face das necessidades de tutela dos direitos e dos direitos fundamentais, assim como diante da legitimidade da decisão⁵².

Significativamente, em seu tempo, Elio Fazzalari já havia constatado as digressões a respeito das perspectivas aludidas por Bülow e Goldschmidt, não só pela insuficiência do conceito, mas também quanto ao seu conteúdo. Em suas *Instituzioni di diritto processuale*, Fazzalari concebia o processo como o próprio procedimento, mas animado pelo contraditório, repudiando a inserção da relação jurídica processual no conceito de processo e sugerindo que se passasse “a considerar como elemento do processo essa abertura à participação, que é constitucionalmente garantida”⁵³.

A compreensão da existência de uma *relação jurídica processual*, que obteve grande aderência dos processualistas brasileiros⁵⁴, com a devida vênia, não exclui as perspectivas propostas por Fazzalari ao ressaltar a proposição de um *procedimento em contraditório*. Ao se considerar

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 398.

⁵² Idem, 2008, p. 398.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 19.ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 285.

⁵⁴ FREDERICO MARQUES (*Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 79, v. 2) destaca que entre nós aceitaram a teoria da relação jurídica: Gabriel Resende Filho, Lopes da Costa, Pontes de Miranda, Jorge Americano, Alfredo Buzaid, Galeno Lacerda, Luís Eulálio Bueno Vidigal, Amílcar de Castro, Hélio Tornaghi, Machado Guimarães e outros.

a relação jurídica processual, conforme aduzido alhures, evidenciava-se o perfil autonomista do processo em face do direito material e implicava na cisão do sincretismo entre os conceitos de processo e procedimento. O *procedimento em contraditório* de Fazzalari obteve sua gênese em complementação ao ideal de relação jurídica. Ao se considerar a concepção pautada no contraditório, não há como se excluir os elementos que integram a relação processual (autor, réu e juiz). Com efeito, o grande mérito de Fazzalari, ressalvado melhor juízo, foi o de explicitar a dinamicidade dessa relação intersubjetiva, cujos apontamentos iniciais já haviam sido expostos através de Goldschmidt, ao repudiar o caráter estático da *relação jurídica processual*.

Na verdade, a compreensão do processo pelo prisma da relação jurídica⁵⁵ permite afastar os elementos de cunho autoritário no processo civil ao redimensionar a importância das partes e sujeitos no processo, reiterando a possibilidade de exercício de poder do cidadão contra as arbitrariedades estatal⁵⁶.

Esse viés, outrossim, propõe a superação do hábito metodológico denunciado por Dinamarco⁵⁷ em observar o sistema processual através do espectro da ação. Essa perspectiva acusa um perfil individualista e unitário, ocultando os significados da ordem jurídica estatal. A rigor isso exprime a indiferença pelas posições sociais e bens, um traço e resquício da ideologia do Estado Liberal, ao ignorar as particularidades e anseios sociais em detrimento da liberdade formal dos cidadãos. Como também já afirmou Marinoni, “entendia-se que, para ser conservado o direito de ir a juízo, bastaria se dar ao cidadão o direito formal de apresentar sua pretensão em juízo e proibir o Estado de obstaculizar o exercício desse direito. Todavia, pouco importava se o cidadão – aí também chamado de indivíduo-razão – teria condições econômicas de usufruir tal direito”⁵⁸.

⁵⁵ Interessante e pertinente a perspectiva adotada por Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira ao propor o estudo da relação jurídica sob a ótica de Arthur Kaufmann. Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz; ABOUD, Georges. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*, n. 166. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁵⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz; ABOUD, Georges. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*, n. 166. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 54.

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo:

Deveras, como escreveu Dinamarco “ver e tratar o processo, discipliná-lo e aplicar concretamente seus preceitos a partir dessas premissas, permite endereçá-lo aos objetivos em razão dos quais têm vida o próprio ordenamento processual e os seus institutos”⁵⁹.

O processo civil pautado nessa índole não envolve apenas uma relação entre o Estado-juiz e as partes, mas deve ser *focalizado* sob os diversos ângulos convergentes ao dever Estatal de prestar a tutela dos direitos⁶⁰. Note-se que nem mesmo a aludida autonomia do processo frente ao ordenamento substancial diverge do modelo de processo por ora comentado. Especificando, a autonomia não se confunde com neutralidade do processo em relação ao direito material⁶¹: o processo não pode ser indiferente ao direito material pretendido. Considerado como instrumento de efetividade da jurisdição, não há como pensá-lo dissociado das necessidades apontadas pelo direito material. Nesse sentido, Proto Pisani destaca com propriedade:

Daqui resulta que a instrumentalidade do direito processual não significa neutralidade; o direito processual – nos mais variados procedimentos e formas de tutela em que se articula – não pode ser indiferente à natureza dos interesses em conflito: não é – e por isso não é correto falar de neutralidade – porque a predisposição do procedimento idôneo a forecer situações de vantagem dependem da existencia ou modo de existência do mesmo direito substancial⁶².

Como também já afirmou Bedaque “a natureza do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e

Revista dos Tribunais, 2008, p. 46.

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 399.

⁶¹ Ovídio Baptista da Silva observa que “a neutralidade quanto a valores, herança das correntes filosóficas do século XVII, depois acolhida por Kant, foi um dos pilares sobre os quais se construiu o *mundo jurídico*, como um mundo conceitual, puramente normativo, distante e sem compromisso com a realidade social”. (SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 140).

⁶² No original: “Ne consegue Che strumentalità Del diritto processuale non significa neutralità; Il diritto processuale – Nei molti procedimenti e nelle varie forme di tutela in cui si articola – non è, non può essere, indifferente rispetto alla natura degli interessi in conflitto: non lo è – e per questo non è corretto parlare di neutralità – poiché dalla presiposizione di procedimenti idonei a fornire tuazioni di vantaggio dipende l’esistenza o Il modo di esistenza dello stesso diritto sostanziale” (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4.ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 6).

para a pacificação social”⁶³.

1.3 FORMALISMO NO PROCESSO CIVIL

É extremamente curioso ainda ser sustentada a tese de que o formalismo se constitui na pedra angular das vicissitudes do processo civil. Em tempos de instrumentalidade do processo, acesso à justiça e celeridade processual, a temática relativa ao formalismo pode soar como afronta aos avanços processuais conquistados e edificados ao longo dos anos. Em verdade, observa Troller, “essa censura da formalidade, que pode resultar em injustiça, sai mais rapidamente do lábio dos leigos do que dos juristas educados no pensamento formal”⁶⁴.

Deveras, há que se reconhecer que as críticas não são de todo desarrazoadas. Historicamente, o processo civil viu-se marcado à rigidez das formas. Enquanto os institutos jurídicos civis modificavam-se em sua essência, ainda que singelamente, a rigidez permanecia como a espinha dorsal do processo, mesmo após as rebuscadas modificações⁶⁵.

O processo civil, em particular, carrega em sua vocação o aspecto formal ao impor e definir formas a serem observadas pelas partes. A forma, na lição de Dinamarco, é a “expressão externa do ato jurídico e revela-se no modo de sua realização, no lugar em que deve ser realizado e nos limites de tempo para realizar-se. Opõe-se conceitualmente à substância do ato, que se representa pelo seu conteúdo, varia caso a caso e corresponde ao encaminhamento a ser dado ao processo e ao litígio em cada situação específica”⁶⁶.

Entretanto, o formalismo transcende a dinâmica da forma do ato processual. Já advertia Oliveira que a forma do ato não é o mesmo que

⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19.

⁶⁴ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, p. 15.

⁶⁵ Idem, 2009, p. 16-17.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38, v.1.

processo como forma⁶⁷. O formalismo, ou a forma em sentido amplo, segundo o autor, “contém a ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento”⁶⁸. Com efeito, a seu tempo Liebman já alertara que, por diversas vezes, ao rigor da forma era conferido “a tarefa de constranger o procedimento na linha resignada”⁶⁹.

Revela-se o formalismo processual, continua Oliveira, em elemento indispensável por compreender não só a forma, ou as formalidades, mas também a delimitação dos poderes, faculdade, direitos e deveres dos sujeitos processuais, para fins de coordenação e ordenação do procedimento e organização do processo⁷⁰.

Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atual como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado.

(...)

O formalismo processual controla, por outro lado, os eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando por conseguinte como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si. O fenômeno oferece duas facetas: no plano normativo, impõe uma equilibrada distribuição dos poderes entre as partes, sob pena de tornar-se o contraditório uma sombra vã; *no plano do fato*, ou seja, do desenvolvimento concreto do procedimento, reclama o exercício de poderes pelo sujeito, de modo a que sempre fique garantido o exercício dos poderes do outro. O justo equilíbrio presta-se, portanto, para atribuir às partes, na mesma medida, poderes, faculdades e deveres, de modo que não seja idealmente diversa sua possível influência no desenvolvimento do procedimento e na atividade cognitiva do juiz, faceta assaz importante da própria garantia fundamental do contraditório. Embora se cuide aqui de um postulado lógico, não se pode deixar de reconhecer que sua realização é garantida apenas pela forma em sentido amplo⁷¹.

Como visto, o formalismo processual evidencia o aspecto organizacional do processo e permite o controle da igualdade das partes no processo. Logo, a importância não se está na realização estrita das exigências

⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

⁶⁸ Idem, 2010, p. 28

⁶⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 29.

⁷⁰ OLIVEIRA, 2010, p. 28

⁷¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29-31.

formais, mas na previsibilidade que a forma proporciona e faz transparecer ao iluminar as garantias processuais das partes, bem como, a delimitação dos seus poderes e do juiz. O formalismo encerra o elemento basilar tanto da efetividade quanto da segurança jurídica do processo. É nesse ponto que Bedaque chega a afirmar que “as formas devem ser respeitadas na medida e nos limites em que sejam necessárias para atingir sua própria finalidade – isto é, conferir segurança e objetividade ao procedimento. Ausente essa função, podem ser transgredidas”⁷².

Por tais razões é que o sistema de nulidades encartadas no Código de Processo Civil (artigos 244 e 249, §1º e 2º) preceitua a inexistência de nulidade sem prejuízo. Ora, se a exigência formal não foi necessariamente observada e essa conduta não induz em prejuízo à parte, não persistem razões para se declarar a nulidade do ato ou fase processual. Em resumo, no magistério de Dinamarco, “as exigências formais estão na lei para assegurar a produção de determinados resultados, como meios preordenados a fins: o que substancialmente importa é o resultado obtido e não tanto a regularidade no emprego dos meios”⁷³.

Todavia, a crítica recai sobre o formalismo contumaz e o culto à forma em detrimento da essência e finalidade do ato processual e do processo. O perfil negativo do formalismo, com efeito, contribuiu para a formação de uma dogmática jurídica ávida pelo cientificismo, desvinculando-se da realidade concreta.

Deveras, os anseios de ordem e resignação, bem como a sistematização do direito, suprimiam os detalhes da vida. Wieacker descreve a influência do formalismo na ciência jurídica do século XIX como uma trágica opção-chave, exatamente pelo desligamento do conceito jurídico com a realidade, fazendo-o possuir apenas uma existência intelectual⁷⁴. Ao tempo em que o alheamento da ciência jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais do direito conduziu à vitória do formalismo, em reação ao racionalismo

⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 427.

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 39, v.1.

⁷⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4.ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 458.

formal do jusracionalismo, surgiram, por arrastamento, as orientações de protesto *anti-formalista* contra a “recusa de referência à realidade social por parte da ciência jurídica”⁷⁵.

A preocupação com as reais dimensões do processo não permitem escamotear o formalismo. O repúdio à forma é tão nocivo quanto o formalismo irresponsável e contumaz, de exclusivo culto à forma. O problema que circunda a questão está em considerar o formalismo como sinônimo de burocracia na realização do direito através do processo – cujos conceitos não são coincidentes – e, equivocadamente, atribuir o adjetivo *burocrático* ao ato ou técnica essencialmente instituída para conferir os contornos formais essenciais ao processo. Nesse passo, a crítica que se elabora deve recair sobre as tendências *simplificadoras* do direito, em que se atribuem à forma o ponto crucial da ausência de efetividade do direito e do processo – em cujo discurso muitas vezes se desconsideram os direitos e garantias processuais das partes e o ambiente cultural em que o jurisdicionado se insere –, como se a complexidade do direito fosse apenas por uma contumaz burocracia-formal.

A divergência entre a realidade normativa e a vida sensível, certamente, não se resolve com a abolição ou abrandamento da forma e, muito menos, com a inflação do direito e do processo com formalidades desnecessárias. Ora, militar a favor ou contra o abrandamento formal – nesse contexto se inserem as tendências *flexibilizadoras* do direito e do processo –, somente será uma discussão válida se considerados as demais resultantes da vida social e do ambiente jurídico-cultural. O comprometimento da distribuição dos direitos e deveres processuais das partes e do juiz no processo civil, da previsibilidade dos atos e do *iter* procedimental, todos em detrimento da forma, não se traduz em atitude acertada.

À evidência, o aspecto positivo do formalismo em muito contribui para a consecução dos escopos do processo civil e, em pouco se identifica com os perfis neutrais entre o direito e a realidade. É nesta perspectiva e com tais premissas em mente que se situará a análise das tendências modificativas do procedimento e a crise de identidade do procedimento ordinário.

⁷⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4.ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010 p. 458.

1.4 SIGNIFICADO DE PROCEDIMENTO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

O estudo do *procedimento* no direito processual civil ao longo da história consistia em desarrazoada relutância doutrinária, eis que este era considerado mero avanço gradual que, na maioria das vezes, possuía conceito “diluído no processo, tendo este absorvido e anulado a importância daquele”⁷⁶. No Brasil, a reabilitação do procedimento como instituto processual de primeira importância foi habilmente manejado nas obras de Cândido Rangel Dinamarco. O grande celeuma estava na dificuldade em conseguir “demonstrar que o processo fosse algo distinto do procedimento, situado fora dele, e em menos de um século acabou por ressurgir na mente dos processualista o valor do procedimento no próprio conceito de processo”⁷⁷.

As tendências científicas do século XIX permitiram a distinção entre *processo* e *procedimento* ocupassem a doutrina. A distinção entre eles (processo e procedimento) “foi o início da passagem do empirismo à ciência em determinado momento da história doutrinária do processo”⁷⁸. Entretanto, na advertência da Teresa Arruda Alvim Wambier “a doutrina é rica em distinções não definitivamente concludentes a respeito, e muitos dos que tentam tenazmente estabelecer um traço divisório entre ambos os fenômenos jurídicos acabam por fazê-lo de forma excessivamente abstrata, além de, sob certo aspecto, mais filosófica que processual”⁷⁹. A questão de relevo na adoção de uma distinção entre as duas categorias é a sua operabilidade⁸⁰.

A noção de *processo* é tradicionalmente compreendida através da ideia de *relação jurídica processual*, estabelecida entre os sujeitos (autor,

⁷⁶ MARTINS, Sandro Gilbert. *Processo, procedimento e ato processual: o plano da eficácia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 2.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 149.

⁷⁸ KOMASTU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 112.

⁷⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O conceito de sentença no CPC reformado. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 528.

⁸⁰ A distinção entre os conceitos foi contemplada pela Constituição da República de 1988 ao estabelecer a regra de competência concorrente da União, do Distrito Federal e dos Estados para legislar sobre *procedimento em matéria processual* (art. 24, XI). Assim, ressalvada a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria de ordem processual (art. 22, I da Constituição da República), os Estados e o Distrito Federal, concorrentemente também podem instituir legislação para a disciplina do procedimento.

réu e juiz), iluminada pelo atributo teleológico consubstanciado em sua aptidão para a resolução do conflito, encerrada pela concessão de um pronunciamento de caráter definitivo⁸¹. Esse é o sentido atribuído na doutrina italiana por Redenti e Vellani⁸². Logo, as acepções *processo* e *procedimento* seriam duas faces da mesma realidade⁸³.

O procedimento, por sua vez, na expressão de Dinamarco, tem o valor de *penhor da legalidade* no exercício. “A lei traça o modelo dos atos do processo, sua sequência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido (...)”⁸⁴. Ainda à luz da perspectiva da relação jurídica processual, a noção de procedimento nasce da concepção de movimento dessa relação, representado pelo aspecto exterior dessa movimentação, dos atos que se perpetram no tempo⁸⁵. Exatamente pela previsibilidade desses atos na legislação processual é que o aspecto da legalidade emerge.

O conceito trazido por Dinamarco é conclusivo: “Procedimento é o conjunto ordenado de atos mediante os quais, no processo, o juiz exerce a jurisdição e as partes a defesa de seus interesses”⁸⁶.

Esse conceito acusa um conteúdo compreendido por quatro aspectos elementares⁸⁷: i) a *indicação dos atos* a serem realizados, aqui

⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O conceito de sentença no CPC reformado. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 529; NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 257.

⁸² “Nel linguaggio tecnico delle nostre fonti, a cominciare dal codice di procedura civile, si dà più precisamente il nome di processo allo svolgimento pratico concreto di attività intese alla formazione di provvedimenti giurisdizionali” (REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. *Diritto Processuale Civile*. 5.ed. Milão: Giuffrè Editore, 2000, p. 101).

⁸³ Essa é a proposição aludida por Teresa Arruda Alvim Wambier: “Assim, os dois conceitos se afastam, não por se referirem a objetos distintos, mas por dizerem respeito a aspectos diversos do mesmo objeto e, pois, observáveis na mesma realidade fática”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O conceito de sentença no CPC reformado. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 529)

⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 150.

⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O conceito de sentença no CPC reformado. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 529.

⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 443, v. 2.

⁸⁷ Idem, 2004, p. 444-446.

compreendidos como os atos das partes (demanda e reação), os atos do Estado-juiz (provimento jurisdicional) e os atos intermediários (como os atos de citação, atos executórios, as audiências etc.); *ii*) a determinação da *forma* de cada ato processual, que nada mais constituem o modo, o tempo e o lugar dos atos que integram o procedimento; *iii*) o estabelecimento de uma *ordem sequencial* a ser observada, ao disciplinar o caminho (roteiro) ou *iter* a ser observado⁸⁸; *iv*) a *diversificação estrutural* entre as diversas espécies de tutela jurisdicional, cujos apontamentos serão tratados no capítulo seguinte.

No substrato teórico que permeia o binômio *processo* e *procedimento*, entende-se que o ponto nodal de seus significados não está no caráter dinâmico ou estático. Configurado o processo à luz de um *modelo constitucional* não há como renegar a imprescindibilidade do conceito de *procedimento*, seja como um módulo legal (perfil estático) ou como uma sequência de atos (perfil dinâmico). A exigência do Estado Constitucional reside na imperiosa necessidade de se estruturar o procedimento, enquanto uma *técnica processual* hábil e idônea a permitir a efetiva tutela do direito material⁸⁹.

Marinoni leciona com propriedade:

A percepção da autonomia e da natureza pública do direito processual não constituiu fundamento para se perguntar apenas pelo fim do processo, esquecendo-se do procedimento. Na realidade, a definição de processo que não considera o procedimento encobre uma porção essencial do objeto a ser elucidado. Tal definição manipula o conceito de processo, negando parcela da realidade a ser compreendida⁹⁰.

Atribuir ao procedimento caráter técnico é sobremodo consentâneo desgarrar-se do saturado prospecto de adequação do processo

⁸⁸ Como diz Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 446, v. 2), “são mais rígidos ou mais flexíveis os ordenamentos jurídicos em relação à ordem sequencial dos atos e sua distribuição em fases. O sistema brasileiro é particularmente rígido, no sentido de que exige uma caminhada sempre para frente, sem retrocessos, deixando pouca margem de liberdade aos sujeitos processuais: superada uma fase ou o momento de realização do ato, não se pode retroceder para realizá-lo depois (preclusão).

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2008, p. 403.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2008, p. 401

ao direito material. Trata-se o procedimento de uma técnica processual que traz em seu âmago a capacidade de suportar e confortar outras modalidades de técnica processual. Por isso, além de se pensar nas diferentes formas de tutela para a efetiva proteção dos direitos e, conseqüentemente, é necessária a formação de uma dogmática crítica hábil a avaliar a aptidão do procedimento em atingir esse desígnio. Portanto, “engana-se quem imagina que o procedimento, apenas por também poder ser visto como uma sequência de atos, não tem finalidade e não se destina a atender a objetivos e a necessidades específicas”⁹¹. Assim, essa dimensão do procedimento traz à voga sua aptidão para expressar os direitos fundamentais processuais e evidencia o perfil democrático do processo jurisdicional.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2008, p.. 401.

2 O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO E(M) CRISE

2.1 A IDEOLOGIA DA UNIFORMIDADE PROCEDIMENTAL

O ideal cientificista do direito processual civil ressaltado na preocupação autonomista do processo civil frente ao direito material, como visto, sublinhava o procedimento como um mero rito, uma formalidade de menor importância destinada à realização e exteriorização do direito. A despeito disso, promoveu-se a conceituação do *processo* totalmente desvinculado da ideia de *procedimento*⁹². Nas precisas lições de Marinoni⁹³ a marginalização do procedimento refletia os ideais e valores de uma época nas quais os juristas apenas preocupavam-se em “delimitar o processo em relação ao direito material”. Como visto, a gênese da teoria da relação jurídica contemplou conceitos abstratos e a conceitualização do direito para atender o que Marinoni denominou de “cidadão sem rosto”, implicando em “expulsar a realidade concreta”⁹⁴. Note-se que as diferentes posições sociais e as diversas necessidades clamadas pelo direito material eram tratadas de modo universal.

O direito liberal imaginava que, para garantir a liberdade dos homens, deveria interferir o mínimo possível na esfera dos particulares. Sustentava-se, nessa época, a ideia da igualdade (formal) de todos perante a lei, proibindo-se o legislador de estabelecer tratamento diversificado às diferentes posições sociais. Supunha-se que, com a impossibilidade de o Estado agir diante das necessidades sociais, estaria garantido o bem mais supremo do homem, que seria a sua liberdade, pouco importando se ela não pudesse ser usufruída por todos, e assim não fosse entendida como uma liberdade concreta.

Com as particularidades da sociedade deveriam ser ignoradas em nome da liberdade formal, o Estado liberal passou a legislar com os olhos em um cidadão “sem rosto”, ou que seria igual a todos, independentemente de suas sensíveis diferenças concretas. Diante disso, o princípio da igualdade formal – que não foi feito para o homem de carne e osso – trouxe uma série de discriminações e injustiças⁹⁵.

A garantia de direitos aos cidadãos era expressada de modo

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 417.

⁹³ Idem, 2008, p. 417.

⁹⁴ Idem, 2008, p. 418.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 46.

formal e, muitas vezes, como no caso dos juízes franceses pré-revolucionários, com a mitigação de direitos em detrimento do interesse dos poderosos, pois “se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o *status quo* (...). Não havia qualquer isenção para julgar”⁹⁶. Nesse passo, o procedimento ordinário colhia o mérito por conciliar os ideais de segurança, garantia das partes e o do juízo, de economia e celeridade⁹⁷.

Para Moraes e Barros, “nele o contraditório é amplo e inexcedível. Há plena faculdade de alegar e contra-alegar. Não há qualquer dificuldade oposta à parte no exercício do seu poder-dever de provar e de contra-provar”⁹⁸. Assim, o procedimento ordinário assumiu o perfil generalista, acreditando-se que seria hábil e suficiente para todas as situações. Esse perfil totalizador e uniformizado foi captado por Becker, que assim sintetiza:

A tese do procedimento ordinário (único e universal) soa então como verdadeira projeção do princípio da identidade, a submeter o não-idêntico (as diversas situações de direito material), violando suas particularidades (p. ex., juízos sumários) em proveito de uma totalização, que se exprime numa padronização que redundava na inefetividade do processo⁹⁹.

O procedimento ordinário, aliado ao processo de conhecimento estritamente delineado por sua aptidão declaratória – dissociada de qualquer atividade de cunho executivo – se mostrara parco em comprometimento com a realidade social e amplamente arraigado de formulas de perfil universal e aplicação silogística, crenças de sua aptidão para a solução de todo e qualquer caso concreto. É o estigma da filosofia racionalista¹⁰⁰.

Como já observou Baptista da Silva, esse comprometimento

⁹⁶ MARIONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 53.

⁹⁷ Essas são as ponderações de Hamilton de Moraes e Barros ao tempo do advento do Código de Processo Civil de 1973.

⁹⁸ BARROS, Hamilton de Moraes e. Aspectos dos procedimentos especiais em face do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, n. 247. Rio de Janeiro, 1974, p. 16.

⁹⁹ BECKER, L.A. *Contratos Bancários: execuções especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 240.

¹⁰⁰ Cf. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e Efetividade no Direito Processual Civil - A Sumariedade Material da Jurisdição - Proposta de Estabilização da Tutela Antecipada em Relação ao Projeto de Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 210; Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

com o ideal racionalista fomentou a formação do Direito como ciência em busca da verdade análoga à matemática, sem qualquer compromisso com a realidade ou com a justiça¹⁰¹. Logo, o procedimento ordinário se tornou o único hábil a assegurar a neutralidade do juiz, que se obrigava a julgar somente após exaustiva fase probatória e depois da busca de um convencimento definitivo. Na lição do mencionado processualista gaúcho, “Esta ideologia é responsável pela irresistível tendência a que estão expostos os processualistas, de privilegiar sempre as demandas plenárias, com supressão das formas sumárias de tutela processual, independentemente do elevado custo social que esta opção possa provocar”¹⁰².

O desenvolvimento desse perfil ao procedimento ordinário, em verdade, como bem adverte Saldanha, não é fruto da natureza das coisas, mas de uma construção ideológica e teórica da ação processual com base na ideia de relação jurídica processual abstrata que qualquer um pode valer-se¹⁰³. Com o advento do Estado Constitucional a jurisdição e o processo passaram a ser observados pela ótica do dever estatal de proteção aos direitos e pela imprescindibilidade do “juiz atribuir sentido ao caso concreto”¹⁰⁴.

2.2 A INSUFICIÊNCIA DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO PARA A TUTELA DOS DIREITOS

A justificação do procedimento ordinário parte do ideal de que o procedimento poderia ser neutro e hábil a solução de qualquer situação litigiosa. Sem embargos, trata-se de um resquício do Estado Liberal em que os direitos eram pensados independentemente da posição social ou das necessidades concretas do cidadão, manifestando o mito da igualdade formal¹⁰⁵. O procedimento ordinário ora aludido não contemplava técnicas

¹⁰¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 114.

¹⁰² SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007., p. 114.

¹⁰³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e Efetividade no Direito Processual Civil - A Sumariedade Material da Jurisdição - Proposta de Estabilização da Tutela Antecipada em Relação ao Projeto de Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 210.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 2008, p. 418.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 46.

antecipatórias e prezava por tutelas jurisdicionais frequentemente baseadas no adimplemento pelo equivalente monetário, em detrimento da tutela específica dos direitos.

Historicamente, em que pese o abalo da ideologia do procedimento ordinário a partir da *Clementina Saepe Contingit*¹⁰⁶ e da sumarização procedimental dos títulos executivos, visando a satisfação dos interesses mercantis medievais, como bem anota Saldanha, a generalidade logrou-se em se manter hígida enquanto “instrumento de manutenção da ideologia de grupos sociais dominantes”¹⁰⁷.

Esse perfil dogmaticamente estruturado em bases uniformes e neutras também foi contemplado pela legislação processual civil brasileira. A despeito dos excessos da fase liberal e pré-revolucionária comentada anteriormente, nos dizeres de Munhoz da Cunha, o sistema processual civil brasileiro carregava uma *ordinarização* quase absoluta, “fosse quanto ao modo de formação do provimento em cognição exauriente, fosse quanto ao isolamento das funções processuais, para só admitir a atividade executiva após o trânsito em julgado do provimento cognitivo (*nulla executio sine titulo*) e, preferencialmente, mediante outra ação”¹⁰⁸. Esse aspecto foi retratado por Liebman inclusive quanto aos processos executivos, ao reportar que “a cognição por iniciativa do devedor só teria de ser a ordinária, porque senão iria de encontro à presteza que se entende relacionada com a eficácia da *parata executio*”¹⁰⁹.

A constatação era demasiadamente óbvia. O sistema processual ainda atrai críticas acerca de sua insuficiência em prover os direitos, seja de modo efetivo, seja de modo célere. Os procedimentos especiais, em

¹⁰⁶ Ao que consta, a referida bula de 1306 inaugura a sumariedade, ao instituir um procedimento em que a cognição era restrita e apontava a forma *simpliciter breviter, de plano ac sinestrepitu et figura iudicii*, calcada na oralidade, na concentração de atos e em formalidades reduzidas. Cf. FAIREN GUILLEN, Victor. *El juicio ordinario y los plenarios rapidos: lós defectos em la recepcion del derecho procesal comum; sus causas y consecuencias em doctrina y legislacion actuales*. Barcelona: Bosch, 1953.

¹⁰⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e Efetividade no Direito Processual Civil - A Sumariedade Material da Jurisdição - Proposta de Estabilização da Tutela Antecipada em Relação ao Projeto de Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 210.

¹⁰⁸ CUNHA, Alcides Munhoz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 11 : do Processo Cautelar arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2001, p. 29.

¹⁰⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 65.

linhas gerais, surgiram no Código de Processo Civil e em legislações extravagantes, para disciplinar situações específicas do direito material, tal como ocorreu com a Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/1968), ao permitir, por exemplo, a fixação de alimentos provisórios e delinear um rito mais ágil. No Código Buzaid de 1973, os procedimentos especiais, no plano formal, eram considerados excepcionais, quando contrastados com a temática procedimental prevista no processo de conhecimento do mesmo diploma (Livro I), “fosse porque admitiam atividade executiva pós-sentencial nos processos de cognição exauriente, dispensando ação de execução, fosse porque admitiam também liminares interinais”¹¹⁰.

É bem verdade que antes da reforma processual de 1994, que instituiu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, os juízos de verossimilhança eram plenamente desprestigiados e a atuação dos provimentos jurisdicionais no plano fático somente se satisfazia após a existência de um procedimento chancelado pela cognição em sua forma exauriente¹¹¹.

Em suma, não foi difícil para o procedimento ordinário apresentar suas vicissitudes em prover o jurisdicionado. Nesse sentido, com propriedade, salienta Munhoz da Cunha:

Percebeu-se que as garantias formais que o ordenamento conferia aos padrões de tutela jurisdicional dos direitos subjetivos não mais satisfaziam aos consumidores dos serviços jurisdicionais, que necessitavam de tutela mais ágil, diferenciadas daqueles padrões e, simultaneamente, com maior segurança jurídica que a tutela cautelar residual, podia conferir, posto que essa não definia direito e tampouco seus provimentos podiam aspirar a garantia da estabilidade, tanto que surgiam perplexidades nesse particular¹¹².

A partir da ordinarização do procedimento privilegiava-se as tutelas de cognição exauriente, em detrimento das tutelas fundadas em cognição sumária, bem como, uma exaustiva fase probatória sempre visando a

¹¹⁰ CUNHA, Alcides Munhoz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 11 : do Processo Cautelar arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2001, p. 30.

¹¹¹ Nesse ponto reside o outro aspecto da ideologia do procedimento ordinário, a corriqueira separação entre execução e conhecimento.

¹¹² CUNHA, Alcides Munhoz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 11 : do Processo Cautelar arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2001, p. 31.

consecução do atributo da coisa julgada material. Por outro lado o mito do procedimento uniforme ampliava a cisão entre o binômio cognição e execução¹¹³ e, a reboque, fez com que a sentença condenatória assumisse perfil universalizador. Aliás, esse é o magistério de Marinoni:

Note-se que a “abstração” dos bens e das pessoas reflete sobre a própria tentativa de “abstração” dos procedimentos e das sentenças. Se tudo é igual, e assim não há necessidade de tutela diferenciada ou específica, basta um único procedimento, uma única sentença, e logicamente apenas os meios executivos tipificados em lei¹¹⁴.

Deveras, a insuficiência do procedimento possui sua gênese na falácia de que o procedimento poderia se neutralizar frente ao direito material e universalizar-se diante de toda e qualquer situação. A crítica reside exatamente nesse aspecto, eis que, o procedimento ordinário “jamais poderá dar conta das várias necessidades de tutela do direito material”¹¹⁵. Enquanto uma *técnica processual* destinada à consecução do direito material, o procedimento deve viabilizar e ser adequado a esse desiderato. Esse anseio teleológico, por si, implica na conclusão de que o procedimento, ao caracterizar o processo jurisdicional, deve ser apto à propiciar a adequada tutela dos direitos¹¹⁶.

2.2.1 O *interdictum* no processo civil romano: a tutela interdital e a superação da ordinariedade procedimental.

A insuficiência de um procedimento universal foi objeto de constatação ainda no direito romano. A atuação jurisdicional no processo civil romano assumia o perfil bifásico, cuja pretensão passava pelo *praetor* e pelo *iudex*, que julgava o conflito ao proferir sua decisão e, por se tratar de um

¹¹³ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*: oposições de mérito no processo de execução. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 46.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 425.

¹¹⁶ Idem, 2008, p. 419. Em complementação Marinoni ressalva que “o processo não apenas deve, como módulo legal, atender às expectativas do direito material, mas também deve dar ao juiz e às partes o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias para atender às particularidades do caso concreto” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 419).

particular, em alguns casos a *sententia* proferida não possuía força impositiva e vinculativa suficiente¹¹⁷. Com a constatação de novas exigências sociais, conforme o preciso magistério de Cruz e Tucci e Azevedo, ao *praetor* foi autorizado a “instituir meios processuais de tutela, destinados, via de regra, a reparar eventuais iniquidades provenientes da estrita observância das normas do *ius civile* ou mesmo a preencher lacunas deste”.

A tutela interdital revestia-se de peculiaridades próprias e distintas do processo romano comum, exatamente por sua vocação de instrumentalizar o poder de *imperium* do pretor para a tutela de direitos públicos, da *res publica*¹¹⁸. Nesse sentido, Surgik pontua com propriedade:

Assim, o interdito seria uma ordem de natureza regulamentar, correspondente ao poder de polícia administrativa que o pretor tinha sobre as coisas públicas de uso comum ou sobre as coisas provadas em que houvesse interesse público. Neste sentido, só se poderia justificar a proteção interdital verificando-se o interesse público, o qual deveria estar pelo menos subjacente¹¹⁹.

Portanto, os interditos constituíam-se em possibilidade paralela às *actiones* romanas, instrumentalizadas através de um rito com características próprias e peculiares. Na síntese de Arenhart, “os interditos, à semelhança do que ocorre com as *actiones*, são uma forma de tutela dos interesses perante o direito romano. Ao revés, porém, do que ocorre com estas, os interditos não passam pelo exame de um juiz (*iudex*), sendo analisados e decididos diretamente pelo pretor”¹²⁰.

A questão de relevo, porém, está na prerrogativa de *imperium* do *praetor* em “criar certos procedimentos de natureza sumária ou especial,

¹¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 194.

¹¹⁸ BISCARDI, Arnaldo. *Protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Cedam, 1938, p. 24. A respeito, segue a lição de Tucci e Azevedo: “Genericamente considerado, *interdictum* correspondia a uma ordem, requisitada por um particular e emanada de um magistrado, para que se fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa; ou seja, mais especificadamente, a tutela por interdito consubstanciava-se num comando do pretor *in iure*, a pedido de um cidadão e dirigido a outro particular; defendendo, destarte, indiretamente, a parte provocadora. Daí dizer-se, também, que tal tutela constituía um meio de coação direta” (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 112-113).

¹¹⁹ SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Livro é Cultura, 1990, p. 91.

¹²⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.

toda vez que se apresentassem situações que demandassem proteção jurídica não previstas no *ius civile*, ou quando, ainda que reguladas, resultassem iníquias”.¹²¹ Por consequência, a estrutura procedimental dos interditos era diversa daquela desenvolvida nas *actiones*¹²².

A referida diferenciação procedimental nos interditos não operava apenas no plano formal, quando contrastado com o procedimento comum das *actiones*, mas também, no plano da cognição. Considerando que se destinava à tutela de interesses e direitos ordinariamente não contemplados, especialmente por seu perfil público, a cognição era sumarizada¹²³ e a ordem emanada do pretor, assemelhava-se às sentenças de eficácia mandamental e executivas. Partia-se da premissa de que as alegações de fato apresentadas ao pretor eram verdadeiras, através de um juízo de verossimilhança. Em caso de descumprimento da ordem emitida pelo pretor, o procedimento ordinário era instaurado, o que implicava na necessidade de investigação das necessidades efetivas da ordem mandamental¹²⁴, reservadas para futuro juízo na fase do *ordo iudiciorum privatorum*.

Com propriedade, Noronha enfatiza:

E, especialmente no caso do interdito, a cognição realizada pelo pretor (*causa cognitio*) operava-se sumariamente e de plano, examinando o magistrado apenas os pressupostos de fato e concedendo o interdito postulado, se presentes ditos requisitos através da *editio interdicti*, ou negando-o mediante a *denegatio interdicti*, se ausentes os mesmo. A concessão do Interdito acarretava duas situações diversas, pois, acatando a ordem o postulado, extinguiu-se a controvérsia, mediante uma cognição sumarizada, ou, em caso contrário, era permitido ao interessado desencadear um procedimento ordinário, mediante cognição plena.¹²⁵

Doravante, observa-se nos interditos e na tutela interdital a

¹²¹ NORONHA, Carlos Silveira. Apontamentos históricos da tutela diferencia. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Processo civil: evolução e 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 60.

¹²² Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 114-116.

¹²³ BISCARDI, Arnaldo. *Protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Cedam, 1938, p. 33-38; GANDOLFI, Giuseppe. *Contributo allo Studio del processo interdittale romano*. Milano: Giuffrè Editore, 1956, p. 66.

¹²⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 46.

¹²⁵ NORONHA, Carlos Silveira. Apontamentos históricos da tutela diferencia. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Processo civil: evolução e 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 60

gênese da ideia de concepção de procedimentos diferenciados a partir da sumarização da cognição. Daí a necessidade de se resgatar o conceito romano de *interdito*, para que se possa superar a rigidez do Processo de Conhecimento¹²⁶. Mesmo que não se admita à época uma estruturação formal em torno da *cognição*, o ato intelectual do pretor viabilizada a prolação de ordem baseada em critérios verossímeis muito se assemelha à cognição sumária e destoa do procedimento ordinário civil romano. Para Noronha, a tutela interdital inaugura o que se passou a denominar no direito moderno de *tutela jurisdicional diferenciada*:

Eis aqui, tanto no âmbito do processo clássico, como no do processo imperial romano, o primeiro gérmen das *tutelas diferenciadas* no direito moderno. Na atualidade, os chamados *procedimentos especiais*, nos quais, a par da sumariedade, singeleza e brevidade na outorga da tutela do direito ferido ou ameaçado, nem sempre envolvem a plenitude das pretensões do titular do direito. A fonte romana de maior ressonância nos sistemas jurídicos pertencentes à família *Civil law*, vigentes na Europa Continental e na América Latina, é a do procedimento especial denominado *processo interdital*, dotado de *cognição não exauriente* e de *sumarização do procedimento*¹²⁷.

Em essência, do que se disse até agora, a tutela interdital representa um importante elemento de diferenciação procedimental, ante a insuficiência do procedimento ordinário romano (*actio*) em tutelar a extensão dos direitos invocados, e de aplicação da cognição a partir das necessidades do direito ou interesse pretendido, o qual, conforme é apontado pela doutrina, era eminentemente público.

2.3 A CONCEPÇÃO DE PROCEDIMENTOS DIFERENCIADOS

O procedimento único e uniforme foi reduzido à utopia e considerado como técnica plenamente insuficiente para a tutela dos direitos ante as exigências postas pelo direito material¹²⁸. A insuficiência, conforme

¹²⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 171.

¹²⁷ NORONHA, Carlos Silveira. Apontamentos históricos da tutela diferencia. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Processo civil: evolução e 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 61.

¹²⁸ A crítica, em suma, possui uma carga histórica. Por todos, Becker: “O argumento teórico que insiste em entregar a mesma ‘manopla’ – o procedimento ordinário – para as mais diversas situações de direito material, na verdade é mais que um argumento: é uma utopia. A utopia do procedimento único” (BECKER, L. A. *Contratos Bancários: execuções*

aludido anteriormente, inspirou a criação dos interditos no direito romano com a nítida pretensão de respaldar categorias de interesses e direitos não contemplados pela proteção da *actio*.

Essa noção não passou despercebida no direito moderno, que logrou em suas codificações editar procedimentos especiais destinados à situações materiais específicas. Segundo Baptista da Silva, afastado o véu ideológico que recobre a *ordinariedade*, revelam-se duas vertentes temáticas que a alimentam, a saber:

Uma delas, a revelar o grau de “privatização” da função jurisdicional a que o sistema foi submetido, com a eliminação dos interditos; a outra fazendo-nos conhecer até que ponto a redução do direito material ao direito das obrigações foi o instrumento de que a doutrina valeu-se para universalizar o procedimento da *actio* romana, em que era vedado ao juiz julgar com base em simples plausibilidade ou verossimilhança da pretensão afirmada pelo autor, privilégio que constituía a própria essência da jurisdição pretoriana¹²⁹.

Logo, questiona-se a utilidade e necessidade dos procedimentos diferenciados. Superada a carga ideológica que permeia o procedimento ordinário, mister se faz analisar algumas questões pontuais, como, o direito ao procedimento adequado, os motivos determinantes à formação de procedimentos especiais, bem como as técnicas que se destinam à esse desiderato, e por fim, a posição da doutrina.

2.3.1 O direito fundamental ao procedimento adequado

O substrato do direito ao procedimento e à cognição adequada é constitucional. A previsão do artigo 5º inciso XXXV da Constituição da República não é meramente ideológico ou aduz à uma perspectiva singular que se resume ao que muitos denominam de *inafastabilidade da jurisdição*. O direito fundamental de ação insculpido no referido dispositivo constitucional é substancialmente teleológico.

especiais. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 230).

¹²⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.147.

Não basta a previsão do dever de prestação de tutela jurisdicional a qualquer direito ameaçado ou lesado, nos termos constitucionais. Toda posição carente de tutela ou proteção jurídica encerra uma resposta Estatal, pois, conforme é sabido, “já que um cidadão não pode constranger o outro a cumprir suas obrigações e deveres no plano do direito material ou sem o auxílio do juiz, da posição jurídica deflui o *direito à tutela jurisdicional do direito material*”¹³⁰.

Com efeito, de nada adianta a previsão de respaldo estatal se o sistema não dispõe de mecanismos e técnicas de consecução dessa finalidade estatal. Essa perspectiva inicial faz emergir as bases para a compreensão do direito ao procedimento adequado. Para Marioni, na medida em que se cogita o direito à tutela jurisdicional, o pressuposto lógico consequente é que o processo, enquanto o instrumento imediato à disposição da jurisdição, se estruture de modo a permitir a efetiva tutela dos direitos¹³¹. Nessa ótica o procedimento passa a ser “visualizado diante das normas que conferem às partes o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias à tutela do direito material”¹³².

Nesse sentido:

Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando a sua capacidade de atender de maneira idônea o direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo por meio do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direito, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional¹³³.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 421.

¹³¹ Idem, 2008, p. 421.

¹³² Idem, 2008, p. 420.

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 147.

Por tais razões, a doutrina evidencia a pertinência em um direito fundamental ao procedimento adequado. O processo deve valer-se do aparato procedimental mais adequado para atender às necessidades do direito material. Na advertência de Becker, “bem como está de mãos atadas o juiz sensibíllissimo, se as partes não dispõe de procedimentos adequados”¹³⁴. “O jurisdicionado não é obrigado a se contentar com um procedimento inidôneo à tutela jurisdicional efetiva, pois o seu direito não se resume à possibilidade de acesso ao procedimento legalmente instituído”¹³⁵. Destarte, relevante é posicionamento de Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

A tutela jurisdicional tem de ser adequada para tutela dos direitos. O processo tem de ser capaz de promover a realização do direito material. O meio tem de ser idôneo à promoção do fim. A adequação da tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para, a partir daí, estrutura-se um processo dotado de técnicas processuais aderentes à situação levada a juízo¹³⁶.

Nessa mesma perspectiva, intimamente ligado está o direito à cognição adequada. Ao se observar o panorama constituído pelo binômio cognição e procedimento, a atenção deve recair sobre o fato de que a diferenciação às formas de cognição no processo exige um procedimento para promover a adequação dessa técnica. Logo, as diferentes pretensões de direito material exigem e clamam por uma cognição aderente às necessidades desses direitos¹³⁷. Sem retoques é o entendimento de Mitidiero:

Individualizada a tutela do direito pretendida pela parte, então é possível levar a questão para o plano processual e perguntar-se a respeito do meio processual adequado para a realização ou acautelamento do direito. Apenas a partir daí é que se pode cogitar

¹³⁴ BECKER, L. A. *Contratos Bancários: execuções especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 230.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 147.

¹³⁶ SARLET, Ingo; Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 630.

¹³⁷ A título de exemplo, cita-se o caso cuja pretensão do autor versa sobre a suspensão de procedimento licitatório em que possui provas documentais e documentadas suficientes e idôneas que demonstram que o procedimento licitatório meticulosamente instituído para ser direcionado a determinado participante do certame licitatório. Observa-se que, em caso como este, o processamento da demanda instaurada pelo procedimento ordinário, mediante cognição exauriente, não se coaduna com a ideia de *cognição adequada*. Nota-se que, declarada na petição inicial a urgência e a possibilidade de danos ao erário, como no caso do direcionamento do procedimento licitatório, por violar os princípios basilares da administração pública, é imperiosa a adequação da pretensão a partir da técnica de cognição sumária.

das formas de tutela jurisdicional e das técnicas processuais capazes de promover a efetiva antecipação da tutela do direito. Sem qualquer sobreposição, a tutela dos direitos, as formas de tutela jurisdicional e as técnicas processuais convivem a fim de permitir a visualização mais completa da necessária combinação entre direito e processo para prestação adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional aos direitos¹³⁸.

Percebe-se assim, com Marinoni¹³⁹, que “para que se possa adequar o procedimento à pretensão de direito material, de grande importância é a análise da cognição, como técnica destinada à concepção de tutelas jurisdicionais diferenciadas”. Logo, “é se levando em conta a pretensão de direito material, é possível concluir-se, através da adequação da cognição que lhe é própria, qual a forma de tutela que lhe é mais compatível”.

2.3.2 O critério material para a diferenciação procedimental

A concepção de procedimentos diversos do ordinário revela a opção política do legislador¹⁴⁰ sobre quais as situações sensíveis da vida se deve privilegiar. Na lição de Proto Pisani, invocado por Becker, o processo é um bom indicador para se avaliar a que interesses o legislador “reserva a desproteção do procedimento ordinário e de seu modelo meramente ressarcitório, e que outros ele protege com tutelas efficientíssimas”¹⁴¹.

Para Fabrício, o procedimento genérico funciona como um *standard* básico que “serve ao volume maior e principal das causas, às situações mais frequentes e destituídas de peculiaridades aptas a justificar um tratamento diferenciado”¹⁴². Em suma, o critério de eleição para a consecução de um procedimento diferenciado deveria se pautar perante as necessidades do direito material. Assim, somente diante da ineficácia do procedimento ordinário para a tutela dos direitos, é que estaria respaldada e legitimada a

¹³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 141.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 21.

¹⁴⁰ Conforme aponta a doutrina, sem critérios lógicos-rationais. Cf. BECKER, L. A. (Org.) et al. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

¹⁴¹ BECKER, L. A. *Contratos Bancários: execuções especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 252.

¹⁴² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. *Revista Forense*, n. 330, ano 91. Rio de Janeiro, 1995, p. 6.

consecução de um procedimento dito *especial*.

Na verdade, como diz Baptista da Silva, “se direito processual civil quiser cumprir sua função instrumental, a primeira regra que deve seguir é manter-se fiel ao Direito material que lhe cabe tornar efetivo e realizado”¹⁴³. Por tais razões, evidencia o Professor gaúcho, é que haveria de subsistir uma relação proporcional entre os procedimentos e as respectivas ações de direito material, na qual cada procedimento deveria crescer na razão inversa do grau de evidência do direito submetido à apreciação judicial¹⁴⁴. Em outras palavras, à medida que se verifica a evidência do direito material, tais como os direitos líquidos e certos manejados através da ação de mandado de segurança, o procedimento haveria de ser diverso (menos complexo) ao procedimento ordinário destinado à tutela de um direito patrimonial cuja apreciação dos fatos ainda dependa da atividade probatória, como nas ações indenizatórias em geral¹⁴⁵.

Entretanto, o legislador por muitas vezes se orienta pelo que Fabrício denomina de *múltiplas fontes de influência*, que nem sempre carregam coerência entre si, sejam razões de caráter processual, como a falta de rigor técnico ao promover a interpenetração de diversas modalidades de tutela jurisdicional, seja por conveniência momentânea e local ou, até mesmo por impaciência frente à morosidade do sistema ou pressão social¹⁴⁶. Nesse passo, os esforços estariam angariados para *retirar da vala comum*¹⁴⁷ do rito ordinário.

Com efeito, em resposta à *pressão da factualidade*, as codificações acabaram por ceder à multiplicação dos procedimentos especializados através das legislações esparsas, as quais são mais permeáveis aos anseios apontados pela realidade. Na ponderação de Becker, a integração de determinado rito a um Código – assim como acontece do

¹⁴³ SILVA, Ovídio Baptista da Silva. O processo civil e sua recente reforma. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 413.

¹⁴⁴ Idem, 1997, p. 413.

¹⁴⁵ Com bastante propriedade, Luiz Guilherme Marinoni, captou a perspectiva evidenciada por Ovídio Baptista da Silva: “Ora, se o direito afirmado não é apenas verossímil, mas *prima facie* e evidente, a hipótese não é de tutela de cognição sumária, mas de tutela de cognição exauriente mediante procedimento acelerado.” (*Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: revista dos Tribunais, 1992, p. 55)

¹⁴⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. *Revista Forense*, n. 330, ano 91. Rio de Janeiro, 1995, p. 6

¹⁴⁷ A expressão é de Adroaldo Furtado Fabrício.

diploma processual brasileiro, sob o título de procedimentos especiais – somente é compreendida através de uma análise histórica e não a partir de técnica legislativa¹⁴⁸. O legado burguês, identificado por uma organização política e por concessões ideológicas da época, fomentou a manutenção desse modelo (liberal), em oposição à ideologia absolutista representado pelas grandes codificações. Logo, não há que se falar em racionalidade ou lógica para a eleição dos procedimentos contemplados pelo legislador, mas sim, através de critérios históricos e ideológicos¹⁴⁹.

Entre as inúmeras possibilidades, verifica-se que, se a cada direito material corresponde uma tutela jurisdicional peculiar, por certo, haveria de estar previsto na legislação um procedimento adequado para cada situação carente de tutela. Por sorte, essa perspectiva implicaria o sentido inverso, que é a utopia de que os procedimentos diferenciados ou especiais seriam a melhor opção para a efetiva tutela dos direitos. A primeira constatação é de ordem prática, pois, é impossível ao legislador prever todas as situações conflituosas e ainda, proceder desta maneira de modo tempestivo, ou seja, a celeridade com que as relações sociais se aperfeiçoam impediria a sustentação de procedimentos diferenciados, eis que, o legislador estaria sempre atrasado em relação às necessidades de tutela do direito material¹⁵⁰.

O segundo argumento, por outro lado, reside no fato da exigência do direito material também não ser capaz de, por si, desaconselhar o procedimento ordinário, pois, ainda que o legislador admita o procedimento específico, certamente as peculiaridades do caso concreto possuirão o condão de surpreendê-lo¹⁵¹.

Doravante, a despeito da crítica da doutrina sobre os motivos de se fomentar a criação de um procedimento especial, reconhecendo, inclusive, a dificuldade de se precisar a verdadeira razão, é certo que o direito material ainda se encontra como o principal vetor para mitigar o uso do procedimento ordinário.

¹⁴⁸ BECKER, L. A (Org.) et al. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 379

¹⁴⁹ Idem, 2012, p. 380.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 426.

¹⁵¹ Idem, 2008, p. 426.

2.3.3 A classificação de Jaime Guasp

No Congresso Internacional de Direito Processual Civil, ocorrido Florença em 1950, Jaime Guasp apontou algumas razões para a concepção de procedimentos diferenciados ou especializados¹⁵². Segundo Guasp, a diferenciação pode se operar em razão da matéria, por razões jurídico-processuais e, paralelamente a estes, existem os procedimentos sumários¹⁵³. A especialização em *razão da matéria* se opera quando o legislador dispõe sobre o processo à luz da legislação substantiva, como ocorre em casos relativos à matéria hipotecária, direito de família e cambiária. Sobre o assunto, Guasp reitera:

A veces, em efecto, se establece una variación, con relación al proceso ordinario, por razones de carácter cuantitativo, es decir, por que la irrelevancia económica del litigio aconseja que se dedique al mismo una tramitación no tan completa como la del proceso tipo. A veces, em cambio, la razón de la modificación no está em esa motivación cuantitativa, sino em otra de calidad, proque, por la especial fehabilidad de que aparecen revestidos ciertos objetos procesales, resulta también innecesario atribuirles, em toda su plenitud, el sistema del proceso ordinario modelo. Hay, pues, una sumaridad por razones cuantitativas, y otra, por razones cualitativas: ejemplos de la primera son, em nuestro derecho positivo, los llamados *juicio de menor cuantía, de inferior cuantía y de ínfima cuantía*; ejemplo de la segunda es, característicamente, el llamado *juicio ejecutivo*¹⁵⁴.

Becker ressalta que essa proposta acentua ainda mais a ideia de que o processo não passa de mero adjetivo do direito material¹⁵⁵. Outrossim, a concepção de procedimentos diferenciados pode se operar por *razões jurídico-processuais*, para fins de satisfação de funções particularizadas

¹⁵² BECKER, L. A. *Contratos Bancários: execuções especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 224.

¹⁵³ A despeito dessa assertiva, Guasp já se pronunciou: “La creación de los procesos especiales se debe a razones puramente históricas y contingentes u no hay ningún criterio lógico que pueda garantizar, em líneas generales, el que em um certo caso exista o no exista um proceso especial adecuado a la materia de que se trate” (GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 3.ed. Madrid: Grafoffset, S.L, 1968, p. 14, v. 2).

¹⁵⁴ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 3.ed. Madrid: Grafoffset, S.L, 1968, p. 12, v. 2

¹⁵⁵ BECKER, L. A. *Contratos Bancários: execuções especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 224.

do processo, como ocorre no procedimento cautelar e outros procedimentos incidentais.

Quanto aos *procedimentos sumários*, a justificativa reside na importância de determinadas matérias e no grau de probabilidade do direito afirmado pelo autor. Note-se que Guasp defendeu a redução e simplificação dos procedimentos especiais, com a conseqüente supressão e fusão do máximo possível de tais ritos, todavia, sua concretização do pressuposto utópico de que o procedimento ordinário, no mínimo, era hábil a proporcionar um meio econômico de tempo, dinheiro e esforço para a obtenção do bem jurídico pretendido¹⁵⁶.

2.4 A TÉCNICA DA COGNIÇÃO NA CONCEPÇÃO DE PROCEDIMENTOS DIFERENCIADOS

Ao rigor da ciência jurídica processual, *cognição* e *conhecimento* são categorias distintas, porém, comumente são utilizadas como sinônimas, “o que leva a ideia de que processo de cognição é a mesma realidade que processo de conhecimento”¹⁵⁷. O termo conhecimento é utilizado para designar uma das espécies de processo¹⁵⁸, assim como o processo de execução e o processo cautelar. Diferentemente, a cognição é a atividade do juiz que estabelece a relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível. Nesse aspecto, acertada é a lição Oliveira Neto ao evidenciar que a gênese da confusão entre *conhecimento* e *cognição* talvez resida no fato de ser no processo de conhecimento que a atividade cognitiva do juiz seja mais nítida¹⁵⁹, apesar de sua existência no processo cautelar e na execução civil.

A cognição assume, portanto, um caráter prevalentemente lógico e intelectual, mas também, não intelectual. Com espeque na doutrina de Frederico Marques, Watanabe sustenta a cognição como ato de inteligência,

¹⁵⁶ BECKER, L. A. *Contratos Bancários: execuções especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002, 2002, p. 225.

¹⁵⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

¹⁵⁸ Na doutrina italiana é o tema é tratado sob a denominação de *tutela di mero accertamento*. Cf. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4.ed. Napoli: Jovene, 2002, p.135.

¹⁵⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

“consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo”¹⁶⁰. O perfil lógico da cognição encontra respaldo em Chiovenda e Liebman, em que a atividade cognitiva do juiz é reduzida a um esquema de silogismo de adequação entre a regra jurídica abstrata (premissa maior) e os fatos apresentados pelas partes (premissa menor), para, conseqüentemente, desenvolver-se a conclusão, como um nítido *mecanismo preparador*¹⁶¹ do resultado conseqüente (decisão judicial).

O perfil não intelectual da atividade cognitiva da cognição é dado por fatores externos à seara judicial, como fatores psicológicos, sensitivos, culturais, volitivos, intuitivos e outros que influenciam o julgador e conduzem à um patamar de percepção diferenciado.

Outrossim, persiste ainda o perfil técnico na cognição. Toda técnica processual se constitui em um mecanismo criado para tornar o instrumento (processo) efetivo e hábil a atingir seus escopos. Interessa o segundo aspecto objetivo da técnica processual apontado por Bedaque: “garantir seja a tutela jurisdicional, na medida do possível, resposta idêntica à atuação espontânea da regra de direito material, quer do ponto de vista da justiça da decisão, quer polo ângulo da tempestividade”¹⁶². Deveras, conforme ressaltou Mitidiero, “para realização da tutela jurisdicional, no mais das vezes, o juiz deve se servir de técnicas processuais, que são os meios que se prestam à concretização da tutela jurisdicional do direito”¹⁶³.

Com efeito, a cognição se apresenta “como uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada”¹⁶⁴, conforme menciona Watanabe. Barbosa Moreira em notável estudo (“Efetividade processual e técnica processual”) já anotava a falsa ideia de oposição entre o empenho de efetividade e a convivência com a boa técnica, para quem “a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade do processo”¹⁶⁵.

¹⁶⁰ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

¹⁶¹ Idem, 2012, p. 68.

¹⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 79.

¹⁶³ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 141.

¹⁶⁴ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

¹⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual*. *Temas de*

Ora, assim como as sentenças se constituem em técnicas processuais de obtenção da tutela jurisdicional, ao lado da técnica antecipatória prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, por exemplo, que também se presta a tal desiderato, a cognição remete à possibilidade de sua utilização enquanto uma “técnica para a concepção de diferentes tipos de procedimentos, com vistas à instrumentalidade do processo”¹⁶⁶. Esse perfil também é denunciado por Bedaque, para quem “as especificidades procedimentais constituem aspecto da técnica, pois se pretende que o processo se desenvolva de forma a permitir a adequada solução da controvérsia”¹⁶⁷.

A cognição é delineada através dos planos vertical e horizontal e foi magistralmente tratada na doutrina brasileira por Kazuo Watanabe (“Cognição no Processo Civil”). A cognição referida no plano horizontal, diz respeito à amplitude ou extensão de conhecimento do juiz e, no plano vertical, diz respeito à profundidade ou intensidade dessa atividade. A cognição em seu plano *horizontal* pode ser classificada em plena ou limitada (parcial), segundo a extensão permitir, nos dizeres de Watanabe¹⁶⁸. No plano *vertical* a cognição, ou seja, no que tange à sua profundidade, será sumária (incompleta) ou exauriente (completa)¹⁶⁹.

A formação de procedimentos diferenciados está intimamente ligado à capacidade de combinação dessas diferentes modalidades de cognição. A adequada cognição, conforme visto, requer um procedimento adequado hábil a confortar a técnica da cognição que melhor atende à perspectiva do direito material. Na advertência de Watanabe a cláusula do *devido processo legal*¹⁷⁰ e da inafastabilidade do controle jurisdicional se impõe como limites para a concepção dos procedimentos. Nesse sentido:

É por meio do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado,

direito processual. 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 28.

¹⁶⁶ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

¹⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 74.

¹⁶⁸ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

¹⁶⁹ *Idem*, 2012, p. 118.

¹⁷⁰ Conforme o autor, “devido processo legal é, em síntese, processo com procedimento adequado à realização plena de todos esses valores princípios” (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131).

atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõe a cláusula do “devido processo legal”¹⁷¹.

Na síntese de Marioni, “através da combinação das diferentes espécies de cognição, podemos caminhar na busca do procedimento adequado, visando tornar eficaz o direito à adequada tutela jurisdicional”¹⁷². Doravante, não se pode perder de vista o caráter técnico da cognição, para a adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada¹⁷³.

A técnica da cognição entretanto, é apenas umas das técnicas de concepção de procedimentos diferenciados. A cognição, a rigor, se estabelece a partir de dois critérios. Considerando seus planos vertical e horizontal, a combinação das diferentes modalidades, permite a concepção de procedimentos diferenciados a partir da seguinte síntese: a) a delimitação da matéria, a partir da técnica da cognição parcial; b) na ordenação do contraditório, em regra pela sua postecipação, tendo em vista outros critérios, tais como a urgência e a probabilidade do direito alegado, como ocorre na cognição sumária¹⁷⁴.

Com efeito, Watanabe reforça que, em linhas gerais, a solução definitiva da lide sempre é obtida através de um provimento assentado em cognição plena e exauriente, ou seja, extenso em sua perspectiva horizontal e exauriente quanto à profundidade¹⁷⁵.

Deveras, inúmeras combinações poderiam ser formuladas para a conformação de procedimentos às especificidades do direito, dentre os quais o referido processualista menciona: a) procedimentos baseado em cognição

¹⁷¹ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 29.

¹⁷³ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

¹⁷⁴ Inexiste incompatibilidade na postergação do contraditório. Seu redimensionamento não desnatura a legitimidade do procedimento que comporta a cognição sumária. Lembra-se que a legitimidade do procedimento está na participação dos sujeitos do processo, e não na forma de contraditório prévio. Assim, o procedimento que se conforma para a utilização da técnica de cognição sumária, se encontra no mesmo nível de legitimação do procedimento ordinário de contraditório prévio e, evidencia a consciência de se conceber um procedimento à luz das exigências do direito material.

parcial e exauriente, a exemplo do art. 1.054 do Código de Processo Civil, em que se limita o objeto, mas permite profunda investigação. Note-se que a limitação decorre da lei processual ou do direito substantivo; b) procedimento baseado em cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, como ocorre no mandado de segurança, na qual o exame do objeto litigioso depende da existência de prova pré constituída; c) procedimento fundado em cognição eventual, plena e exauriente, como ocorre no processo monitorio, a partir da inversão da iniciativa do contraditório “tornando-se necessária a cognição somente quando o demandado adotar tal iniciativa”¹⁷⁶; d) procedimentos fundado em cognição sumária, a partir da realização de medidas que dispensam a investigação exaustiva do objeto e, de plano, quando presentes os requisitos ensejadores, permitem a antecipar a tutela jurisdicional ou acautelhar uma situação¹⁷⁷.

Bem se percebe, através da adoção das várias formas de cognição que se obtém tipos diferenciados de procedimento.

2.5 TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

O grande dilema do procedimento ordinário e do próprio processo de conhecimento fundado em cognição exauriente sempre foi a conjugação entre os valores *efetividade* e *celeridade*. É de se observar que Dinamarco referia-se ao *tempo* como *fator de corrosão de direitos*, “à qual se associa o empenho em oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo”¹⁷⁸. Nesse viés, a efetividade, “prende-se talvez, mais remotamente à

¹⁷⁵ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

¹⁷⁶ Idem, 2012, p. 127. Em sentido semelhante, segue Alcides Munhoz da Cunha: “Na ação monitoria vê-se claramente que está vocacionada a produzir um provimento de cognição sumária para definição de um direito subjetivo, em situação relativamente tipificada, tendo como pressuposto a especial aptidão da prova produzida com a demanda pertinente a certas pretensões, visando pagamento de soma em dinheiro, a entrega de coisa fungível ou de bem móvel. O provimento monitorio se situa em ato final de um procedimento absolutamente sumarizado, sendo emitido pelo juiz na fase embrionária do processo, antes mesmo da citação do réu, com efeitos retidos na expectativa da impugnação” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11 : do Processo Cautelar arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2001, p. 37). Ainda sobre o tema, confira-se a excelente monografia de Vicente de Paula Marques Filho (*Procedimento monitorio: natureza jurídica do mandado monitorio e dos embargos ao mandado*. Curitiba: Juruá, 2001).

¹⁷⁷ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122-128

¹⁷⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros,

própria questão da indispensável adaptabilidade da prestação jurisdicional e dos instrumentos que propiciam à finalidade dessa mesma tutela”, conforme bem ponderou Donaldo Armelin¹⁷⁹.

Destarte, esse panorama que remonta à alegada insuficiência do processo civil ordinário, fomentou a gênese doutrinária e legislativa que se denominou de “tutela jurisdicional diferenciada”. A filosofia da tutela jurisdicional diferenciada cinge-se exatamente em afastar a ideologia de se manter um tipo unitário de instrumentos de prestação jurisdicional¹⁸⁰. A utilização do termo *tutela jurisdicional diferenciada* não é unânime, eis que, ora é mencionada para se referir aos procedimentos especiais constantes no Código de Processo Civil ou em legislação esparsa e, ora é relacionada com as técnicas destinadas às tutelas de urgência (cautelar e antecipatória).

Em importante estudo, Armelin predispõe dois posicionamentos a respeito do tema. O primeiro adota a tutela jurisdicional como referencial, ou seja, considera-se o provimento jurisdicional conforme a necessidade de tutela apontada pelo jurisdicionado. A segunda perspectiva alicerça-se na cronologia do *iter* procedimental, tal qual ocorre com a antecipação dos efeitos, “de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas”¹⁸¹. Já Leonel adverte que nesta seara não se incluem as modalidades de procedimentos especiais de cognição plena e exauriente, mas somente os provimentos jurisdicionais obtidos através de procedimentos de cognição sumária de natureza cautelar (urgência) e não cautelar¹⁸².

As ressalvas apresentadas, todavia, comungam com um aspecto em comum, consubstanciado na instauração de meios diferenciados de obtenção de uma tutela jurisdicional mais aderente à realidade, a partir da utilização de técnicas processuais não presentes no procedimento comum (procedimentos sumarizados, meios antecipatórios e cautelares, redução de prazos, redução da exigência probatória, delimitação do objeto do processo,

2013, p. 65.

¹⁷⁹ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, n. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 45.

¹⁸⁰ Idem, 1992, p. 45.

¹⁸¹ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, n. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 46.

¹⁸² LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 20.

adoção de cognição não exauriente etc.)¹⁸³.

Em suma, essa adaptabilidade do processo à realidade ao fim de angariar o potencial tônico de efetividade, nada tem de original. Ovídio Baptista da Silva já evidenciava as concepções de Carnelutti e Barrios Angelis, os quais preconizavam o processo com uma estrutura *elástica* e idônea a se adequar às peculiaridades do direito material¹⁸⁴. Em verdade o que se observa é a constatação de superação do paradigma da ordinariedade que ensejou a formação do Direito Processual Civil moderno.

Deveras, tecnicamente apresenta-se inapropriada a utilização da expressão *tutela jurisdicional diferenciada*. Tutela jurisdicional é o resultado do equacionamento desenvolvido durante o processo, ou seja, do respaldo estatal à pretensão posta para apreciação judicial, que é proporcionado e instrumentalizado através de um procedimento e das técnicas processuais à disposição do juiz e das partes. O bem da vida pretendido é o que corporifica a essência da tutela jurisdicional.

Nesse passo, o que é realmente diferenciado é o *procedimento* ou *técnica processual* utilizada, por se diferirem do paradigma do procedimento ordinário¹⁸⁵. A tutela jurisdicional sempre haverá que ser a mais aderente ao direito material e, em momento algum, vai ser *diferenciada*. Sua idoneidade está na satisfação do direito material. Logo, se a cada direito correspondente uma forma de tutela jurisdicional adequada, insuficiente a utilização do atributo *diferenciado*¹⁸⁶. O modo de obtenção dessa tutela e as

¹⁸³ Para Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, “abrange os procedimentos especiais, como as ações possessórias ou de prestação de contas; os tipos de tutela peculiarmente adaptados às situações, incluindo até mesmo as cautelares nominadas, como o arresto, o sequestro, e assim por diante”. Adiante, em um sentido mais amplo, os autores ressaltam que, a respeito do tema é atinente a divisão de competência, “que implica, por exemplo a existência de varas de família e de registros públicos”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Tutela Diferenciada*. *Revista de Processo*, n. 180. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43).

¹⁸⁴ SILVA, Ovídio Baptista da Silva. O processo civil e sua recente reforma. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 414.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 426.

¹⁸⁶ Observe-se que a tutela dos direitos transindividuais, em regra, não adota o perfil das demandas individuais. Possui filosofia própria e institutos cujas peculiaridades, em muito, diferem das perspectivas adotadas pelo direito processual relativo às demandas individuais. O procedimento adotado nas demandas coletivas, todavia, também possui cenário próprio, regendo-se pelas sistemáticas adotadas pela Lei da Ação Civil Pública, Lei da Ação Popular, pelo Código de Defesa do Consumidor e outros. Não obstante, essa temática não é tratada como *tutela jurisdicional diferenciada*. E nem se pode.

técnicas processuais utilizadas é que ensejarão o perfil diferenciador. “Porém, o que importa, diante da reação doutrinária à pretensão de uniformidade procedimental está em saber se a instituição de procedimentos diferenciados é realmente a melhor saída para dar à jurisdição condições efetivas de tutelar os direitos”¹⁸⁷. Logo, reitera-se, o critério diferenciador não é a *tutela jurisdicional* prestada, mas os *meios, modos e técnicas* de sua obtenção.

A esse respeito, acertadamente, Oliveira observa que as formas de tutela jurisdicional não constituem técnicas e, tampouco, podem ser confundidas. Enquanto as técnicas são empregadas para a realização da própria tutela jurisdicional, esta última constitui o exercício de poder embebido de valores¹⁸⁸.

Por tais razões é que não parece ser razoável considerar as sentenças executivas *lato senso*, as sentenças mandamentais, as cautelares e os inúmeros exemplos pontuados pela doutrina como modalidades *diferenciadas de tutela*. Ora, se o direito material é efetivamente tutelado, por exemplo, através do cumprimento de obrigação em sua forma específica (tutela específica), por decorrência lógica, significa que essa é a modalidade de tutela que mais se conforma à peculiaridade daquele direito. Por arrastamento, não é porque a tutela concedida mediante uma sentença mandamental ou executiva *lato senso* é que ensejará o perfil diferenciador ou se assemelhará ao que se denominada de *tutela jurisdicional diferenciada*. Caso contrário estar-se-ia confundido tutela jurisdicional com sentença, ou então, tutela jurisdicional com técnica processual.

Sem embargos, no referido exemplo, caso a tutela jurisdicional fosse prestada na forma de seu equivalente monetário (tutela ressarcitória), a partir de uma sentença condenatória, para posteriormente se pleitear a execução da quantia, certamente não se estaria atendendo aos critérios de efetividade e celeridade. Note-se que, no exemplo prestado, as duas formas de prestação jurisdicional também são possíveis na realidade e no cotidiano forense.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 426.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 91-92.

O fato da lide se resolver por técnica processual diversa daquelas contempladas historicamente e, ensejar o cumprimento da obrigação em sua forma específica, não faz com que a tutela jurisdicional transparente a esse caso seja diferenciada daquele mesmo caso em que se resolveu a partir de tutela ressarcitória pelo equivalente monetário. A diferença entre as duas modalidades é evidente, mas o que se pretende pontuar é que o fato da tutela específica prestada a parte ser mais aderente ao direito material pretendido não a torna *diferenciada*, e sim, traduz a modalidade mais adequada ao caso concreto, ao invés da tutela ressarcitória pelo equivalente monetário.

Ademais, o elemento diferenciador, se é que pode ser chamado assim, é a técnica processual utilizada, seja esta consubstanciada por procedimento diferente do ordinário, seja por uma técnica antecipatória ou de cognição sumária, dentre aquelas previstas no ordenamento jurídico¹⁸⁹. Em verdade, no exemplo debatido acima, *diferenciado* haveria que ser o provimento que concedeu a tutela jurisdicional pelo equivalente monetário, exatamente por não ser suficientemente aderente à necessidade material do jurisdicionado. Quando o processo civil dispõe de meios hábeis e idôneos a responder aos anseios dos cidadãos, não se transmuta a tutela em *diferenciada*, mas somente assinala o fato de que aquela modalidade de tutela foi a mais adequada, e isso nada tem de original.

Note-se que ao elevar ao perfil *diferenciado* a temática da tutela jurisdicional, a doutrina não abandona a inexorável dogmática do processo civil fundado na sentença condenatória, no desprestígio a tutela específica dos direitos e aos direitos não-patrimoniais e no procedimento ordinário que não contemplava as técnicas antecipatórias ou na restrição da cognição, exatamente por tratar como *diferente* aquilo que deveria servir de paradigma.

Os esforços, portanto, devem estar direcionados na obtenção de técnicas processuais mais eficazes, hábeis a suprir as necessidades materiais das partes no processo judicial e não, somente na identificação de

¹⁸⁹ Um exemplo típico é o procedimento monitorio. Conforme bem pontuado por Marques Filho (*Procedimento monitorio: natureza jurídica do mandado monitorio e dos embargos ao mandado*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 22), trata-se de “um provimento jurisdicional particular, que visa à célere formação do título executivo, tendo em vista a natureza da prova do crédito e a simplicidade do contencioso, tornando desnecessário o uso de uma máquina sofisticada

novas modalidades de tutela, eis que, a tutela cabível será apontada pela própria relação material ao acusar os pontos sensíveis e abertos à atuação jurisdicional, além de ser tarefa desnecessária diante da complexidade das relações sociais e negociais.

2.6 NA RAIZ DA CONTROVÉRSIA: O PARADIGMA DA ORDINARIEDADE. A INSUFICIÊNCIA TÉCNICA NO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO E A *SUMARIEDADE* COMO EXIGÊNCIA DO PROCESSO CIVIL MODERNO

Indubitavelmente o procedimento ordinário, ao longo do tempo, foi alvo de inúmeras críticas, principalmente a despeito de sua vocação para a efetiva e tempestiva tutela dos direitos. Nesse interregno, as ideias de *modernização do processo civil*, como a oralidade no processo, a supressão de fases do procedimento, a mitigação do formalismo, a sumarização dos procedimentos e da cognição, dentre outras propostas relevantes, ressoavam como medidas pontuais para salvar o processo civil da *vala comum* do procedimento ordinário. Temas como o *acesso à justiça*, *efetividade no processo* e *celeridade processual* permeavam o cotidiano acadêmico e forense com cada vez mais frequência¹⁹⁰. Na crítica de Ovídio Baptista da Silva, “é comum ouvirmos dizer que o Poder Judiciário funciona mal; que é demasiadamente moroso, ante uma civilização cada vez mais tangida pela pressa e agora nem se trata mais de urgência, mas pela pura instantaneidade, com a eliminação do espaço e do tempo das comunicações virtuais”¹⁹¹.

Entre outros problemas de caráter *metajurídico* o procedimento ordinário acabou por arcar com pressão social. No interregno dos anos de 1980

e dispendiosa para resolver um simples conflito de inadimplemento.”

¹⁹⁰ Conforme leciona Jânia Maria Saldanha “A justiça e o processo, ao longo dos tempos, têm sido rotulados de lentos. O dilema reside em equilibrar a necessidade, de um lado, de que os atos deixem passar um tempo, para ‘decantar os humores’ das partes e permitir a meditação solitária do julgador; (...). No que diz respeito à velocidade das relações sociais, de uma maneira geral, tenta-se fazer do processo contemporâneo um veículo rápido. Busca-se satisfazer esse anseio, como já se pôde perceber, por meio de reformas pontuais por que passam os códigos de direito processual civil de diversos ordenamentos jurídicos. Essa busca por celeridade é nova? Não” (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e Efetividade no Direito Processual Civil - A Sumariedade Material da Jurisdição - Proposta de Estabilização da Tutela Antecipada em Relação ao Projeto de Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 371).

¹⁹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. *Revista de Processo*, n. 158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 11.

a 2000, o cenário jurídico brasileiro contemplou o surgimento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com a proposta de acentuar o acesso à justiça e a razoável duração do processo, bem como, com a edição de inúmeras leis extravagantes que disciplinavam procedimentos para a regulação de litígios das mais variadas espécies, seja em sede do processo de conhecimento ou de execução, limitando-se ao “aperfeiçoamento” do aspecto funcional do sistema. O procedimento comum cada vez mais cedia espaço à produção legislativa para a consecução de procedimentos e ritos específicos e, por consequência, sofria os influxos e críticas de sua inaptidão.

A *práxis* forense acusava exatamente esse panorama. A crescente demanda ao Poder Judiciário e a instituição de inúmeras metas pelo Conselho Nacional de Justiça contrastavam com um inimigo inevitável: o tempo do processo. Nesse contexto, o procedimento ordinário instituído pelo Código de Processo Civil de 1973 apresentava sua debilidade para acompanhar a evolução dos litígios em uma sociedade de massa. E claro, tudo isso atentava contra a ideologia vigente.

Ressalvadas as matérias disciplinadas através de procedimentos especiais ou diferenciados, o jurisdicionado tinha que se contentar com o procedimento comum. Todavia, o grande paradoxo remonta não à insuficiência do procedimento ordinário em si, mas sim, na insuficiência técnica disposta a essa modalidade de procedimento. A história retrata com veemência essa perspectiva.

Perceba-se que diante do enigma em se conciliar efetividade processual com tempestividade na prestação jurisdicional, se tornou visível a expansão das ações cautelares inominadas como uma “válvula de escape para a efetividade da tutela dos direitos”¹⁹². “Esse uso não cautelar da ação cautelar inominada consistiu na invocação do procedimento cautelar para atender aquilo que poderia e deveria ser protegido pelo procedimento ordinário, desde que – obviamente – tivesse as particularidades técnicas do procedimento cautelar, especialmente a técnica antecipatória e a sentença mandamental”¹⁹³.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 69.

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 69. Na mesma obra, Marinoni aponta que o fenômeno não se resume à experiência brasileira: “Tal fenômeno não ocorreu somente no Brasil, mas em

Invocando as lições de Giovanni Verde, Ovídio Baptista da Silva destaca que, a seu tempo, os juristas italianos assinalavam sinais de inquietação com o uso indiscriminado dos *provvediment d' urgenza*, cuja preocupação “se deve ao emprego indiscriminado, e muitas vezes abusivo, do processo cautelar, através do qual, em razão de uma facilmente explicável extensão de seu conceito originário, se vem dando proteção sumária e definitiva a ‘certos interesses’ que não poderiam, realmente, ser atendidos pelas formas ordinárias de tutela jurisdicional”¹⁹⁴. Em suma, é o que Marinoni denominou da *rebelião da prática contra o processo civil*¹⁹⁵.

Na realidade a expansão das cautelares inominadas apenas apontavam que o procedimento ordinário não era apto à viabilizar a tutela de todas as espécies de direitos e em espaço de tempo razoável. Antes do advento da reforma processual oriundo da Lei nº 8.952/94, o procedimento ordinário era completamente desprovido de uma técnica processual hábil e idônea a conferir respaldo de natureza não cautelar, porém, a direitos gravados pela urgência ou emergência. Foi a pressão social por uma tutela jurisdicional adequada é que forçou o jurisdicionado a recorrer ao uso distorcido do procedimento cautelar (inominada). Nesse sentido:

Foi em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o qual obviamente não pode ser calado pela impropriedade da técnica processual, que a ação cautelar inominada, diante das pressões sociais por tutela jurisdicional adequada, passou a ser utilizada como ‘ação autônoma e satisfativa’¹⁹⁶.

Deveras, Donaldo Armelin entende que essa distorção pode ser detectada de várias formas: “a) pela exagerada distorção que se tem dado a esse tipo de tutela, que acabou por suprimir a tutela jurisdicional satisfativa, deixando, pois, de ser cautelar para assumir outra função que a desnatura; b) paradoxalmente, pela perda de sua autonomia, transformando-se em medida meramente antecipatória da eficácia executiva do processo satisfativo; c) pela

todos os países em que o modelo tradicional de processo de conhecimento esgotou a sua funcionalidade. A própria prática italiana, ainda que sem romper a classificação trinar das sentenças, foi obrigada a admitir a tutela preventiva satisfativa, sob o nome de cautelar, em face da ação declaratória”.

¹⁹⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5.

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63.

¹⁹⁶ Idem, 2008, p. 72.

sua concessão indiscriminada, sem a presença de seus fundamentos específicos, e finalmente, d) como corolário desta última circunstância, pela facilidade com que se admitem contra-cauteladas insubsistentes”¹⁹⁷.

Preende-se com essas considerações demonstrar que a insuficiência não está propriamente no procedimento ordinário, mas na ausência de técnicas processuais para a adequada tutela dos direitos. Por tais razões é que “as especificidades procedimentais constituem o aspecto da técnica, pois se pretende que o processo se desenvolva de forma a permitir a adequada solução da controvérsia. Com esta também apresenta peculiaridades, deve haver compatibilidade entre meio e objeto”¹⁹⁸.

O que deve, pois, ser posto em destaque é que o diferencial na utilização do procedimento cautelar enquanto “*ação autônoma e satisfativa*”, em suma, não se situava apenas em seu procedimento abreviado de tramitação, mas na possibilidade de concessão das liminares para a regulação temporária de uma situação jurídica ou da – inapropriada – satisfação parcial de uma pretensão, antes do advento da sentença, fazendo as vezes da técnica antecipatória, hoje prevista nos artigos 273, 461 e 461-A, todos do Código de Processo Civil.

Exatamente pela ausência de técnicas processuais dispostas a conferir distribuir isonomicamente o ônus do tempo do processo ou prover o direito material do jurisdicionado de modo mais efetivo é que o procedimento ordinário desabava em críticas. O procedimento ordinário ou, melhor dizendo, o processo de conhecimento instituído aos moldes clássicos – prevalência à tutela dos direitos patrimoniais, da classificação tríplice das sentenças e da tutela pelo equivalente monetário às tutelas específicas dos direitos, contemplação dos juízos de cognição exauriente em detrimento dos juízos de cognição sumária, necessidade de exaurimento probatório em detrimento das decisões fundadas em verossimilhança ou aparência do direito, dentre outras características – era inidôneo para prestar a tutela dos direitos.

Sem embargos, forçoso concluir com Marinoni, que “o processo

¹⁹⁷ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v.23, jun., 1985, p. 129.

¹⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 74.

não apenas deve, como módulo legal, atender às expectativas do direito material, mas também deve dar ao juiz e às partes o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias para atender às particularidades do caso concreto”¹⁹⁹. No mesmo sentido é a posição de Arenhart, para quem “muito mais prejudicial é a falta de mecanismos de proteção (e não apenas de procedimentos, considerados como um todo), imprescindíveis para a tutela de certos tipos de interesses”.²⁰⁰

Nessa medida, é possível ver que a *sumariedade* no processo civil passa a ser uma exigência do processo civil moderno. Diante das exigências do mundo sensível, certos direitos clamavam por um respaldo mais célere e mais tangíveis ao bem da vida pretendido. Superada a dogmática histórica de repúdio aos processos sumários²⁰¹, e a premissa de que toda a tutela sumária se encerrava em uma tutela cautelar, os juízos fundados em cognição sumária assumiram relevante acento para a efetiva tutela dos direitos²⁰².

A cognição sumária contrapõe-se diametralmente à cognição exauriente que respalda o procedimento ordinário originalmente concebido pelos sistemas processuais. O grande mérito da cognição sumária se alicerça no fato de comportar várias técnicas²⁰³, o que “consiste nas alterações quanto ao modo de formação do provimento e quanto a ruptura do isolamento das funções processuais, para propiciar geralmente efeitos executivos imediatos ao provimento cognitivo, formado por antecipação, tendo em vista o tempo que

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 419.

²⁰⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 33.

²⁰¹ “É neste ponto que emerge a indiscutível superioridade do Procedimento Ordinário, na medida em que a ordinariade permite a plenariade da demanda judicial, de modo a que o processo civil atenda às exigências e valores do individualismo liberal do século XIX, quais sejam, o respeito sagrado à liberdade individual do demandado, a quem deveria assegurar ampla e exauriente defesa; e a segurança absoluta do vencedor contra quaisquer futura investidas do vencido, representada pela intocabilidade da coisa julgada” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 7).

²⁰² Conforme muito bem adverte Pontes de Miranda: “Evite-se confusão entre cautelaridade e sumariedade. A cautelaridade alude ao fim da ação, ao seu propósito; a sumariedade ao rito, só ao rito. A ‘ação’ pode ser sumária sem ser cautelar; nada obsta a que o legislador dê às ações cautelares ritos diferentes. Não é o procedimento que é cautelar; cautelar é o escopo que utiliza a mandamentalidade, a constitutividade e até a executividade, que aí é rara, para prevenir” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 343, t. VI).

²⁰³ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil, v. 11 : do Processo Cautelar arts. 796 a 812*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 32.

levaria para a sua emanção se fosse observado o padrão da ordinarização em amplo contraditório”²⁰⁴.

Doravante, a partir do uso da técnica da cognição sumária, ampliam-se as formas de tutela dos direitos. A sua contemplação não é desmedida. Trata-se de uma técnica de inquestionável valor para adequação do processo e do procedimento às necessidades evidenciadas pelo direito material²⁰⁵.

A cognição sumária, conforme já esclarecido anteriormente, não exaure o conhecimento do objeto e viabiliza apenas um juízo de probabilidade, cujo alicerce reside na verossimilhança das alegações fático-jurídicas alegadas pelas partes. O procedimento, nesse passo, é conformado para adequação da referida técnica, através da postergação do contraditório, seja pela urgência demandada, seja pelo rigor da prova apresentada. O procedimento conformado a partir da técnica da cognição sumária não permite que o juiz trabalhe com a perspectiva da *certeza* ou da *verdade*. A valoração da gravidade social associada ao litígio²⁰⁶ e avaliação da dificuldade ou impossibilidade da prova de determinada alegação é que ditará a possibilidade de conformação do procedimento.

Note-se que foi utilizado, propositalmente, a expressão *conformação do procedimento*. Em suma, o que ocorre é a conformação do procedimento ordinário a partir da sumarização da cognição. Ao revés do procedimento ordinário fundado em cognição exauriente, cuja pretensão de direito material somente estaria atendida ao final da demanda, com a sentença, a adoção da técnica da cognição sumária favorece o respaldo ao direito aparente e evidente (a partir da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional constante no artigo 273 do Código de Processo Civil, por exemplo). Eis mais uma importância da técnica processual da cognição na superação da insuficiência do procedimento ordinário. Nesse sentido, Oliveira salienta:

O ideal é colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins últimos do processo limitando-se o mínimo possível o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regulação

²⁰⁴ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11 : do Processo Cautelar arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 32.

²⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93

²⁰⁶ Idem, 2013, p. 107.

contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcionada do feito. Além disso, a par da maior eficiência do aparelho judicial estatal mostra-se desejável hoje o desiderato de obter-se índice sempre mais intenso de democratização do processo, incrementando-se, assim, a efetiva acessibilidade dos usuários ao serviço judiciário, facilitando-lhes ao mesmo tempo o uso do aparelho estatal²⁰⁷.

A questão cinge-se no seguinte questionamento: qual a idoneidade de se cunhar ou conformar o procedimento baseando-se em elementos de probabilidade e verossimilhança? Crê-se que a resposta resida no que se denominou de *probabilidade lógica do direito*. O procedimento se *diferencia* ao respaldar a aparência do direito invocado ao invés da certeza, festejada no procedimento ordinário tradicional.

Nesse passo, tem-se que a probabilidade implica em uma proposição que “corresponde em determinada medida de verdade”, ou seja, em uma alegação concreta que indica a “existência de válidas razões para tomá-la como correspondente à realidade”²⁰⁸. A verossimilhança “apenas indica a conformidade da afirmação àquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*) e, portanto, vincula-se à simples possibilidade de que algo tenha ocorrido ou não em face de sua precedência ocorrência em gera”²⁰⁹.

Com efeito, nesse contexto a suficiência do procedimento se encontra na medida em que essa probabilidade lógica do direito – obtida através da avaliação judicial dos elementos prováveis e verossímeis – permitir um provimento apto à satisfazer a necessidade do direito material e, de modo tempestivo, o que não seria obtível com o procedimento ordinário (em cognição exauriente).

Baptista da Silva advertia que uma das consequências da *ordinariedade* foi a eliminação das formas superiores de contraditório, em privilégio do contraditório prévio, a partir da adoção de procedimento onde o juiz somente poderia decidir após ouvir as partes²¹⁰. A questão do redimensionamento do contraditório é de relevância na tratativa da sumarização processual e, como mostrou Ovídio Baptista da Silva, trata-se da

²⁰⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 126.

²⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97.

²⁰⁹ Idem, 2013, p. 97.

²¹⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 145.

“espinha dorsal de qualquer tipo ou espécie de sumarização processual”²¹¹.

Essa perspectiva, à luz dos perfis para tutela dos direitos, faz com que a regra do contraditório prévio no processo civil seja mitigada. O procedimento conformado pela cognição sumária faz com que o contraditório seja redimensionado. A concretização do direito à tutela adequada e efetiva dos direitos, bem como, o direito à cognição adequada clamam pelo que se denominou de *postergação* do contraditório. O tempo ou a atuação da parte contrária passam a ser pressupostos para a postecipação do contraditório²¹². É um dos “desvios” mencionados por Proto Pisani quando, em alguns procedimentos o contraditório se realiza de modo antecipado à fase decisória, mas de forma discricionária do juízo e não de modo predeterminado pelo legislador²¹³.

A adoção dessa inversão, quando comparado ao procedimento ordinário, em nada suprime o direito de defesa. Na advertência de Miditiero, “o direito à tutela adequada e efetiva e o direito ao contraditório compõe *no mesmo nível normativo* o direito ao processo justo”²¹⁴. A crítica de Baptista da Silva, outrossim, se reveste de pertinência:

Além disso, a distinção, quanto ao contraditório, entre procedimento ordinário e processo de execução obrigacional, tem importância para revelar que o “procedimento ordinário” é o modelo que inspira o sistema. A distinção serve também para mostrar que a doutrina é formada desse modelo dogmático. Quando falamos em “princípio do contraditório”, temos a mente voltada ao *procedimento comum* (ordinário). Vemos o princípio através da fórmula *audiatur et altera pars*, segundo a qual o juiz não pode apreciar a lide antes do réu produzir as suas alegações e provas.

Não nos ocorre que poderíamos respeitar o princípio transformando a matéria, que formaria o conteúdo da defesa, numa ação incidental; ou de forma ainda mais radical, tornando-a uma ação independente. Isto tudo desapareceu de nosso arsenal de conceitos, a ponto de a Constituição Federal considerar a “ampla defesa” – que é o contraditório próprio da *ordinarieade* – como a garantia fundamental e qualquer processo judicial ou administrativo. A consequência é o

²¹¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 181.

²¹² Idem, 2013, p. 120.

²¹³ “Un'altra deviazione dallio schema del processo ordinario è relativa alle modalità di realizzazione del contraddittorio: in alcuni procedimento il contraddittorio si relaizza in via anticipata rispetto alla fase decisoria, ma secondo modalità rimesse alla discrezionalità del giudice e non preteterminate dal legislatore. In tal modo risultano sopresse le garanzie tipiche del processo a cognizione piena: i poteri processuali delle parti, non derivando dalla legge, ma dal potere discrezionale del giudice (...)”. (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4.ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 547)

²¹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 120.

deslumbramento com a “ampla defesa”, convivendo com as virtudes institucionais do processo executivo obrigacional (sem defesa)!²¹⁵

Em outras palavras, inexistente incompatibilidade na postergação do contraditório. O redimensionamento não desnatura a legitimidade do procedimento que comporta a cognição sumária. No lúcido apontamento de Saldanha, na resistência à adoção dessas técnicas “há uma clara tentativa de manter a ideologia da segurança, o que perpassa a resistência na admissão de formas diferentes de contraditório e não apenas o pleno, exauriente e prévio”²¹⁶.

Lembra-se que um dos acentos da legitimidade do procedimento está na participação dos sujeitos do processo, e não na forma de contraditório prévio. Assim, o procedimento que se conforma para a utilização da técnica de cognição sumária, se encontra no mesmo nível de legitimação do procedimento ordinário de contraditório prévio e, evidencia a consciência de se conceber um procedimento à luz das exigências e peculiaridades do direito material.

Em vista dessas considerações, parece perfeitamente aceitável que o procedimento ordinário, em verdade, padece(ia) de uma insuficiência técnica. A celeuma é exterior à sua essência. A crise da *ordinarização*, mencionada por Ovídio Baptista da Silva, denuncia o efeito já mencionado: acreditar que o procedimento ordinário puro e despido dos instrumentos processuais idôneos à tutela dos direitos possa ser a medida do processo civil.

Todavia um esclarecimento é necessário. A crise da *ordinariedade* é uma crise de paradigmas, exatamente por não contemplar três pressupostos elementares²¹⁷: a) a necessidade de se cingir execução e cognição para fins de viabilizar os juízos de evidência e aparência; b) a superação da ideologia de que a prestação jurisdicional apenas se encerra nos procedimentos ordinários e plenários; c) a ilusão da “certeza” e da “verdade”. É

²¹⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 147.

²¹⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e Efetividade no Direito Processual Civil - A Sumariedade Material da Jurisdição - Proposta de Estabilização da Tutela Antecipada em Relação ao Projeto de Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 368.

²¹⁷ Cf. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e Efetividade no Direito Processual Civil - A Sumariedade Material da Jurisdição - Proposta de Estabilização da Tutela Antecipada em Relação ao Projeto de Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 370.

a mácula da *ordinariedade* que sufraga o direito processual e o mantém nas rédeas daquela relação jurídica fundada em *standards* do direito, ainda destinada e subestimada ao *cidadão sem rosto*. O *procedimento ordinário*, como visto é capaz de se adaptar às mudanças de paradigmas e de se compatibilizar com as mais relevantes técnicas processuais, para fins de atender as diferentes necessidades do jurisdicionado. Por mais paradoxal que possa ser (ao menos textualmente) as formas sumárias de tutela jurisdicional, e as de índole interdital, podem, sem embargos, se constituir em elementares hábeis a quebrar a *ordinariedade do procedimento ordinário*.

Como dito, a crise é de paradigma e não do procedimento ordinário. A patologia que torna o procedimento ordinário insuficiente – se é que assim pode ser considerado – é técnica e não apenas uma crise em sua essência.

Nesta circunstância, conquanto importante, parece relevante insistir no raciocínio de Jânia Maria Saldanha ao reconhecer a existência de uma *cegueira ideológica* que recobre o processo de conhecimento²¹⁸, arraigando a imperiosa necessidade da percepção dos problemas *estruturais* que gravitam em torno do processo. O paradigma da *ordinariedade*, que inspira os juízos de certeza, prioriza o valor segurança, repudia as formas de tutela sumária e fomenta o conceito de jurisdição como simples declaração de direitos, denunciados por Ovídio Baptista da Silva²¹⁹, todavia, se constitui em apenas uma consequência do fator estrutural a qual está vinculada e, vem vinculando séculos da experiência jurídica.

Na alegoria do professor gaúcho “o dogmatismo fez com que perdêssemos a visão do bosque. Vemos apenas as árvores e estamos ofuscados pela sua grandiosidade”²²⁰. Com efeito, hodiernamente, mister se faz compreender o que se oculta sob o elemento ideológico da *ordinariedade* e os limites que ainda permitem o sistema processual ser fiel a esse *paradigma*. Nesse espectro é que se poderá identificar as razões, as consequências e

²¹⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e Efetividade no Direito Processual Civil - A Sumariedade Material da Jurisdição - Proposta de Estabilização da Tutela Antecipada em Relação ao Projeto de Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 370.

²¹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. *Revista de Processo*, n. 158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 09-18.

²²⁰ Idem, 2008, p. 11.

significações dogmáticas oriundas da ordinaryidade, para então, fomentar as proposições aptas à contribuir para o aperfeiçoamento do sistemas processuais.

3 DA FLEXIBILIZAÇÃO DA TÉCNICA PROCESSUAL À CONFORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO

Uma adequada discussão sobre a *crise da ordinariade* deve levar em conta a transição histórica e as significativas vertentes preocupadas com o aperfeiçoamento dos sistemas processuais. Isso significa afirmar, com Cappelletti e Garth, que “nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam”²²¹. A explicitação histórica que ainda macula o processo civil e ascende o *paradigma da ordinariade*, é retratada pela crise da relação jurídica processual, cujos aportes recaem em generalizar e neutralizar a substancia da relação em vida, desprovidas de qualquer esforço para corresponder ao mundo sensível²²².

Eleva-se, nessa amplitude, as reformas processuais nos diversos ordenamentos jurídicos cuja finalidade subjacente tangencia a ideia de se fomentar os poderes do juiz para a consecução de um processo justo. Essa construção, na pontual observação de Barbosa Moreira, carrega o manifesto de que “há de existir alguém que atue imparcialmente no sentido de que o processo tenha marcha regular e venham aos autos todos os elementos para que o julgamento corresponda, na medida do possível, à realidade”²²³. Tomada consciência dos óbices sociais, econômicos e culturais, derivaram-se as tendências de *adequação* do processo e do procedimento, as quais não dispensaram a necessidade do juiz assumir a efetiva posição de condutor do processo.

Nesse passo, em matéria de procedimento, Bedaque preceitua que o ponto que revela a necessidade da adequação do processo ao direito material é a existência de regras especiais para determinados procedimentos, em razão da relação jurídica substancial submetida à apreciação²²⁴. Essa é a

²²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 7.

²²² Cf. CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, n. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52.

mesma força motriz que impulsionou ideias como a equalização do procedimento às necessidades substanciais do jurisdicionado e a busca quase incessante pela renovação dos institutos de direito processual, sendo que, em muitas das ocasiões, ainda é sustentada a orientação da limitada e questionável justificativa de obtenção de uma *célere prestação jurisdicional*.

Com a questão proposta na tratativa desse trabalho não é diferente. Convém pôr em evidência, nesse itinerante, o precípua problema de política jurídica que é a “divisão de trabalho” entre o órgão judicial e as partes, ao fim de avaliar a sustentação teórica das invocações desse talante. Adiantando, a partir dos apontamentos de Cappelletti e Garth, “o maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório”²²⁵.

Imbuídos dessas premissas é que esse capítulo se desenvolverá.

3.1 CONSIDERAÇÕES PROPEDEÚTICAS: OS MODELOS *ADVERSARIAL* E *INQUISITORIAL* DE PROCESSO CIVIL

A organização do processo vem, tradicionalmente, identificada na doutrina a partir dos modelos *adversarial* e *inquisitorial* de processo civil²²⁶, cujo estudo fornece valiosas acepções, muitas de cunho histórico, para a compreensão da divisão de trabalho entre os sujeitos no processo, bem como, do seu aspecto organizacional. A crença difundida é que países de tradição do *common law* adotam o sistema *adversarial* e os ordenamentos filiados à *civil law* aderem ao sistema *inquisitorial*. A afirmação não é demasiadamente errada, mas exige ponderações a respeito.

²²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre, 1988, p. 163.

²²⁶ Na astuta observação de Fredie Didier Junior, “não obstante haja muita discussão em torno da caracterização de tais modelos, bem como seja criticável terminologia, a dicotomia ainda continua sendo bastante utilizada e serve, pois, como uma apresentação, ao menos para fins didáticos, do tema”. (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, n. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 214).

O modelo *adversarial*, é compreendido como um verdadeiro duelo entre as partes (adversários) perante o juízo, o qual, relativamente passivo, se reserva somente à atividade decisória deixando para os litigantes a maioria das atividades no processo, com grande aderência do princípio dispositivo²²⁷. Nesse sistema o ânimo dos litigantes torna-se elemento determinante à marcha e desenvolvimento do processo. O juiz se reduz a observador do comportamento das partes, para assegurar que as regras fossem observadas, proclamando ao final, o vencedor²²⁸. Por longo tempo, o sistema *adversarial* constituiu a pedra angular do processo civil inglês²²⁹ e dos ordenamentos de tradição anglo-saxão. Nessa categoria, o procedimento é caracterizado pela simetria entre as partes, que se situam em condição de igualdade e ao magistrado, passivamente, lhe cabe a função de expectador dos debates e fiscalizador das regras processuais e procedimentais, sendo-lhe, a princípio, vedado intervir²³⁰.

A estruturação do modelo *inquisitorial* é protagonizada pelo órgão jurisdicional, o qual atua incisivamente para a solução do litígio, prevalecendo os poderes do juiz para o desenvolvimento das atividades processuais²³¹, que por sua iniciativa, lhe é permitido ir em busca dos dados capazes de proporcionar conhecimento mais relevante para o julgamento da causa. Todavia, o modelo *inquisitorial* caracteriza-se pela sua maior rigidez, eis que, na medida em que ocorre a ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, o argumento do controle dos possíveis arbítrios judiciais remanesce nos discursos que acompanham essa toada²³².

²²⁷ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, n. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 214.

²²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil – 4ª série*. São Paulo: Saraiva: 1989, p. 45.

²²⁹ JOLOWICZ, J. A. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, n. 372, p. 146.

²³⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 110.

²³¹ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, n. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 214.

²³² “Mas, à luz da experiência histórica, também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o respeito às garantias democráticas. A realidade é sempre algo mais complexa do que a imagem que dela propõe interpretações assim lineares, para não dizer, simplórias” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, n. 122 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005).

Em verdade, no sistema *adversarial* o procedimento não é tido como garantia contra o arbítrio, mas como técnica de coordenação da marcha processual, o qual acaba por se adequar conforme a iniciativa das partes, ao contrário do modelo *inquisitorial*, cujos poderes do juiz, na maioria das vezes, se encontra tolhido por limitações legais.²³³ A respeito dessas considerações, Gajardoni esclarece que é por tais razões que nos sistemas de tradição *adversarial*, exatamente pelo fato do procedimento não ser visto como uma garantia, mas como mero *iter* ou caminho a ser percorrido para a consecução dos objetivos dos litigantes, é que se admitiu que as partes ou o juiz manuseassem o procedimento com vistas à adequação das peculiaridades do caso, aliando-se, para isso, um eficaz sistema de sanção ao litigante de má-fé àquele que desvirtuasse a medida de adequação procedimental²³⁴.

Em que pese essas premissas, a interpenetração entre os modelos é muito mais visível do que uma constituição isolada e pura de cada espécie organizacional, conforme registra Jolowicz. Nas ponderações do Professor da Universidade de Cambridge, “na verdade o processo puramente *adversarial* não é mais capaz de existir no mundo real do que processo *inquisitorial*, porque embora se possa falar de contenda entre as partes, não é possível determinar objetivamente o vencedor do litígio, à maneira do vencedor de uma corrida: o juiz é forçado a exercitar seu discernimento – é pago para fazê-lo”²³⁵. A rigor, é possível se dizer que alguns sistemas preponderam mais ao *adversarial* ou ao *inquisitorial*; a pureza do modelo não é um atributo ao alcance, como se verá adiante.

3.2 O ESTADO DA QUESTÃO NO DIREITO COMPARADO

A questão da adaptabilidade ou conformação do procedimento pelas partes ou pelo juiz integra o direito positivo de alguns ordenamentos jurídicos. Não se pretende aqui a supervalorização ou a importação de conceitos e institutos do direito de outros países a partir de esmiuçada análise

²³³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 111.

²³⁴ Idem, 2008, p. 111.

²³⁵ JOLOWICZ, J. A. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, n. 372, p. 135.

de suas legislações, mas apenas apresentar a temática pertinente, avaliando a experiência e as peculiaridades da disciplina, bem como as vicissitudes apontadas no direito comparado.

3.2.1 Direito Inglês

Com efeito, a natureza *adversarial* é uma das características mais marcantes do direito processual inglês e, conforme visto anteriormente, preza pelo protagonismo das partes na condução do litígio e a mínima intervenção do órgão judicial. Em meados do fim do século XX o processo civil inglês passou por profundas transformações. Em 28 de março de 1994, Lord Woolf recebeu a incumbência do Lord Mackay LC of Clashfern (Lord Chancellor, 1987-1997), para “fazer recomendações a respeito do processo civil”²³⁶, ou no apontamento de Jolowicz²³⁷, *curar o adversary system*, sob o esboço dos seguintes objetivos: a) melhorar o acesso à justiça e reduzir os custos nos processos contenciosos; b) reduzir a complexidade de regras; c) modernizar a terminologia; d) acabar com as diferenças desnecessárias entre prática e procedimento²³⁸. A revolução processual inglesa, assim por dizer, surge da insatisfação do jurisdicionado com o desempenho da Justiça Civil Inglesa, principalmente pelo elevado custo, lentidão excessiva e complexidade de funcionamento²³⁹.

²³⁶ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 57.

²³⁷ JOLOWICZ, J. A. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, n. 372, p. 138.

²³⁸ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 57. Nesse aspecto, relevante as observações de Jolowicz: “O objetivo de Lord Woolf era curar o *adversary sytem* dos excessos de complexidades, custo e demora de que ele se tinha revestido. Em sua opinião, esses males eram consequência do desenvolvimento de uma ‘cultura *adversarial*’, mas ele se preocupava, apesar disso, em repelir a sugestão de que procurava afastar-se da ‘tradição *adversarial* e oral da Inglaterra e de Gales’. Em seus relatório, pouca coisa dissipa a impressão de que ele encarava o processo civil como algo só em pequena medida (ou em nenhuma) diferente de um grupo de sistemas de solução de litígios, denominados resumidamente como meios alternativos de solução – expressão cujo uso generalizado tende a confirmar a crença, igualmente generalizada, de que tudo se reduz à solução de litígios” (JOLOWICZ, J. A. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, n. 372, p. 138).

²³⁹ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revolução processual inglesa. *Revista de Processo*, n. 118. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa

Os diagnósticos de Lord Woolf foram delineados em relatórios (*Interim Report* em junho de 1995 e o *Final Report* em julho de 1996) que estimularam os debates e a literatura especializada, inspirando, por conseguinte, o advento de um Código de Processo Civil Inglês (“*Civil Procedure Rules 1998 – CPR*”), em vigor desde 26 de abril de 1999, promovendo significativo redimensionamento do sistema processual inglês. Uma das grandes inovações da reforma processual inglesa foi o distanciamento do modelo clássico do *adversary system* e o incremento dos poderes do juiz. Como bem obtempera Andrews, “o código processual inglês parece ocupar uma posição intermediária entre o robusto sistema americano e o tradicional sistema dos países de *Civil Law*, em que tudo se passa, predominantemente, perante o Judiciário”²⁴⁰. A inferência não é desmedida.

Em matéria de procedimento, a CPR inova ao estabelecer três procedimentos (*tracks*): a) *small claims track*, destinado às pequenas causas; b) *fast track*, destinados às causas de porte médio; c) *multi-track*, para as causas de maior complexidade. A adoção do procedimento, em princípio, deve obedecer as *overriding objective (Rule 1.1)*, em que se preza por processar a causa de maneira proporcional à soma de dinheiro envolvida, à importância do caso, a complexidade das questões e à situação financeira de cada parte. Como bem observa Barbosa Moreira, o órgão judicial goza de alguma latitude para determinar o procedimento aplicável a cada causa (*Rule 26.7.2*), podendo também operar a substituição por outro procedimento adotado de início (*Rule 26.10*), sendo que, no *small claims track* o juiz é livre para adotar o procedimento que reputar mais justo para a audiência preliminar, cuja realização também fica a seu critério (*Rule 27.6 e 27.8.1*)²⁴¹.

Os poderes do órgão judicial, em suma, estão enunciados no que se denominou na legislação inglesa de *case management (Rule 3.1)*. Essa “gestão de procedimentos” ou “gestão de processos” (*case management power*) pelo juiz, na lição de Andrews, possui três funções principais: encorajar

Arruda Alvim Wambier. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

²⁴⁰ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 54.

²⁴¹ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o Código de Processo Civil Inglês. *Revista de Processo*, n. 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

as partes a se empenharem pelo consenso, sempre que possível; evitar que os processos tramitem muito lentamente e de modo ineficaz; garantir que os recursos judiciais seja utilizados proporcionalmente²⁴². A ampliação dos poderes do magistrado é significativamente sensível na *Rule 3.1 e 3.1.(2)(m)*, a qual prevê a possibilidade do órgão judicial adotar qualquer medida com o propósito de gerenciar o processo para a consecução de seus propósitos²⁴³.

Nesse âmbito, o *case management* ao se configurar na adaptação da disciplina do procedimento às peculiaridades do caso concreto é feito no interesse das partes e do próprio processo em realizar uma justiça de modo tempestivo e menos custosa, de acordo com a realidade do caso submetido. Para Andrade, o aumento dos poderes de gerenciamento do juiz no processo visa aperfeiçoar a qualidade do produto judicial, sem sacrificar as demais garantias processuais, como o contraditório, ampla defesa, imparcialidade e neutralidade do juiz²⁴⁴.

A concepção de poderes de “gestão de procedimentos” ao juiz, sob certo aspecto, também tem o propósito de ofuscar a essência do *adversary system* fundada na liberdade das partes na direção do itinerário processual, eis que, antes de 1999, anota Andrews, “uma quantidade excessiva de processos ficava ‘perdida’, como que à deriva, sem orientação oficial. Tais conflitos eram quase uma brincadeira (lucrativa) de equipes rivais de advogados”²⁴⁵.

É certo que, a reforma do sistema processual inglês reconheceu ao juiz e às partes suficientes poderes para influenciar o procedimento, seja a partir da eleição dos ritos, quanto na sua composição²⁴⁶. Note-se que quanto aos poderes das partes, a CPR enuncia a possibilidade de acordarem sobre quaisquer prazos legais ou judiciais para a prática dos atos

²⁴² ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 140.

²⁴³ Rule 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”. Rule 3.1.(2) (m): “take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective”.

²⁴⁴ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*, n. 193. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 180.

²⁴⁵ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 89.

²⁴⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 117.

(Rule 2.11)²⁴⁷. Todo esse contexto apresentado pela CPR, comungando aqui o entendimento de Barbosa Moreira²⁴⁸, não deixa de impressionar pela amplitude de poderes e discricção conferida aos órgãos de julgamento para fins de direção do itinerário do feito, logrando o êxito de prestigiar e compatibilizar com a participação e colaboração das partes e de seus advogados, atenuando a cultura *adversarial* e estabelecendo uma responsabilidade compartilhada pelo processo.

3.2.2 Direito Português

O direito português apresenta uma das mais modernas legislações processuais que disciplinam, expressamente, a matéria que em Portugal se denominou pioneiramente de *princípio da adequação formal*. O ordenamento jurídico português, que segue a tradição romano-germânica, deu início no ano de 1993 a um processo de reformulação da legislação processual, objetivando a prezar pelo direito fundamental de acesso à justiça, a razoável duração do processo, os direitos de ampla defesa e contraditório e a viabilização da participação das partes²⁴⁹.

Esse processo reformador culminou na edição do Código de Processo Civil através do Decreto-lei n° 329-A/1995. O *princípio da adequação formal*, com a advento do Decreto-lei n° 180/96, foi contemplado no Código em seu artigo 265-A, prestigiando a seguinte redação: “Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”.

A *adequação formal* do Código de Processo Civil Português, rompe com o regime da legalidade das formas processuais e consagra expressamente a possibilidade do juiz, após ouvir as partes, promover as

²⁴⁷ Rule 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”.

²⁴⁸ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revolução processual inglesa. *Revista de Processo*, n. 118. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

²⁴⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 123.

diligências que julgar cabíveis para a melhor consecução dos objetivos do processo. O conteúdo da decisão que ordena a adequação do procedimento às necessidades concretas, na observação de Gajardoni, tem conteúdo variado, haja vista que, além de optar por um procedimento legalmente disciplinado para a matéria versada, pode fixar uma tramitação sucedânea, a partir de nova ordenação de atos não previsto em lei, da conjugação de diferentes sequências de formas do processo ou na imposição da prática ou omissão de atos já previstos²⁵⁰.

A questão de relevo, contudo, cinge-se em elencar os critérios e hipóteses de aplicação prática da adequação formal. A orientação, todavia, é de que a providencia somente se justifica se houver uma circunstância específica acusada pelo direito material, a qual se constitui em medida de *mais absoluta exceção*²⁵¹. Nesse passo, analisando a doutrina e a jurisprudência portuguesa, Oliveira sintetizou algumas diretrizes referentes às limitações da atuação do juiz na aplicação da adequação formal, destacando-se:

1.1 empregar o procedimento sumário previsto para causas de pequeno porte quando o pedido ultrapassar o valor de alçada; não pode, da mesma forma, alterar o procedimento sucessivas vezes – a adequação de se dar em momento inicial do procedimento, após o contraditório, e assim permanecer até o fim; 1.2 a adequação não se presta a promover a isonomia entre as partes. Daí não poder se basear em critérios subjetivos (não se trata de desequilibrar o procedimento em prol de alguma das partes), mas sim em critérios objetivos, cotejando-se a adequação do procedimento ao direito material que se pretende tutelar; 1.3 não pode o juiz aplicar o princípio para superar preclusão já consumada; 1.4 o princípio do contraditório deve ser rigorosamente respeitado. Dessa forma não se pode, por exemplo, suprimir atos pelos quais as partes deduzem suas alegações (réplica, por exemplo); 1.5 respeito à ideia de economia processual. O procedimento estabelecido pelo juiz não pode contemplar atos inúteis; 1.6 é essencial a fundamentação das decisões. Muito embora tal exigência seja óbvia no processo brasileiro, há algumas decisões no processo civil português que não necessitam de fundamentação²⁵².

Anota o mencionado autor que, existindo um procedimento especial para a hipótese material específica, deve-se evitar a aplicação da

²⁵⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 131.

²⁵¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 128

²⁵² OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 80.

adequação formal pelo juiz²⁵³. Em conclusão Gajardoni aduz que a adequação serve como “fonte normativa para permitir ao juiz, avaliando o caso em concreto, a estipulação do melhor proceder”²⁵⁴.

Doravante, a partir de 1º de setembro de 2013 passou a vigor o Novo Código de Processo Civil Português, aprovado pela Lei nº 41/2013. Dos pontos dignos de nota, está o dever de gestão processual do juiz (art. 6º) e, com nova redação, o *princípio da adequação formal* reproduzido no art. 547 que assim segue: “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”.

Em comparação com o diploma processual revogado, verifica-se que o legislador português manteve, em essência, a norma contida no Código anterior, escamoteando, todavia, o perfil excepcional que regia o artigo 265-A, já que fazia a previsão de sua aplicação apenas “quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa”. Deveras, a reforma portuguesa apenas reforçou a ideologia da necessidade dos poderes do juiz.

Em linhas gerais, ao atribuir poderes ao juiz, a legislação portuguesa não deixou de prestigiar a participação das partes e contemplar seus direitos processuais fundamentais. Todavia, a questão que suscita críticas reside exatamente na forma de controle do conteúdo ensejador dessa *adaptabilidade*, ou seja, a legitimidade em se abandonar a legalidade e a tipicidade das normas processuais. Com efeito, são questões que serão enfrentadas no curso desse trabalho. Deveras, do brevíssimo sumulado do direito português, os artigos trazidos à colação tomam o mister de apontar técnicas legislativas, comparáveis para efeito de valoração dos sistema processual pátrio, tangentemente à matéria tratada.

²⁵³ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 81.

²⁵⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 132.

3.3 O ESTADO DA QUESTÃO NA DOUTRINA NACIONAL

O panorama da questão dos poderes do juiz e das partes na adaptação do procedimento, à luz da doutrina brasileira, em verdade, não diverge muito das perspectivas apresentadas no direito comparado. Mesmo diante da ausência de regra processual expressa, ao revés do cenário jurídico inglês e português, a doutrina inicia-se na premissa da insofismável necessidade em se aceitar um procedimento conformado às exigências substanciais da justiça. Na lúcida constatação de Carlos Alberto de Oliveira, “o principal sustentáculo dessa concepção encontra-se, sem dúvida, na necessidade de se emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material e de outorga de justiça”²⁵⁵.

Em retrospecto ao que já foi escrito, esse ponto de vista não diverge da essência crítica que revestiu, ao longo do tempo, a (in)aptidão do procedimento ordinário na efetiva tutela dos direitos, bem como nos esforços para se superar o paradigma da ordinariedade. Como diria Proto Pisani, se é assegurado uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, é necessário que o jurisdicionado possa se utilizar de um procedimento estruturado de modo à conferir a efetiva tutela do direito material, e não meramente formal e abstrata do direito invocado²⁵⁶.

A esse propósito é que a *adaptação* ou *princípio da adequação* vigora, para Galeno Lacerda, como um princípio fundamental básico e unitário, hábil a justificar, inclusive, a autonomia científica de uma *teoria geral do processo*²⁵⁷. Para Galeno Lacerda a adequação se apresenta nas perspectivas subjetiva, objetiva e teleológica, as quais devem atuar em uníssono para que o processo alcance sua máxima eficiência.

A tratativa apresentada por Galeno Lacerda é pertinente quando se refere à adequação objetiva e à adequação teleológica. Para a

²⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 161.

²⁵⁶ PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci, 1982, p. 11.

²⁵⁷ LACERDA, Galeno. O Código com sistema legal de adequação do processo. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 253.

adequação objetiva é “interessante observar como a diferença de grau entre a disponibilidade e a indisponibilidade do objeto, isto é, do bem jurídico material, influi necessariamente nas regras do processo”²⁵⁸. Observa Galeno que as soluções da norma processual fatalmente se alteram na medida em que cresce a tônica da indisponibilidade. As relações jurídicas jungidas pela indisponibilidade, pelo interesse público ou pela repercussão pública, tendem a influenciar a conformação do processo (e o procedimento). Estabeleceu Galeno que “as repercussões dessa gradação nos vários tipos de processo 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 tantos outros”²⁵⁹.

A premissa de que o processo jurisdicional há de se adaptar às funções e objetivos da jurisdição, reside no aspecto *teleológico* da adequação. Nesse ponto, o autor registra que as variações de rito resultam de imperativos de adequação às diferentes realidades jurídicas²⁶⁰. A partir desse ideal, é que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, referindo-se ao processo cautelar, catalisa a possibilidade do juiz “construir no caso concreto o provimento mais adequado às exigências de tutela, e até agir de ofício segundo certa doutrina, prescindindo portanto de demanda da parte”²⁶¹.

A doutrina de Galeno Lacerda, por certo, assimilou o aspecto basilar de sustentação de toda a arguição a respeito da *adequação e adaptabilidade*: a de traduzir as necessidades atuais e permanentes de um povo, para o setor do direito.

A expressividade da doutrina sobre o tema, em geral, é favorável à adequação. José Roberto dos Santos Bedaque é um entusiasta do tema. Após enfatizar imprescindibilidade da postura sensível do processualista

²⁵⁸ LACERDA, Galeno. O Código com sistema legal de adequação do processo. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 254.

²⁵⁹ Idem, 2008, p. 254.

²⁶⁰ Idem, 2008, p. 255.

²⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 164.

diante dos anseios do direito material²⁶², encontra na delegação de poderes ao juiz uma solução para resolver o problema da efetividade do processo, a partir da utilização do *princípio da adequação formal*²⁶³ ou *adaptação do procedimento para a correta aplicação da técnica processual*. Segundo o aludido Professor, “os modelos procedimentais e os poderes, deveres, faculdades dos sujeitos processuais devem, na medida do possível, adequar-se às peculiaridades do fenômeno jurídico material e ser compatíveis com a natureza da tutela jurisdicional pleiteada”²⁶⁴. Para isso, adverte Bedaque, “é preciso reconhecer no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma”²⁶⁵.

No raciocínio de Bedaque, afastar a possibilidade de flexibilização do processo em função do direito material, é fadar o direito processual à ineficácia, já que “não basta a previsão em abstrato de um procedimento para possibilitar ao titular uma situação substancial carente de proteção o acesso à tutela jurisdicional efetiva”²⁶⁶. Ao lado desse arcabouço, o autor estabelece a imprescindibilidade das formas legislativas abertas para que o magistrado possa operar a flexibilização.

Quanto mais o legislador valer-se de formas abertas, sem conteúdo jurídico definido, maior será a possibilidade de o juiz adaptá-la às necessidades do caso concreto. Esse poder não se confunde com a denominada “discricionariedade judicial” mas implica ampliação da margem de controle da técnica processual pelo julgador²⁶⁷.

Nesta altura, a posição de Luiz Guilherme Marinoni é de

²⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 61-62.

²⁶³ Segundo Bedaque, o *princípio da adequação formal* é “destinado a possibilitar ao juiz determinar a realização de atos diversos daqueles previstos na lei, mas úteis aos objetivos no caso concreto. Esta possibilidade não deixa de ser manifestação do justo processo. Embora o legislador ordinário possa – respeitados os limites constitucionais – estabelecer a forma processual que considere mais adequada, é preciso interpretar tais regras segundo sua finalidade” (*Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 62-63).

²⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45.

²⁶⁵ Idem, 2010, p. 45.

²⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 65.

²⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 109.

grande prestígio. Para o autor, a ideia de construção de um procedimento adequado ao caso concreto transcende o mero conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva²⁶⁸. Marinoni percebeu que é um equívoco supor que o procedimento deve se desenvolver de modo mecânico, rigorosamente estrito ao perfil delineado pelo legislador, sem qualquer abertura às partes ou ao juiz para a promoção da adequação²⁶⁹. Nesse passo, argui pela ilegitimidade de um procedimento único e da utopia dos procedimentos diferenciados, sendo imperiosa a necessidade “de se dar à parte e ao juiz o poder de estruturar o procedimento ao caso concreto”²⁷⁰, advertindo, porém, que a participação e a adequação ao direito material constituem apenas uma faceta da legitimação da jurisdição civil. A existência de cláusulas gerais, aos moldes chancelados por Bedaque, não se encontram como única possibilidade de adequação, conforme magistério de Marinoni. Para o autor, “a falta de previsão legal de técnica processual idônea à tutela do direito material ou mesmo a fixação de técnica processual inidônea obrigam o juiz a identificar a técnica processual adequada a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”²⁷¹.

Preocupado com as reais dimensões do processo e imbuído dessas premissas levantadas por Marinoni, Francisco Baleotti percebeu a

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 428.

²⁶⁹ Idem, 2008, p. 428

²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 438.

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 429. Nesse passo Marinoni esclarece (p. 87): “Como está claro, o direito fundamental à tutela jurisdicional implica apenas na vinculação do juiz, não incidindo, antes ou depois da decisão sobre os sujeitos privados, e por isso, não deve ser confundido com os direitos fundamentais materiais que podem ser levados à decisão jurisdicional. Na realidade o direito fundamental à tutela jurisdicional, ao recair sobre a atividade do juiz, pode repercutir ‘*lateralmente*’ sobre o particular, conforme maior ou menor ‘grau de agressividade’ da técnica processual empregada no caso concreto. *Mas nunca ‘horizontalmente’, uma vez que esse direito não se destina, conforme já explicado, a regular as relações entre os sujeitos privados.* Nessa dimensão, para se evitar a confusão entre a eficácia do direito fundamental material objeto da decisão judicial e a eficácia do direito fundamental à tutela jurisdicional sobre a atividade do juiz, *deve ser feita a distinção entre eficácia horizontal mediatizada pela decisão jurisdicional e eficácia vertical com repercussão lateral, essa última própria do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.* Enquanto o direito fundamental material incide sobre os particulares através da decisão (eficácia horizontal mediatizada pelo juiz), o direito fundamental à tutela jurisdicional incide apenas sobre a jurisdição. No primeiro caso o juiz atua porque tem o dever de proteger os direitos fundamentais materiais e, assim, *de suprir a omissão de proteção do legislador, no segundo, porque tem o dever de dar tutela efetiva a qualquer tipo de direito, ainda que a lei processual não lhe ofereça técnicas adequadas*”.

existência de um dever do magistrado adaptar o procedimento para o fim de garantir o princípio da igualdade substancial das partes, preservando a atuação paritária²⁷² para, com isso, fomentar o acesso efetivo à jurisdição. O professor da Universidade Estadual de Londrina demonstra que a rigidez procedimental oriunda do princípio do devido processo legal não é valor absoluto e se apresenta dissonante quando contrastada com o escopo da adequada tutela do direito material. Deveras, como bem anota Balleotti, a adequação procedimental não ofende qualquer princípio constitucional processual e, deve ocorrer no plano da efetivação do contraditório, ou seja, pautada na colaboração entre as partes e o juiz no curso processual. Ainda nesse passo, Moniz de Aragão, inspirado na reforma processual inglesa²⁷³, também consigna a necessidade de se racionalizar os ritos, permitindo que a lei consinta ao juiz e às partes mais liberdade do que até hoje lhes conferiu, para fins de abolir o meticuloso modelo burocrático-formalista de *regras e regrinhas* meramente formais²⁷⁴.

Não é difícil constatar que o argumento da efetividade da tutela do direito material é que inspira os processualistas a volver para a possibilidade de se conformar o procedimento sob a chancela do direito ao procedimento adequado. Em que pese o discurso favorável aos anseios conformativos e flexibilizadores do procedimento, foi a partir da monografia de Fernando da Fonseca Gajardoni²⁷⁵ defendida perante a Universidade de São Paulo, que se observou pioneiramente na doutrina brasileira uma consistente sistematização sobre o assunto.

Gajardoni, ao trabalhar com a ideia de *flexibilização procedimental*, condiciona a medida à estrita observância de três requisitos

²⁷² BALEOTTI, Francisco Emilio. Poderes do juiz na adaptação do procedimento. *Revista de Processo*, n. 213. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 389.

²⁷³ Como lembra Egas Dirceu Moniz de Aragão, “A análise da nova lei inglesa abre os olhos dos estudiosos para a verdadeira reforma que a legislação brasileira está a reclamar. Não é mais hora de introduzir modificações tópicas, hipoteticamente capazes de trazer resultados imediatos, os quais, por falta de controle estatístico, às vezes não se chega sequer a saber se foram alcançados” (Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*, n. 358. Rio de Janeiro, 2001, p. 58).

²⁷⁴ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*, n. 358. Rio de Janeiro, 2001, p. 57-58.

²⁷⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

indispensáveis²⁷⁶: a finalidade, o contraditório útil e a motivação. A primeira limitação representa o aspecto teleológico da *flexibilização* pretendida, ou seja, somente será admissível a variação ritual, de modo excepcional, quando se verificar que o instrumento predisposto pelo legislador não for apto à tutela eficaz do direito, cabendo ao juiz “verificar a idoneidade da exigência formal, desprezando-a caso não haja lógica para a imposição legal havida por mero culto à forma”²⁷⁷. Nesse perfil, cabe a flexibilização para fins de proteção do hipossuficiente e equilíbrio dos contendores, visando a paridade processual entre as partes. Quanto ao contraditório útil, o autor vislumbra a necessidade das partes participarem e influírem na medida a ser adotada, não se esgotando na mera ciência bilateral dos atos do processo²⁷⁸. Por fim, a alteração do procedimento haverá que se pautar em decisão fundamentada, por ser o instrumento de controle dos desvios e excessos do órgão julgador, bem como, os fins justificadores da flexibilização procedimental²⁷⁹.

Com efeito, partindo da premissa da existência de um *princípio da adequação*²⁸⁰ e de um *princípio da adaptabilidade*²⁸¹, Gajardoni reputa pela viabilidade e existência de três regimes de flexibilização: a) legal (genérica ou alternativa); b) judicial; c) voluntária. Salieta o autor que as duas primeiras espécies têm por destinatário imediato o responsável pela condução do procedimento, qual seja o juiz. A última espécie mencionada é destinada à atuação das partes, para a eleição da melhor opção procedimental, competindo

²⁷⁶ Segundo o autor, “obviamente, algum critério ainda que mínimo, deve haver para que possa ser implementada a variação ritual, sob pena de tornarmos nosso sistema imprevisível e inseguro, com as partes e o juiz não sabendo onde o processo vai e nem quando ele vai acabar” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 87).

²⁷⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 88.

²⁷⁸ Idem, 2008, p. 89.

²⁷⁹ Idem, 2008, p. 95.

²⁸⁰ Para o autor, o *princípio da adequação* é afeto ao legislador federal e estadual, enquanto fator impositivo à sua atuação típica, ou seja, para que institua modelos procedimentais aptos à tutela especial do direito material (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 134)

²⁸¹ Por conseguinte, a *adaptabilidade* tem por destinatário a atividade do juiz, o qual deve flexibilizar o procedimento inadequado a partir da adoção de medidas que melhor atendem às peculiaridades da causa (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, 135).

ao juiz apenas o controle da legalidade e razoabilidade da opção eleita²⁸².

A *flexibilização legal* prevista por Gajardoni constitui-se na hipótese em que a legislação processual institui dispositivos permissivos ao juiz promover a adaptação conforme o caso concreto, ao lhe conferir poderes para tal desiderato. Será *genérica* quando o juiz, com a colaboração das partes, elege a melhor combinação de atos processuais a partir das possibilidades legais²⁸³. Como exemplos, são elencados os seguintes dispositivos: artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.096/90); artigo 1.109 do Código de Processo Civil; artigo 21, §1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96); artigo 6º da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95); artigos 451, §5º e artigo 461-A, §3º, ambos do Código de Processo Civil; artigo 84, §5º do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, a flexibilização será *alternativa* quando o sistema processual estipular várias opções procedimentais, com suas variantes estabelecidas previamente pelo legislador e, colocá-los à disposição do juiz, que irá eleger a melhor opção ao caso concreto, juntamente com as partes²⁸⁴. A título exemplificativo são citados alguns dispositivos: artigo 277, §4º e §5º do Código de Processo Civil, ao permitir ao juiz a conversão do procedimento sumário em ordinário; artigo 331, §3º do Código de Processo Civil, no que tange facultatividade da audiência preliminar; artigo 333 do Código de Processo Civil e artigo 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor, ao permitir que o magistrado inverta o ônus da prova; artigo 285-A do Código de Processo Civil, ao prever a possibilidade de imediato julgamento das denominadas, *ações repetitivas*; artigo 330 do Código de Processo Civil, ao permitir o julgamento antecipado da lide, desde que presentes as causas ensejadoras. Para tanto, na tentativa de afastar resquícios de arbitrariedade e subjetivismo, Gajardoni salienta que para a promoção da *flexibilização legal* o magistrado deve se pautar em sua *consciência e equidade*, e que a decisão corresponda às concepções morais e econômicas vigentes ao seu tempo²⁸⁵.

²⁸² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 139.

²⁸³ Idem, 2009, p. 140.

²⁸⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 158.

²⁸⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 140.

A *flexibilização judicial*, por conseguinte, encontraria amparo nas situações em que o legislador não providenciou os mecanismos processuais hábeis e idôneos para a efetiva prestação jurisdicional. É nesse contexto que Gajardoni reputa plenamente viável que o juiz promova a adaptação do procedimento, a partir de “*doses de criatividade*”²⁸⁶. Dentre os exemplos, o autor cita a possibilidade de inversão da ordem de produção da prova para, sob o argumento de que as disposições processuais desse talante (Cf. artigos 336, 435, 453, todos do Código de Processo Civil) “não pode ser levada tão a sério”²⁸⁷, já que “questões de conveniência e oportunidade na produção da prova, bem como outras relacionadas ao custo e à dificuldade em realizar algumas delas (especialmente a dispendiosa prova pericial), justificam que as rígidas disposições da legislação sejam fundamentadamente flexibilizadas para a mais adequada, célere e menos custosa”²⁸⁸.

Na mesma toada, Gajardoni identifica a *flexibilização judicial* quando o juiz aplica o princípio da fungibilidade para as demais situações processuais, além das hipóteses legais²⁸⁹. Para o mencionado autor a fungibilidade se inspira nos fundamentos da instrumentalidade das formas e na proteção à boa-fé do jurisdicionado, ao supor praticar o ato mais adequado ou útil, pese não o seja em realidade²⁹⁰. Com isso, em sua visão, a adaptação representaria ganho de efetividade ou economia processual, a partir da recepção de um ato processual por outro, em razão de ser mais adequado que o outro²⁹¹. Note-se que Gajardoni vai além, defendendo a possibilidade de o magistrado utilizar procedimento diverso daquele previsto na legislação, eis que, “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

²⁸⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 183.

²⁸⁷ Idem, 2008, p. 187.

²⁸⁸ Idem, 2008, p. 187.

²⁸⁹ A referência da fungibilidade é comumente presente na teoria geral dos recursos e, explicitamente na disciplina das tutelas de urgência (art. 273, §7º do Código de Processo Civil) e nas ações possessórias (art. 920 do Código de Processo Civil).

²⁹⁰ Incluem-se nesse aspecto, segundo Gajardoni, a fungibilidade entre ritos e demandas, entre formas de defesas, entre procedimentos liquidatórios, entre procedimentos cautelares típicos e atípicos.

²⁹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p.190.

material e à situação específica das partes litigantes”²⁹². Portanto, estar-se-iam abertas as portas para se mitigar os efeitos e a disciplina da preclusão, flexibilização dos prazos²⁹³ – não havendo mais que se falar em peremptoriedade dos prazos processuais²⁹⁴ – ou quaisquer outras hipóteses que o juiz entender estar em desconformidade.

Por derradeiro, ainda na intuição de Gajardoni, há a denominada *flexibilização procedimental voluntária*, cuja atribuição de eleição do procedimento mais adequado é atividade reservada às partes. Nessa seara, “o magistrado pode até advertir o litigante, com base no princípio da cooperação, a respeito das consequências deletérias da opção eleita. Mas, sendo a variante voluntária, compete-lhe aceitar a opção e tocar o procedimento conforme a opção estratégica da parte. Afinal, o ativismo do juiz exhibe-se perfeitamente conciliável com o ativismo das partes conscientes e cooperadoras²⁹⁵. À semelhança dos poderes do juiz, as partes poderiam convencionar prazos, optar pelo ato processual quando legalmente ofertadas opções para adoção, ou ainda, escolher o procedimento que melhor atende às peculiaridades do direito discutido.

Destarte, de relevante significação na doutrina é a temática da adequação do procedimento, seja pelo juiz ou pelas partes. Assim, com essas considerações, sem pretensões exaustivas, pretendeu-se apresentar o panorama da disciplina na doutrina brasileira. Diante da riqueza de posicionamentos do tema tratado, somente com esse delineamento prévio é

²⁹² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 201.

²⁹³ “Essas disposições flexibilizadoras do prazo são, entretanto, extremamente tímidas. As circunstâncias da causa recomendam, ainda que inexistente autorização legal, que os prazos sejam adaptados judicialmente conforme a complexidade da matéria de fato e de direito debatido (direito material), ou, ainda, conforme as particularidades pessoais da parte litigante. A flexibilização judicial do prazo, além disso, potencializa o alcance dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ao se permitir que o magistrado manipule o prazo, o litigante pode obter tempo suficiente para levantamento da prova e preparação da defesa ideal” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 211).

²⁹⁴ “Assim, não há como se manter o ideário de peremptoriedade dos prazos processuais. Além das hipóteses de dilação já prevista no art. 182 do CPC, em toda e qualquer situação que o tempo fixado pelo legislador não for suficiente para a adequada prática do ato processual, deve o juiz ampliá-lo fundamentadamente, de modo a garantir que o instrumento se adapte ao seu objetivo” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 212).

²⁹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 216.

que será possível traçar as considerações à questão.

3.4 A PLASTICIDADE DO PROCEDIMENTO E O PERFIL FUNCIONAL DA TÉCNICA PROCESSUAL

Como foi exposto, as teorizações acerca da adequação do procedimento relacionam o direito ao procedimento adequado e a capacidade do processo tangenciar – com maior precisão – a realidade substancial do jurisdicionado. Por conta disso, os discursos são estruturados na interferência do órgão judicial e das partes, “na medida em que a potencialização daqueles interfere, em maior ou menor medida, na força destes e vice-versa”²⁹⁶. O prestígio do procedimento, com maior ou menor intensidade, diga-se de passagem, estaria na sua capacidade de se adequar às peculiaridades do caso concreto.

Em que pese os esquemas alvitados pela doutrina suscitarem algumas indagações, a necessidade de se abolir o procedimento dos padrões rígidos e vinculativos vigora como uma ideia diplomaticamente aceita. Nesse cotejo ao se afirmar pela *plasticidade do procedimento*, além de suscitar uma discussão sobre o gerenciamento do processo, está pretendido o afastamento do nostálgico ideal de que a boa resolução dos conflitos só é alcançada a partir de generalizações. Assim, no horizonte do sistema jurídico é que essas tendências de *adequação* e *flexibilização* surgem para dar guarida às demandas sociais que ainda perecem sob os reflexos da *ordinariedade* do sistema processual.

3.4.1 Uma questão ainda não compreendida: “Flexibilização do Procedimento” ou “Flexibilização da Técnica Processual”?

Com efeito, na presente matéria, não se afigura fácil a construção de um esquema lógico e de perfeita coerência. A doutrina, com muito esmero, no compreensível afã de delinear os perfis para a consecução

²⁹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

de modalidades e possibilidades para proceder a almejada aproximação do direito material pela *flexibilização e adaptação do procedimento*, em muitas vezes, acaba por sustentar teorias arquitetonicamente sedutoras, porém aparentemente despidas de qualquer conveniência prática ou, às vezes, dogmaticamente insustentáveis.

Consoante assinalado, a doutrina propõe o que se denominou de *flexibilização procedimental*. A questão suscita, desde logo, algumas indagações. A primeira delas é de cunho terminológico, as quais crê-se que apesar de sua pouca expressividade prática, é decisiva para a perfeita coerência na tratativa do tema²⁹⁷. Conforme advertido alhures, e com o devido respeito às posições contrárias, não há como se sustentar conceitualmente a existência de uma efetiva *flexibilização* do procedimento. Afigura-se mais preciso, em vez de aludir à “flexibilização procedimental”, dizer que o procedimento se *conforma* às exigências apontadas pelo direito material, sob pena de se considerar essa maleabilidade como atributo de todo e qualquer procedimento.

No que se acaba de dizer, se reconhece explicitamente o anseio de um procedimento hábil e idôneo a respaldar adequadamente a tutela do direito posto à apreciação judicial e não, obviamente, o desejo de que esse procedimento seja passível de modificação. Em outras palavras, a necessidade primordial é um procedimento imediatamente conformado às necessidades substanciais das partes no processo jurisdicional e não um procedimento com a capacidade de se modificar. Deveras, mesmo que se repute passível esse fenômeno, mesmo que corretamente manejado, não há como negar que esse procedimento não se conformou às peculiaridades da causa.

É nesse ensejo que não se reputa adequado considerar o procedimento flexível, e sim conformado, até porque insuficiente acreditar em um completo redimensionamento do curso procedimental, dos prazos e

²⁹⁷ “Não há meios, senão os técnicos, de identificar e de descrever o modo pelo qual se movimentam. Determinado grau de apuro técnico é imprescindível à criação de uma linguagem comum, cujo emprego permita aos estudiosos o entendimento recíproco e a transmissão de experiências, sem a qual não se concebe progresso em setor algum do conhecimento humano. Uma técnica esmerada constitui, em regra, penhor de segurança na condução de qualquer pesquisa científica, e não há supor que o direito processual faça qualquer exceção” (MOREIREA, José Carlos Barbosa. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 12.

categorias jurídicas daquelas legalmente previstas. Em verdade, a *flexibilidade* é atributo da *técnica processual*, como um *mecanismo de reação* que atua naquele mesmo anseio de traduzir adequação às necessidades substanciais da vida. Doravante, é exatamente nessa ideia de *reação* da técnica processual que se permite a conformação do procedimento.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni é a partir da compreensão e identificação das diferentes formas de tutela que se pode pensar na técnica processual idônea para atendê-las²⁹⁸. Outrossim, conforme considerações pretéritas, é inútil esperar que legislador pátrio disponha todas as técnicas processuais possíveis para a tutela dos direitos e, por consequência, impossível de se esperar que as técnicas já delineadas possam suportar e prover toda e qualquer situação da vida. Nesse ponto é que a temática da flexibilização da técnica processual ganha vigor, eis que, “se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) são diversas, as técnicas processuais devem a elas se adaptar”²⁹⁹.

Perceba-se, ademais, que o procedimento, os meios executivos (multa coercitiva, busca e apreensão etc.), as sentenças (sentenças executivas, mandamentais etc.), a cognição, são apenas *modos* (técnicas) pelo qual o direito processual viabiliza e instrumentaliza a tutela dos diversos direitos e, por isso devem ser pensados em conformidade com o direito material. Sabendo-se que o direito à tutela jurisdicional não é apenas inerente ao procedimento legalmente instituído pelo legislador, é certo que a ausência de técnica processual adequada não pode constituir empecilho à tutela jurisdicional efetiva. Na assertiva de Marinoni, “como o juiz tem o dever de interpretar as regras processuais sempre a partir das necessidades do direito material e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, cabe a ele encontrar a técnica processual adequada à situação conflitiva concreta”³⁰⁰.

A consciência de tal realidade, com efeito, sugere uma reflexão: se o procedimento também se constitui em uma técnica processual, por quais razões não há que se considerá-lo flexível? O procedimento é uma

²⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 115

²⁹⁹ Idem, 2008, p. 115.

³⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71.

das espécies de técnica processual, porém, com a ímpar e preciosa capacidade de se compatibilizar com as demais técnicas processuais. Configurada sua aptidão para suportar as diversas técnicas processuais, o procedimento conforma-se na mesma medida.

Considere-se, por exemplo, o procedimento ordinário previsto no diploma processual. Em sua forma pura e simples, baseado em cognição exauriente, contraditório prévio e sentença condenatória, pode habilmente suportar uma simples ação de cobrança em que se veicula direito eminentemente patrimonial. Todavia, esse mesmo procedimento também é apto a suportar a técnica antecipatória e técnica da cognição sumária, por exemplo, para fins de se garantir a tutela do direito à saúde em uma demanda tem por objeto a realização de um procedimento cirúrgico de emergência. É nesse contexto que se sustenta a aptidão do procedimento se conformar.

Ademais, considere no exemplo dado que as técnicas processuais dispostas pelo legislador não apresentaram resultados satisfativos, seja pela inadimplência do réu em prover a ordem judicial, seja pelo fato do direito do autor estar na iminência de se periclitarem. É evidente que esse mesmo procedimento, diante da necessidade apontada pela realidade, pode se conformar a partir do redimensionamento do contraditório e da utilização das técnicas executivas dispostas nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil (imposição de multas, aumento no valor da pena pecuniária, busca e apreensões etc.), por exemplo, para maior efetividade do processo. É a técnica processual, com vistas às necessidades substanciais da vida, que permite ser flexível no campo de atuação apontado pelas situações substantivas.

Destarte, a técnica processual encontra no procedimento o ambiente idôneo para o comprometimento de sua finalidade: a tutela dos direitos³⁰¹. Por isso que, na relação de adequação entre *tutela dos direitos* e *técnicas processuais* não se pergunta apenas sobre as *formas de tutela*, mas

³⁰¹ Reflete aqui a lição de Kazuo Watanabe: “É por meio do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição consideradas nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, substanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do ‘devido processo legal’ (*Cognição no processo civil*. 4.ed São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131).

também a respeito das *técnicas processuais*³⁰², ou seja, cabe verificar se as técnicas processuais são capazes de propiciar a efetiva prestação jurisdicional³⁰³. A legislação processual deve se preocupar com as técnicas processuais a serem instituídas no ordenamento, e não somente com as tutelas dos direitos³⁰⁴. Nessa proposição, é diante da omissão da técnica que a doutrina sustenta a *conformação* do procedimento pela *flexibilização de uma técnica processual já existente*. Em linhas gerais, essa é a posição de José Roberto dos Santos Bedaque³⁰⁵.

Ao propósito, volvendo-se para o corte metodológico assinalado por Gajardoni, com a devida vênia, não há como se considerar a pretendida *flexibilização legal alternativa* – quando a própria lei permite ao juiz adotar caminho procedimental distinto, dentre as opções elencadas e dispostas – uma modalidade de *flexibilização*. Observe-se que o *iter* procedimental delineado pelo legislador mediante a disposição de alternativas predispostas, não implica em qualquer *flexibilização* do procedimento legalmente instituído. Ao se proceder ao julgamento conforme estado do processo (art. 330, incisos I e II do Código de Processo Civil) ou através da sistemática do art. 285-A, ou ainda, a conversão de ritos legalmente previstos, não se está diante de qualquer inovação, a não ser de um procedimento legalmente instituído em que o legislador, por bem, considerou em elencar tais possibilidades para o aperfeiçoamento do sistema processual em termos de efetividade e celeridade. E não há nada de novo nisso.

Caso contrário, a disposição dos procedimentos especiais no Código de Processo Civil também representariam hipóteses de procedimentos *flexibilizados*, quando não o são. Eis aí, nos procedimentos especiais, um nítido exemplo de procedimentos “legalmente” conformados às necessidades materiais que não agregam qualquer tipo de *flexibilização*, seja do juiz ou das partes, a não ser compatibilizar-se com as técnicas processuais dispostas pelo

³⁰² Conforme observou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, as formas de tutela não constituem técnicas, sendo de fácil constatação a impossibilidade de confundir ambas categorias. Sobre o assunto, consultar: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 91-92.

³⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 245.

³⁰⁴ Idem, 2008, p. 247.

³⁰⁵ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

legislador³⁰⁶. Com efeito, não há sustentação teórica para essa modalidade.

Ademais, nem mesmo as hipóteses de fungibilidade podem representar espécies de adequação ou adaptação, principalmente as já previstas na legislação processual, pelo simples motivo de sua finalidade ser diversa à pretensão de *adaptar o direito*. A fungibilidade predispõe-se a garantir a coesão do ordenamento e do tecido normativo, em situações que a nebulosidade da questão leva a parte requerer providência diversa daquela que seria adequada. Reputando presentes os requisitos ensejadores à providência que seria devida, o juiz é autorizado a concedê-la. A providência sugerida por Gajardoni, qual seja, efetuar a aplicação da fungibilidade em toda e qualquer situação, apesar de supostamente imbuída de bons propósitos, reconheça-se, encontra impedimento em uma vicissitude que transcende à mera análise processual da proposta, que é o controle de sentido e conteúdo ao objeto dessa operação de fungibilidade, cujos apontamentos serão tecidos no capítulo posterior.

Note-se que as previsões legais autorizadas de atuação do juiz e das partes, bem como as cláusulas de textura aberta, podem ou não permitir a flexibilização da técnica processual, a partir da ampliação do campo de atuação dos atores processuais. Na advertência de Marinoni, “o Estado não pode se desincumbir do seu dever de prestar tutela aos direitos sem outorgar à parte a técnica processual idônea à tutela do direito material”³⁰⁷. Nessa problemática, a questão pertinente reside na avaliação de alcance e os parâmetros que se submete a flexibilização da técnica processual para fins de atender o direito material e o grau de outorga de poderes aos sujeitos processuais, especialmente ao juiz.

Na observação de Oliveira, “a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o

³⁰⁶ “É o caso, por exemplo, da ação de reintegração de posse, cujo procedimento sempre deteve técnica de antecipação de tutela e sentença diferenciada, isto é, sentença executiva. Tal técnica antecipatória não requiere a presença de urgência, estando atrelada à natureza da tutela possessória. Além disto, a ação de reintegração de posse, em virtude da particular situação substancial que objetiva tutela, jamais se adaptou à sentença condenatória” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

³⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 420.

direito das partes”³⁰⁸. A essa altura, falar em *flexibilização de técnica processual para a conformação do procedimento* é equacionar o problema da divisão de trabalho no processo civil para suprir uma situação de crise representada por uma lacuna do legislador ao deixar de instituir o mecanismo processual adequado para a efetiva tutela dos direitos. Remanesce o ideal de revigorar a fisionomia do procedimento, a partir da técnica processual, para acudir as disfunções do próprio processo.

3.4.2 Impropriedade da invocação dos poderes instrutórios do juiz enquanto medida para conformação do procedimento

Deslocando-se a tônica para os poderes do juiz na conformação do procedimento, dentre os mais efusivos argumentos invocados situam-se os poderes instrutórios do juiz. Como consagrado na doutrina alemã, já foi o tempo em que o processo era tido e havido como “coisa das partes” (*Sache der Parteien*)³⁰⁹. O incremento de poderes ao juiz que prevalece em matéria de instrução se deve às legislações modernas ao confiar papel ativo ao juiz, “deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio, tal como submetido a sua cognição, isto é, nos limites do pedido e da causa de pedir”³¹⁰.

Sob os auspícios da função judicial se encontrar ligada à aplicação do direito, tem se mantido na história mais ou menos linear as atribuições concedidas ao órgão judicial³¹¹. Mais que isso, Barbosa Moreira obtempera pela naturalidade: “é intuitivo, em linha de princípio, que um bom julgamento descansa na correta aplicação da norma a fatos reconstituídos com a maior exatidão possível; e julgar bem é preocupação que não pode ser estranha ao órgão judicial”³¹². Nessa problemática, a doutrina encontra nas

³⁰⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29

³⁰⁹ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, n. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

³¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47.

³¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

³¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do

garantias processuais das partes, elevando-se aqui o contraditório e a ampla defesa, os limites e contornos para a compatibilização com o modelo processual democrático³¹³. Com propriedade, leciona Barbosa Moreira:

É claro que a mais larga atribuição de poderes exercitáveis de ofício, na instrução do feito, de modo algum, dispensa o órgão judicial de respeitar, na realização de quaisquer diligências, a garantia do contraditório, indispensável à salvaguarda dos direitos da defesa. Menos ainda o exonera do dever de motivar a sentença mediante a análise de elementos probatórios colhidos e a justificação do valor atribuído a cada qual. No controle da observância dessas imposições legais, e não no cerceamento da iniciativa do juiz é que consiste o melhor antídoto contra as eventuais tentações de parcialidade³¹⁴.

Todavia, não aparenta ser confundível os poderes instrutórios do juiz com os poderes do juiz na conformação do procedimento. São perspectivas diversas. O poder de conformação do procedimento é identificado nos poderes do juiz da condução e gerenciamento processual, à semelhança do *case management* no direito inglês, e não compreende a necessidade de ampliar os poderes para a instrução oficial. Aliás, ambas as perspectivas podem se configurar isoladamente.

Para Andrade, a distinção deve ser marcada porque, como aponta a doutrina italiana, é comum a confusão entre esses dois panoramas sob a chancela única de “ativismo judicial”³¹⁵. O que se pretende assinalar aqui é a interdependência entre essas duas esferas, eis que, uma não implica, obrigatoriamente, a outra.

processo. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47.

³¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 123; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 50; GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

³¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 49.

³¹⁵ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*, n. 193. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 180.

4 A CONFORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO PELO JUIZ: PERSPECTIVAS CRÍTICAS

Conforme afirmou Barbosa Moreira, “muito justamente insatisfeita com meras enunciações de princípios, procura a sensibilidade contemporânea meios e modos de converter em realidades palpáveis as promessas contidas em textos constitucionais e legais”³¹⁶. A problemática exposta em páginas pretéritas vem retratar um dos reflexos da pressão do “social” no processo civil e o interesse do processualista em focalizar seu objeto sob o ângulo do jurisdicionado.

Neste cenário, a tratativa da conformação do procedimento a partir da flexibilização da técnica processual ganha vigor através do aclamado discurso de aptidão dos poderes do juiz na redução das iniquidades do direito e da sociedade. Ainda sob esse paliativo, conforme visto, a intensa regulação do procedimento pelas próprias partes também serviria a esse condão. A ênfase nos poderes do juiz e das partes no gerenciamento do procedimento e flexibilização da técnica processual, encontra inspiração nos ordenamentos inglês e português ao contemplar em suas legislações, dispositivos expressos para a disciplina da questão.

Nesta regência, coteja-se no presente momento volver-se à apreciação do fenômeno sob a exclusiva perspectiva do juiz e a sua atuação na conformação do procedimento. Por ora, deixa-se de lado o viés relativo à atividade das partes na conformação do procedimento, a que uma terminologia hodiernamente difundida vem aludindo sob a denominação de “negócios jurídicos processuais”, que é objeto de investigação diversa da que ora se elabora.

Em verdade, a essa postura ativa do juiz na conformação do procedimento não falta quem critique, seja a própria conduta do sujeito (magistrado) ou a incontinência do legislador em atribuir poderes ao órgão judicial. Na irretocável advertência de Barbosa Moreira, “mentes criativas acenam com um rol de soluções cujas virtudes se apregoam em prosa e verso, num alvoroço – diga-se de passagem – às vezes algo ingênuo, como se

³¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A justiça e nós. Temas de direito processual civil*. 6ª Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 1.

estivéssemos, agora, a inventar a pólvora ou a descobrir, enfim, a pedra filosofal ou a fonte da eterna juventude”³¹⁷. Esse aspecto do problema, não se afigura necessário ou conveniente esquecer. Com efeito, o presente capítulo assume a pretensão de apreciar criticamente a postura do juiz e, na medida do possível, da dogmática que sustenta as possibilidades que gravitam nessa órbita.

Esse viés, exige a assimilação de duas premissas elementares. Deve-se reconhecer que, por mais que se fale em *adequação, flexibilização, adaptabilidade, conformação* e ou qualquer outro adjetivo performativo ao *procedimento*, é imperioso registrar que ele não pode ser (con)formado à revelia das condições culturais³¹⁸ e históricas. Notadamente, nenhuma surpresa há que subsistir na conclusão de Capelletti e Garth, ao concluir que “por mais importante que possa ser a inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforço para prevenir arbitrariedades e injustiças”³¹⁹. Ainda na assertiva dos mestres do Projeto de Florença, “embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para assegurar os ‘novos’ direitos, especialmente (mas não apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas”³²⁰. Doravante, a estruturação de uma crítica a esse respeito, especialmente as otimistas, deve-se arvorar no apontamento ora delineado.

Por conseguinte, para sustentar essa tese à luz do protagonismo do juiz, costuma-se partir do ideário da supremacia do órgão judicial, cujo consenso suficientemente encontrado na doutrina começa a sofrer influxos adversos consideráveis e hábeis à questionar o “*absolutismo*” dessa premissa. Portanto, parte-se do pressuposto de que, por mais aderente à realidade seja a ideia da conformação do procedimento, sua operabilidade não pode ser a qualquer pretexto, ainda mais quando a iniciativa parte do juiz,

³¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A justiça e nós. *Temas de direito processual civil*. 6ª Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

³¹⁸ “Daí porque, quando hoje se afirma o caráter cultural do direito, sublinham-se justamente as características de humanidade, socialidade e normatividade do jurídico, frisando-se a gênese axiológica e cultura de nossa ciência. A ligação entre sistema cultural e sistema jurídico é hoje insuprimível do horizonte do jurista” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

³¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre, 1988, p. 164.

³²⁰ Idem, 1988, p. 164.

conforme se verá.

4.1 A RACIONALIDADE INSTRUMENTAL DO JUIZ E O PROTAGONISMO JUDICIAL: PARA ALÉM DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Tem-se notado na doutrina brasileira que permeia os últimos séculos, bem como na legislação processual, intensa atividade de prestígio ao protagonismo judicial, cujo tema dos poderes do juiz se reveste da maior importância. A gênese desse protagonismo remonta à doutrina de Oskar Bülow, o qual, desde a estruturação de uma autonomia do estudo do direito processual através da relação jurídica processual, precisamente a partir da obra “*Lei e Função Judicial*” (*Gesetz und Richteramt*), sofre as críticas pela “implementação de um protagonismo judicial, que conduz ao solipsismo judicial e ao esvaziamento do papel técnico e institucional do processo, sob um discurso moderno de funcionalização do sistema jurídico”³²¹.

Esse panorama, sem embargos, é identificado no Brasil na corrente que se denominou de *Instrumentalidade do Processo*, cujo exponencial se identifica em Cândido Rangel Dinamarco. A *Instrumentalidade* aposta e encontra na função criativa do juiz, um intérprete qualificado e legitimado a contribuir e completar o preceito da lei, canalizando a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação³²². Para Dinamarco, inexistente razão para enclausurar o juiz em “cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa”³²³. E vai além, ao ressaltar:

Entram aí as convicções sócio-políticas do juiz, que não de refletir as aspirações da própria sociedade; o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares

³²¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 100.

³²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47.

³²³ Idem, 2009, p. 153.

como se não fosse portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar sendo fiel ao direito³²⁴.

Como se observa, o tônus da instrumentalidade do processo foi deslocar toda a função *realizadora do direito* na figura e racionalidade do juiz e, acima de tudo, influenciar e fomentar a formação de uma ideologia da justificação dos poderes e atuação do juiz em perspectivas metajurídicas (sociais, políticas, econômicas etc.).

Note-se que nem as mais sofisticadas doutrinas deixam escapar essa perspectiva. Para determinar o exato alcance dessas possibilidades de atuação, em excelente estudo destinado à análise da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais, Marinoni percebeu que “o juiz deve estabelecer uma relação racional entre o significado da tutela jurisdicional no plano substancial (tutela inibitória, ressarcitória etc.), as necessidades do caso concreto e a técnica processual”³²⁵, ressaltando, em suma, que o magistrado deve demonstrar a necessidade de ser utilizada uma precisa técnica processual.

Para isso, Marinoni reforça que a argumentação relativa à técnica processual se desenvolve sobre um discurso de direito material já justificado, pairando a dúvida somente quando existir mais de um meio apto a satisfazer o direito tutelado³²⁶. Logo, não haveria problema interpretativo a ser solucionado ou situação jurídica a ser esclarecida, eis que no plano material, o amparo à intervenção do Estado na esfera jurídica do particular já estaria justificado. Nesse passo, com espeque nos fatos e no direito material, o discurso de direito processual que identifica a necessidade de uma técnica processual não prevista na lei, não representaria qualquer ameaça à segurança jurídica³²⁷.

³²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 231.

³²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. *Revista de Processo*, n. 226. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

³²⁶ Idem, 2013, p. 26-28. Sobre a questão discussão que gira em torno de qual o meio adequado para conferir efetividade a esse direito, o autor esclarece que “não há aqui debate sobre meios mais e menos eficazes, simplesmente porque um meio é plenamente eficaz e satisfaz o direito protegido ou não é plenamente eficaz e, então, não satisfaz o direito protegido” (p. 26-27).

³²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. *Revista de Processo*, n. 226. São Paulo: Revista dos Tribunais,

O essencial aqui é por em evidência o perfil ideológico da instrumentalidade do processo. Ressalvados os méritos – que não são poucos – à instrumentalidade ainda remanesce a quota de críticas dirigidas à Bülow. Como bem advertiu Nunes, Bülow buscava “uma aplicação livre e, em certa medida, subjetiva do direito pelos juízes, que deveriam desenvolver as função com sabedoria e sensibilidade, uma vez que ‘a atividade do juiz contribui para o progresso e a completude da edificação do ordenamento jurídico, que a lei somente iniciou’. (BÜLOW, 2003, p. 9) (tradução livre)”³²⁸. Não obstante, Bülow identificava no juiz um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo e um instrumento de criação do direito, mesmo que as determinações jurídicas não estejam contidas no direito posto pelo legislador³²⁹.

Doravante, com a instrumentalidade não foi diferente. Essa profissão de fé nos juízes, ainda permeia os tempos modernos. Na doutrina, amplamente influenciada pelo “terceiro momento metodológico” do processo civil, é corriqueira sustentação de discursos no sentido de que “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”³³⁰, ou ainda, que “é preciso reconhecer no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma”³³¹, cujas perspectivas foram amplamente apresentadas nesse trabalho.

Deveras, esse contexto já apresenta reflexos. Nas precisas constatações de Nunes, o reforço único dos poderes do juiz acometeu o modelo reformista brasileiro de uma patologia ainda maior, que foi o esfacelamento do papel das partes e advogados, e instauração do discurso burocratizante da busca pela rapidez procedimental³³². Nesse ponto, Calmon de Passos assevera com propriedade:

2013, p. 29.

³²⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 101.

³²⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 102-103.

³³⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 201.

³³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45.

³³² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 150.

Um desses frutos perversos, ou peçonhentos gerados pela "instrumentalidade" foi a quebra do equilíbrio processual que as recentes reformas ocasionaram. Hipertrofiaram o papel do juiz, precisamente o detentor de poder na relação processual, portanto o que é, potencialmente, melhor aparelhado para oprimir e desestruturar expectativas socialmente formalizadas em termos de segurança do agir humano e previsibilidade de suas conseqüências. Privilegiaram, de outra parte, o autor, justamente aquele a quem cabe o dever ético e político de comprovar o inelutável da sujeição do outro a sua pretensão. Numa total inversão de valores, tem-se como "dado" o que jamais pode ser entendido nesses termos antes de comunicativa e intersubjetivamente produzido. Esses erros levaram a que as reformas, em lugar de resolverem a crise da Justiça, agravassem-na e o fizessem progressivamente, até atingir o intolerável, que determinará o indesejável - a implosão, quando se queria apenas e se necessitava apenas de reformulação³³³.

Na atualidade, é no mínimo equivocado creditar ao protagonismo judicial a “chave e solução de boa parte das mazelas do sistema”³³⁴. A justificativa para se pensar “*além da instrumentalidade do processo*”, é exatamente a busca de se afastar a ideia que o processo possa servir para legitimar as pré-compreensões ou pré-conceitos do juiz e, acima de tudo, um discurso processual decorrente unicamente das percepções unilaterais do magistrado acerca das vicissitudes as quais reputa ser iluminadas pelo direito material. Tudo isso implica reconhecer que pensar “*além da instrumentalidade do processo*” também é se atentar às condições de possibilidade do controle das decisões judiciais, e particularmente, às condições de possibilidade do controle das decisões conformativas do procedimento e de flexibilização da técnica processual. Na precisa assimilação de Streck, “o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja”³³⁵. E no viés desse estudo, adianta-se o registro: o procedimento não é (e não pode ser) aquilo que o juiz quer que seja.

Registre-se, todavia, que não se está aqui a incriminar a *instrumentalidade do processo* na pretensão de desconstituí-la em sua essência, sob pena de ingenuamente negar os avanços da ciência processual,

³³³ PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3062>>. Acesso em: 1 set. 2014.

³³⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 104.

³³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25.

ou equipará-la a qualquer tendência de adequação ou flexibilização do procedimento. Não colhe invocar – sob pena de amadorismo – a orientação da neutralidade do juiz, a defesa da passividade e do perfil espectador do órgão judicial e, muito menos, se atrever em defesa do ultrapassado positivismo exegético. Trata-se apenas de uma ligeira mirada à perspectiva do protagonismo judicial, que divide expectativas e críticas.

4.2 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E O PARADIGMA DA SUBJETIVIDADE

No que se acaba de dizer, implicitamente inspira a releitura do papel do juiz e sua inserção no perfil *instrumental do processo*. Não é menos útil, porém, volver-se para a Teoria Geral do Direito e constatar que o problema que ora se evidencia cuida de dar respostas a uma questão relacionada à democracia e à possibilidade de controle das decisões judiciais³³⁶. As críticas delineadas são dirigidas ao solipsismo judicial³³⁷ e suas variações surgidas no rastro da filosofia da consciência, que identificam na figura do juiz o protagonista legitimado a conformar o procedimento e flexibilizar a técnica processual. Em uma breve análise da história do direito, a constatação mais aparente, sem dúvida, é a de que “o imaginário jurídico empurra o jurista em direção à tentação solipsista, forjada no paradigma na subjetividade”³³⁸.

Nos bastidores dessa perspectiva reside a velha e prestigiada *discricionariedade judicial*, cuja noção vinculada a ideia de jurisdição “aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da

³³⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 57.

³³⁷ A compreensão da expressão *solipsismo* é identificada na pesquisa de Carmen Lígia Nery, que didaticamente comenta: “Solipsista é a tradução da expressão alemã *Selbstsüchtiger*, que também quer significar egoísta. O sujeito solipsista é o sujeito da consciência de si do pensamento pensante (*Selbstgewissheit* das *denkenden Denken* – na expressão de Gadamer) que constrói seu próprio objeto. O solipsismo “é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estado de experiência interiores e pessoais, não conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles” – Blackburn, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 367. É a corrente filosófica que acredita ser o mundo controlado consciente ou inconscientemente pelo sujeito” (NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 95).

³³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 406.

'descoberta' da *indeterminação do direito*³³⁹. Na precisa advertência de Streck essa discricionariedade não passa de um modo – equivocado – de superar o modelo de direito formal-exegético e uma aposta no protagonismo judicial³⁴⁰. A questão de relevo é a subsistência de uma indevida apropriação do objeto (direito), que sofre os influxos da consciência do intérprete mediante um ato performativo (discricionariedade). A discussão remonta à crítica feita por Ronald Dworkin à Herbert L. A. Hart. Em resumo, o ponto rechaçado por Dworkin é exatamente a aposta do positivismo de Hart no “poder discricionário” para a resolução dos chamados “casos difíceis”³⁴¹. Para Ronald Dworkin, é mister que as partes de um processo judicial possuam uma solução para seu caso de acordo com o ordenamento previamente estabelecido, afastando-se assim das proposições discricionárias e do poder criativo dos magistrados tangenciados pela teoria de Hart. O que importa, como bem disse Dworkin, é que os juízes estejam conscientes de sua dimensão institucional e histórica, bem como, de suas responsabilidades políticas³⁴², para bem aplicar o direito e não criá-lo. Entretanto, o direito processual civil ousou em abdicar dessa premissa.

Entre os processualistas, ao tratar do problema da “criatividade” da função jurisdicional Mauro Cappelletti também acaba por acreditar na discricionariedade dos juízes, sob o argumento de que o magistrado “não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma neutra”³⁴³. Na doutrina nacional semelhante posição era acolhida por Ovídio Baptista da Silva, para quem o sistema jurídico

³³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38.

³⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43. Ainda nessa toada, o autor destaca (p. 38): “Assim, da Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo kelsinano, pelo positivismo moderado de Hart, até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço ‘não tomado’ pela ‘razão’; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade *discricionária* do interprete/juiz (não podemos esquecer que, nesse contexto, *vontade* e *discricionariedade* são faces da mesma moeda)”.

³⁴¹ Cf. HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2.ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

³⁴² Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 33.

haveria de reconhecer a seus juízes algum grau de *discricionariedade*³⁴⁴.

A preocupação não é desmedida. Afirmar que o órgão julgador possui “espaços de manobras” para implementação de direitos processuais e materiais fundamentais, não autoriza o interprete/julgador a escolher o sentido mais conveniente, o que significaria dar azo à discricionariedade e a decisionismos³⁴⁵. Como bem esclarece Lenio, “a ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é sequência inexorável da discricionariedade)”³⁴⁶. Aliás, nem mesmo uma aproximação entre a *discricionariedade judicial* – que permite as ditas condutas performativas no processo civil – com a *discricionariedade do direito administrativo*, chancela a possibilidade de sua encampação nos processos interpretativos em matéria processual. Para se evitar ambiguidades conceituais, segue o conceito de discricionariedade administrativa, por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para situação vertente³⁴⁷.

Na doutrina, Teresa Arruda Alvim preocupou-se em delinear as diferenças entre a denominada discricionariedade judicial e a discricionariedade propriamente dita (administrativa). Para a mencionada autora a discricionariedade judicial difere-se na medida em que “quando uma norma encampa um conceito vago, em sua redação, esta norma é *concebida com o escopo de gerar uma só interpretação*, ou seja, a gerar uma situação tal, de molde a que dela se extraia *uma só interpretação*, um só resultado”³⁴⁸.

³⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. *Revista de Processo*, n. 158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 14.

³⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38-39.

³⁴⁶ Idem, 2012, p. 39.

³⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 48.

³⁴⁸ ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 132.

Todavia, por mais que elogiável seja o raciocínio a prestigiada processualista, mesmo se posicionando expressamente pela impropriedade da utilização do termo “discricionariedade”³⁴⁹, acaba por encontrar o subjetivismo ao considerar que o magistrado possa, nesta ou naquela hipótese, agir com certa margem de liberdade³⁵⁰.

Em essência, realmente, descabida a aproximação com a discricionariedade administrativa. A atuação discricionária do administrador está respaldada na lei que lhe atribui a função de eleger os meios necessários para o “fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal”³⁵¹. Ao revés, na discricionariedade judicial “o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no ordenamento ou ultrapassa os limites semânticos e ingressa na arbitrariedade, coisa que ocorre frequentemente”³⁵². Na assertiva de Figueira Junior, “a concepção da discricionariedade judicial dentro dos moldes do direito administrativo, significa a aceitação de um certo grau de indiferença no tocante à escolha de uma ou outra decisão para o mesmo caso concreto, o que é inadmissível”³⁵³. Ademais, forçoso reconhecer que em termos de controle jurisdicional os atos administrativos discricionários, a princípio, não se submetem à apreciação do Poder Judiciário, ao menos quanto ao seu conteúdo, limitando-se a cognição judicial apenas sobre a competência, a finalidade do ato, o objeto do ato administrativo, a análise da forma do ato e o motivo³⁵⁴. Nessa regência, semelhante recepção à *discricionariedade judicial*

³⁴⁹ “Por isso é que não cabe falar-se em ‘discricionariedade’ no sentido de liberdade fora do controle das partes. Estes atos do juiz nada têm de propriamente discricionários, não se lhes aplicando, sob título algum, a regra, tão dita, redita e repetida, no sentido de que não cabe Mandado de Segurança contra ato discricionário”, (ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 134).

³⁵⁰ ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 134.

³⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 48.

³⁵² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. STRECK., Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 81.

³⁵³ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Do recurso contra ato judicial que posterga a análise de pedido de antecipação de tutela para momento subsequente ao oferecimento de resposta. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 341.

³⁵⁴ “Nota-se pois (seja qual for a posição que se adote na matéria) que, de toda sorte, ao Judiciário caberá, *quando menos*, verificar se a inteligência administrativa se manteve ou não dentro dos limites do razoável perante o caso concreto e fulminá-la sempre que se

seria incorrer, no mínimo, em flagrante equívoco técnico processual, por se considerar imutável e irrecorrível uma decisão judicial fundada nessas premissas.

É à luz dessas disfunções que a discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade. Com efeito, trata-se de pôr em xeque o grau de liberdade dado ao juiz em face da legislação de gênese democrática e fundamentalmente atrelada à Constituição da República³⁵⁵. O dilema é esse grau de liberdade que acaba por se converter em um poder que não lhe é dado, “uma vez que as ‘opções’ escolhidas pelo juiz deixarão de lado ‘opções’ de outros interessados, cujos direitos ficaram à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrentes de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade dos limites impostos pela autonomia do direito”³⁵⁶. Caso contrário, a projeção mais aderente seria a conclusão da interpretação como mero ato de vontade do órgão julgador, aos moldes preconizados por Kelsen³⁵⁷.

Boa parte das questões que se submetem a essa perspectiva padecem do mesmo problema: a falta de controle de conteúdo. Comungando das percepções de Streck, o espaço da discricionariedade é um espaço de ‘anomia’, em que o intérprete simplesmente “põe o direito”³⁵⁸. Doravante, como seria a avaliação da decisão judicial que reputa o procedimento inidôneo à *efetiva tutela dos direitos? Como dizer que esse ato não foi arbitrário e foi discricionário? As vicissitudes do direito processual não podem – e não devem – ser preenchidas com o “subjativismo” e com a ideologia de que o direito e o processo possam representar um objeto plenamente manipulável pelo intérprete. Eis aí o porquê de não se poder reputar suficientemente satisfatória a solução de atribuições de poderes ao juiz.*

A gênese dessas agravantes fundadas no paradigma da subjetividade remonta a três recepções equivocadas pela experiência

vislumbre ter havido uma imprópria dilatação do sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 92).

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

³⁵⁶ Idem, 2012, p. 39.

³⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 392-395.

³⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

brasileira, as quais Lenio Streck aponta como sendo a Jurisprudência dos Valores, a teoria da argumentação de Robert Alexy e o ativismo judicial norte-americano. Registre-se, por ora, que não se desenvolverá um escorço histórico a respeito das vertentes mencionadas, mas tão somente, evidenciar a postura de aposta no protagonismo judicial, que lhe são comuns.

Foi com o advento da Lei Fundamental da República Alemã (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) em 1949, que a Jurisprudência dos Valores serviu para equalizar a tensão oriunda de sua promulgação e respaldar os esforços do Tribunal Constitucional Alemão para legitimar uma Carta que não foi fruto da partição popular e democrática³⁵⁹. “Daí a afirmação de um *jus* distinto da *Lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a *valores* aparece, assim, como mecanismo de abertura de uma legalidade extremamente fechada”³⁶⁰. Logo, a tese chancelada pela Jurisprudência dos Valores, reside na afirmação do papel do intérprete em *encontrar* e *revelar* os interesses e valores, o que levou a erigir, na experiência alemã, a Constituição como uma ordem concreta de valores.

Partindo-se dessa premissa, irradiou-se a essa *ordem de valores* a teoria da colisão de princípios de Robert Alexy através da incorporação do procedimento da ponderação, para pretensamente, servir de elemento *racionalizador* da decisão judicial. Todavia, encampou-se o conceito de ponderação como um “enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos”³⁶¹. Cabe lembrar que Robert Alexy identifica na *discricionariedade* uma função de *sopesamento*, ou seja, posiciona-se favoravelmente a “*uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário*”³⁶². É exatamente esse o ponto nodal. Nas precisas advertências de Garcia Figueroa, o problema está pontualmente na amplitude do âmbito de possibilidades discursivas³⁶³. Assim, buscado o

³⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

³⁶⁰ Idem, 2012, p. 48.

³⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

³⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 611.

³⁶³ FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La tesis del caso especial y El positivismo jurídico*. Doxa, 1999, n. 22. Disponível em:

elemento de interesse no arcabouço de valores (primeira recepção equivocada), bastaria a “ponderação” para delinear um enunciado performativo e fundamentar o posicionamento pretendido (segunda recepção equivocada). Em outras palavras, essa ponderação passa a se travestir como um verdadeiro princípio, o que acaba por se tornar um viés à discricionariedade, ativismos e demais vulgatas da filosofia da consciência (paradigma da subjetividade)³⁶⁴.

Nesse sentido, não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade foram sendo transformadas em enunciados performativos. Como se sabe, uma expressão performativa não se refere a algo existente, nem a uma ideia qualquer; a simples enunciação já faz “emergir” a sua significação. Já “não pode ser contestado; não pode sofrer críticas; consta como “algo dado desde sempre”; sua mera evocação já é um “em si-mesmo”. O uso performativo de um enunciado objetiva “colar” texto e sentido do texto, não havendo espaço para pensar e diferença (entre ser e sente, para usar a linguagem hermenêutica). Desse modo, expressões como “ponderação de valores”, “mandados de otimização”, “proporcionalidade”, “razoabilidade”, “decido conforme a minha consciência”, no momento em que são utilizadas ou pronunciadas, têm um forte poder de violência simbólica (Bourdieu) que produz o “sentido próprio” e o “próprio sentido”. São sentidos coagulados que atravessam a gramática do direito rumo a uma espécie de univocidade extorquida no plano das relações simbólicas de poder. Em nome da proporcionalidade e do “sopesamento entre fins e meios” (a assim denominada “ponderação”), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o mando da “ponderação” e da proporcionalidade (ou da razoabilidade)³⁶⁵.

Nessa mesma toada, o ativismo judicial passou a ser empregado no Brasil de modo *superficial*³⁶⁶, pois, enquanto não se inibia na

<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_08.pdf?portal=4> Acesso em: 20 jun 2014.

³⁶⁴ Ingo Sarlet, comentando o posicionamento de J. J. Gomes Canotilho, já havia constatado essa realidade: “(...) a função da assim chamada ponderação de bens não consiste propriamente na atribuição de significado normativo ao texto da norma, mas na obtenção de equilíbrio e na ordenação de bens em conflito (ou em tensão) por ocasião de determinado caso concreto. Assim, ao passo que a interpretação busca reconstruir e qualificar os interesses ou bens conflitantes, atribuindo um sentido aos textos normativos aplicados, a ponderação (balanceamento) cuida dos critérios de ordenação concreta e da solução do conflito de bens. Por outro lado, a assim chamada ponderação ou balanceamento (expressões que, reitere-se, aqui são utilizadas como sinônimos) nem sempre se faz necessária e deve mesmo ser utilizada de modo comedido e mediante o atendimento de determinados critérios, além de se tratar de operação que reclama particular atenção em termos de uma adequada fundamentação” (SARLET, Ingo Wolfgang. Linhas mestras da interpretação constitucional. In. SARLET, Ingo; Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 223).

³⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

³⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 22.

defesa dos direitos fundamentais através da ativa ação dos tribunais no tecido social, acabava por extrapolar os limites impostos pela Constituição e legislação infraconstitucional, passando a fazer política judiciária, seja para o bem ou para o mal³⁶⁷. Essa percepção também foi objeto da intuição de Elival da Silva Ramos ao destacar que esse exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, carrega “uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”³⁶⁸. Identifica-se no *ativismo* uma *ratio* de uma origem solipsista, e a infeliz dependência das posições individuais das Cortes ou do julgador para a efetiva tutela dos direitos e da democracia³⁶⁹.

Nessa problemática a insurgência repudiada é relativa ao sujeito que dispõe dos sentidos do direito, como se fosse proprietário dos meios de produção dos sentidos, onde o caso concreto é transformado em álibi para voluntarismos, a partir de um “grau zero de significado”³⁷⁰, desprezando, frequentemente, os aspectos históricos e teóricos. Em verdade, o que a *discricionariedade judicial* pretendeu oferecer foi uma solução ao problema da concretização de direitos, sem se atentar que o grande paradoxo em se enfrentar as vicissitudes sob essa ótica, foi o de reduzir-se na ingênua assertiva de reafirmação que o juiz não é mais “a boca da lei”. No fundo nada resolveu, a não ser ensejar decisionismos judiciais levemente justificados pelo *caso concreto*. Deveras, o processo civil enquanto disciplina mais rente à realidade, vem à suportar as ingerências da filosofia da consciência e do solipsismo judicial.

Pensar no processo sem esses aportes na Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito permite concluir que a decisão jurídica não pode ser entendida como um ato de *escolha* em que o juiz, diante das inúmeras possibilidades para a solução do caso concreto elege a que reputar

³⁶⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 22.

³⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

³⁶⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 22.

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 69.

mais *adequada ao caso concreto*³⁷¹. Caso contrário, “o direito torna-se um conhecimento amarrado àquilo que o sujeito inicialmente o pretendia conhecer (revelar, descobrir) – permite que ele seja. Eis a raiz da discricionariedade”³⁷².

É nesse ambiente que se sustenta a imperiosa necessidade de uma hermenêutica jurídica processual para conferir respostas adequadas, sem depender da consciência do julgador³⁷³. Concomitantemente, apostar em uma *hermenêutica jurídica processual* significa abandonar a perspectiva de que o sujeito possa se sobrepor ao objeto, e em outras palavras, superar a ideia que o direito possa ser redutível a um conjunto de objetos manipuláveis por um sujeito que diz valer-se das “regras” do processo civil. Mister se atentar ao que disse Gadamer:

A tarefa de interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se daí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo com que estamos à volta³⁷⁴.

A consciência dessas questões leva a uma reflexão. Se a interpretação é a explicitação do compreendido³⁷⁵ e a linguagem explicita essa compreensão, ou seja, o acesso do sujeito ao conhecimento, é certo que não há mais aportes para a sustentação de tendências subjetivistas. O processo civil não pode se valer do *sentimento individual dos juízes que, a tout court,*

³⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 107.

³⁷² NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 97.

³⁷³ “Na verdade, o ‘drama’ da discricionariedade que critico reside no fato de que *esta transforma os juízes em legisladores*. E para além disso, esse ‘poder discricionário’ propicia a ‘criação’ do próprio objeto de ‘conhecimento’, típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana passa a ser ‘fonte iluminadora’ do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à *dis*-posição de um protagonista (intérprete *lato sensu*). Consequência disso? Inúmeras. (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 95-96).

³⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 13.ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

³⁷⁵ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 13.ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

respaldam decisões sob o estigma de *standards*. Outrossim, falar em *hermenêutica jurídica processual* é romper com a ideia de reprodução de sentidos previamente adjudicados por aqueles de *fala autorizada* e, deslocar a tônica do processo unicamente do juiz para um viés policêntrico.

A anedota constante na obra *Se una notte d'inverno un viaggiatore* do italiano Ítalo Calvino, explicita bem a ideia. Ao que consta da estória, Maomé recebia o Corão ditado por Allah que, na sequência, era ditado a Abdullah, o escriba. Certa vez, Maomé deixou uma frase interrompida e Abdullah tomou o privilégio de arrematá-la. Todavia, esse fato escandalizou o escrivão, que não se considerava digno de falar em nome da divindade, levando-o a abandonar o profeta e perder a fé. Como bem asseverou Streck “assim como o personagem Abdula não tinha consciência de seu poder (e de seu papel), os operadores jurídicos também não conhecem as suas possibilidades hermenêuticas”³⁷⁶ e conformam-se com o “instrumentalismo”, discricionariedades e uma atribuições de sentidos *ad hoc*, ou seja “perderam a fé em si mesmos”³⁷⁷. Nesta altura, superar a “filosofia da consciência” é contrapor-se às tendências de *atribuição de sentidos*, sob pena de considerar o direito uma racionalidade meramente instrumental e sua utilização como mero objeto.

Tomar consciência dessa perspectiva é atentar para a necessidade de revisitação do *protagonismo judicial* e despertar para a necessidade de conjugação de conhecimentos do processo civil, da teoria geral do direito e da filosofia do direito. O processo civil e o discurso processual não mais se sustentam validamente sem os incursos na teoria do direito. Deveras, assim permanece a oposição na aposta da possibilidade do juiz flexibilizar o procedimento – que como visto, trata-se de flexibilização da técnica processual –, que por mais sofisticados que sejam os discursos, não escapam da ênfase no viés solipisista e do paradigma subjetivista, sendo certo que, indagações fervilhantes do gênero “*necessidades do caso concreto*”, “*aproximação com o direito material*”, “*conferir maior grau de efetividade no processo*”, não passariam de respostas deflagradas pela consciência do julgador. Nem se

³⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 242.

³⁷⁷ Idem, 2009, p. 243.

objeto que aqui se esteja encarando tais perspectivas em desarrazoada crítica. A reflexão não ecoa em tom de repúdio ao dogma “efetividade do processo”, ao binômio “direito material e processo” ou advogando pela necessidade de desrespeito à forma no processo civil, por exemplo, mas sim na defesa de que essas estruturas do processo, lapidadas e aperfeiçoadas ao longo de séculos de experiência jurídica e histórica, não podem ser reduzidas às percepções de um sujeito solitário que encontra por si mesmo os valores que entende ser mais adequados, mesmo que para o bem.

Esse aspecto do problema leva a precisa constatação de que esse romântico modelo de devoção fundado no protagonismo judicial e sustentado dogmaticamente e institucionalmente na *instrumentalidade do processo*, que não se inibe em se aportar em discricionariedades ou na filosofia da consciência, não satisfaz um perfil democrático de processo civil. Como notabiliza Nunes, com apoio em Habermas³⁷⁸, “torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual que, de um lado, possuiria o juiz como terceiro, com acesso privilegiado ao que seria o bem comum e, de outro, com partes que se veriam alijadas do discurso processo, entregando seus interesses jurídicos ao critério de ‘bem comum’ desse órgão judicial”³⁷⁹.

As vicissitudes também são de ordem prática. Como bem diz Oliveira Neto, esse o abuso no desrespeito à forma do ato processual e aos procedimentos estabelecidos por lei “está levando a uma situação de gigantesca imprevisibilidade quanto ao *iter* do processo, sendo mais comum encontrar um processo cujo rito processual foi abandonado do que encontrar um processo que segue de modo escorreito o caminho previsto para sua marcha processual”³⁸⁰. Perceba-se que, com acerto, Oliveira Neto atenta para necessidade de se retomar o caminho da legalidade naquilo que for necessário ao bom andamento do processo e ao atendimento dos princípios constitucionais processuais: “Afinal, se a lei quis assim, não estaria o juiz

³⁷⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Madrid: Trotta, 2002, p. 295-296.

³⁷⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 48.

³⁸⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de. O respeito à forma, como coadjuvante da doutrina dos precedentes, na obtenção de segurança jurídica. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo (Coords.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 639.

fazendo o papel do legislador ao alterar o procedimento?”³⁸¹.

Não obstante, a opção pela possibilidade de conformação do procedimento pelo juiz, ao dar espaço a uma solução subjetiva, implica na imediata supressão do aspecto técnico do processo e do procedimento (solução técnica). E como já advertiu Barbosa Moreira, “quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria capacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades”³⁸².

Nesse passo, há de se convir que o juiz solipsista é tão irresponsável com a democracia quanto aquele juiz fruto do *Racionalismo*, criticado por Ovídio Baptista da Silva³⁸³, limitado a declarar as injustiças do legislador e irresponsável pelas injustiças que comete. Diante dessas coordenadas não há que se falar em *flexibilização do procedimento pelo juiz*.

4.3 O MODELO COLABORATIVO DE PROCESSO CIVIL

Na literatura jurídica e nas legislações pátrias remanesce com fervor a ênfase aposta no protagonismo judicial e seu papel preponderante na condução do processo. Como visto anteriormente, esse cariz acaba por “endossar a subjetividade assujeitadora que conforma a discricionariedade judicial”³⁸⁴ e suas respostas não são muito diferentes do *pragmatismo* criticado por Dworkin, em que o sujeito utiliza-se um discurso cujos fundamentos não se integram validamente na história institucional do direito e os encontra em alguma outra virtude contemporânea³⁸⁵. O dilema do protagonismo é o seu

³⁸¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de. O respeito à forma, como coadjuvante da doutrina dos precedentes, na obtenção de segurança jurídica. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo (Coords.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 640.

³⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. *Temas de direito processual*. 6ª Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 28.

³⁸³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. *Revista de Processo*, n. 158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 13.

³⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidieo, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, n. 213. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 13-33.

³⁸⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2.ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo.

alinhamento com a *discricionariedade* e a dificuldade em se pontuar em quais limites essa decisão judicial ocorre.

Tudo isso compreendido, cumpre anotar que a consciência da necessidade de desenvolver o processo civil idôneo e hábil a corresponder às situações carentes de tutela, erigiu ideais que remontam à elaboração de um processo colaborativo e cooperativo, elevando essa perspectiva a gênese de verdadeiro *modelo de direito processual*. Em rigor, o ponto de estofa está em afastar o voluntarismo mascarado na aposta discricionário-positivista e no decisionismo³⁸⁶.

A proposta da *colaboração no processo civil* contempla a organização do papel do juiz e das partes na *conformação* do processo, em privilégio da atuação conjunta entre os atores processuais, como uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*)³⁸⁷. Essa imposição de uma organização cooperativa, implica no redimensionamento de um processo fortemente assentado no contraditório e na participação das partes que se relacionam, visando uma conjugação de esforços para o aprimoramento da decisão judicial, sem destaque a algum dos sujeitos processuais. No magistério de Mitidiero “o contraditório acaba assumindo novamente um local destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para a viabilização do diálogo e da cooperação do processo, que implica, de seu turno, necessariamente, a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio)”³⁸⁸.

Ao que se observa, o contraditório cinge-se no elemento central desse modelo. E não poderia ser diferente, justamente por ser “a expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação, ou que sabe que todo poder, nas democracias é legitimado pela participação”³⁸⁹.

São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 185.

³⁸⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, n. 213. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 13-33.

³⁸⁷ SARLET, Ingo; Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 708.

³⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

³⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos

Em complementação, ainda sobre o aspecto do contraditório, Liebman afirma que se está diante de uma garantia de produção de uma decisão tão justa quanto possível, o que justificará, posteriormente a imutabilidade característica dos atos jurisdicionais (autoridade da coisa julgada)³⁹⁰.

Em linhas gerais, a doutrina estrutura a colaboração em pressupostos culturais enfocados sob os prismas social, lógico e ético³⁹¹. A perspectiva social assenta o anseio por um Estado Constitucional, que assume postura ativa a partir de prestações que viabilizem a consecução dos fins inerentes à pessoa humana em detrimento da passividade exaurida no Estado Liberal e em contraposição ao perfil estado-inimigo³⁹². O viés lógico assimila o caráter dialético do processo, abandonando a lógica apodítica, em prestígio ao direito das partes em influir positivamente sobre o convencimento judicial e preservar-se de situações surpresa, reabilitando-se a *feição argumentativa do processo*³⁹³. Por último, a perspectiva ética é evidenciada no relevo da boa-fé e lealdade dos litigantes e do órgão jurisdicional.

Sem embargo, o dever de colaboração é firmado entre o juiz e as partes, ou seja, a amplitude da participação opera entre esses dois sujeitos, e não entre as partes. Não há colaboração entre partes. E não poderia ser diferente, eis que, resguardam diferentes interesses ao assumir a condições adversas.

O advento do modelo colaborativo, com efeito, supera o hiato existente entre os ideais de efetividade do processo e as tendências constitucionais do direito, que muitas vezes caminhavam direções paralelas, mas não concorrentes³⁹⁴, haja vista que exigiam a reconstrução de conceitos e

Tribunais, 2008, p. 311.

³⁹⁰ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1985. v.1

³⁹¹ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³⁹² Idem, 2011, p. 80.

³⁹³ SARLET, Ingo; Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 709.

³⁹⁴ A título exemplificativo confira-se a tendência, ao menos doutrinária, do que se denominou de constitucionalização do direito civil (dentre os civilistas cita-se Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Luiz Edson Fachin), em contraposição à um sistema processual civil que até então era baseado na prevalência de tutelas jurisdicionais repressivas e em contempção ao adimplemento pelo equivalente monetário, em detrimento das tutelas específicas das obrigações de fazer e não fazer, e das técnicas coercitivas. Para tanto, somente na década de noventa é que se iniciaram as reformas no Código de Processo Civil de 1973 para a alteração desse panorama. Cf. as Leis n° 8.954/1994, 10.444/2002 e

redimensionamento de valores. Outra não é a posição de Dierle Nunes:

Revela-se a necessidade de resgatar a discussão, no âmbito jurisdicional, entre todos os sujeitos processuais, mediante a implementação dos direitos fundamentais, que balizaram a tomada de decisões em seus aspectos formal e substancial, mantendo em tensão dos discursos liberal e social nas situações de aplicação e afastando por completo modelos solipsistas típicos de um modelo autoritário, de viés positivista ou axiológico. Nessa acepção, tal desiderato poderá ser implementado mediante a leitura forte e dinâmica dos princípios formadores do modelo constitucional de processo, procedimentalmente analisados, que serviriam como balizas normativas da tomada de decisões e que cobram co-responsabilidade de todos os sujeitos processuais, não privilegiando qualquer um destes (...).³⁹⁵

A marca do modelo colaborativo é o diálogo dos sujeitos do processo, em contraditório, legitimado pela participação efetiva das partes. Note-se que a importância da participação das partes no *processo em contraditório*, era observada, a seu tempo, porém em contexto diverso, por Fazzalari, o qual, condicionava a legitimidade da atividade processual ao contraditório³⁹⁶. Logo, “pode-se dizer que a decisão judicial é *fruto* da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada (...)”³⁹⁷. Ao juiz no processo cooperativo incumbe a conformação do processo de maneira dialógica, agindo ativamente, mas sempre em necessária observância ao contraditório e gravado por deveres de *esclarecimentos, prevenção, consulta e auxílio* durante todo o procedimento.

O dever de *esclarecimento*, segundo o magistério de Mitidiero é compreendido como “o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo”; a *prevenção*, cinge-se “no dever de o órgão jurisdicional prevenir as

8.078/1990.

³⁹⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 223.

³⁹⁶ “C’è processo, insomma, quando nell’iter di formazione di un atto c’è contraddittorio, cioè è consentito a più interessati di partecipare all’á fase di ricognizione dei presupposto sul piede di recíproca e simétrica parità, disvolgere attività di cui l’autore deve tener conto, o cui risultati cioè egli può disattendere, ma non obliterare” (FAZZALARI, Elio. *Diffusione Del processo e compiti della dottrina. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1958, p. 861-880, n. 3). O apontamento também é feito por Dierle Nunes (*Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 207).

³⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e

partes do perigo de o êxito de seu pedido “ser frustrado pelo uso inadequado do processo”; o dever de consulta, implica no “dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser imprimido à causa”; no dever de auxílio, o órgão jurisdicional submete-se à “auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”³⁹⁸.

Na verdade, como diz Barbosa Moreira, “o juiz não se escusa de ‘participar’ insuficientemente do processo criticando por inepta ou por maliciosa a atuação do advogado. Há um terreno de responsabilidade sua, intransferível, em que não lhe é lícito invocar, como causa justificativa, qualquer comportamento alheio. Ele espera, no entanto – e nada mais razoável – que os outros figurantes o auxiliem, cada qual na medida de suas possibilidades; ou na pior das hipóteses, que se abstenham de atrapalhá-lo... Advogados diligentes e leais são colaboradores preciosos; em feito onde se possa contar com eles, a participação do juiz, apesar dos pesares, tende a ser mais efetiva”³⁹⁹.

Sob certo aspecto, o modelo colaborativo de processo imprime o que Dinamarco havia descrito como “a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados”⁴⁰⁰. A colaboração e a cooperação no processo civil revelam a face democrática do Estado Constitucional, dimensionando e ajustando a perspectiva democrática para a atuação dos direitos fundamentais do jurisdicionado. Deveras, há que se concordar com a tese de Dierle Nunes ao considerar o procedimento como constitutivo de todo o processo de decisão. Para o mencionado processualista “a comparticipação e o policentrismo são institutos de um processo normativamente disciplinado pelos direitos fundamentais, que garantirá uma formação adequada dos provimentos, sem que estes possuam conteúdos fixos predeterminados ao se

cooperativo. *Revista de Processo*, n. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 220.

³⁹⁸ MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

³⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 66

⁴⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

aplicarem as normas (princípios e regras). Tal procedimento respeitará e fomentará a participação e contribuição de todos os envolvidos nas esferas decisórias”⁴⁰¹.

Seja como for, o que importa aqui destacar é que o grande mérito da colaboração é a condução cooperativa do processo, sem destaque a algum dos sujeitos processuais. Vistas as coisas por certo ângulo, o modelo colaborativo é hábil a afastar as condutas de viés solipsistas e responde, idoneamente, às críticas dirigidas ao protagonismo judicial. Das premissas assentadas extraem-se as possibilidades de ampla influência das partes na formação das decisões. A estrutura do processo não passa mais ser centrada na figura do juiz, mas em uma ordem isonômica prestes a viabilizar decisões que não mais se lastreiam em percepções unilaterais do órgão julgador, ou seja, em um ideal monológico, e sim, como fruto de um ambiente participativo.

Conforme esclarece Nunes, “em decorrência dessa perspectiva procedimental do Estado Democrático de Direito, vislumbra-se que nem a autonomia privada nem a autonomia pública possuem procedência, mas, sim, pressupõe-se mutuamente. No espaço procedimental discursivo criado, será possibilitada a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos na formação falível da deliberação”⁴⁰². Portanto, diante da insuficiência normativa ao caso concreto, a prudência recomenda observância aos mencionados deveres de *esclarecimentos, prevenção, consulta e auxílio*. É trazer a vicissitude processual encontrada pelo juiz ao amplo debate com as partes.

Em tempos do advento de um Novo Código de Processo Civil, o legislador pátrio atentou-se a essa perspectiva. O projeto aprovado na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.046/2010) em seu artigo 191 encampou a ideia, que conta com a seguinte redação:

Art. 191. Versando a causa sobre direito que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

⁴⁰¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 147.

⁴⁰² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 49.

§1º De comum acordo, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, fixando calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§2º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§3º Dispensa-se a intimação das partes para a prática do ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

§4º De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual qualquer parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

A disposição literal da norma disposta no parágrafo primeiro do mencionado dispositivo, do Código projetado, alude à possibilidade do juiz e as partes, em comum acordo, estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa. Na observação de Scarpinella trata-se de uma inovação legislativa, em razão do dispositivo admitir que as partes realizem verdadeiros acordos de procedimento para otimizar e racionalizar a atividade jurisdicional⁴⁰³. A proposta prevista no mencionado dispositivo privilegia o acordo entre as partes, em matéria processual, sem eximir o juiz de seus deveres de *esclarecimentos, prevenção, consulta e auxílio*. É exatamente essa a filosofia da colaboração.

Aliás, o modelo cooperativo não representa uma diminuição da figura do juiz, mas exige sua redefinição. Dentre os pontos positivos, cabe elencar que a *colaboração* auxilia o órgão judicial com seu dever de manter coerência com seus próprios comportamentos, pois sua posição paritária⁴⁰⁴ otimiza o diálogo com as partes, contribuindo para melhor solver e constatar eventuais iniquidades do ato judicial. A fisionomia do processo civil inglês bem retrata essa perspectiva. Crê-se que seja uma interpretação equivocada encarar a atribuição de poderes ao juiz inglês (*case management power*) como uma deflagração de um axioma de cunho solipsista. A atribuição dos poderes do juiz no direito processual civil inglês serviu exatamente para assentar que a cultura *adversarial* deveria ceder o passo a uma visão mais cooperativa⁴⁰⁵, ou

⁴⁰³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 116.

⁴⁰⁴ A paridade mencionada, diz respeito à condução do processo e ao diálogo processual. No momento da decisão judicial, não há que se falar em paridade, pois trata-se de atividade típica e exclusiva do juiz.

⁴⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A revolução processual inglesa. Temas de direito*

seja, uma medida equalizadora aos amplos poderes das partes advindos da experiência *adversarial*.

Por derradeiro, cumpre elencar a *colaboração* como uma possibilidade palpável e hábil a evitar que as vontades privatistas do julgador se sobressaiam no processo, ou seja, parte do pressuposto que o juiz não é um sujeito/intérprete que pode agir solitariamente segundo suas convicções pessoais. A atividade de controle do bom andamento processual recai sobre todos os atores do processo e não apenas sobre o órgão jurisdicional. Trata-se de um dimensionamento apto a ensejar um processo civil verdadeiramente democrático.

CONCLUSÃO

É inegável que a ideia de delegação de discricionariedade aos juízes, ainda vigora como solução para os problemas da efetividade do processo. A doutrina não se acanha em ratificar os poderes do juiz para a conformação do procedimento consoante as necessidades do caso concreto. A necessidade de ruptura desse modelo solipsista, que é proposta nesse trabalho, a rigor, focaliza a impropriedade na atribuição de poderes do juiz para a adaptação do procedimento, mesmo diante da ausência de técnica processual à disposição do órgão judicial. A identificação dessa liberdade de atribuição de sentidos (*discricionariedade*) à norma processual permite concluir que o alcance e os limites do procedimento civil não podem ser delineados conforme a consciência e subjetividade do julgador.

Ao que é evidente, a dogmática que assenta teoricamente a ideia de *flexibilização* do procedimento, contrapõe-se aos reflexos da ordinariedade que consignou o direito processual civil dos últimos séculos. Conforme visto, uma das evidências da ordinarização do processo civil está na gênese do conceito de relação jurídica processual, a qual acabou por permitir a construção de uma ciência processual neutra e introspectiva, afastada da realidade material dos homens. Entretanto, percebe-se que a autonomia do processo não pode ser confundida com neutralidade do processo.

A insuficiência do conceito de relação jurídica processual demonstrou a imprescindibilidade do processo se adequar às necessidades do direito material. É nesse passo que a questão da coordenação entre o direito e o processo, reforça o ideal de que o processo tão mais legítimo será quando procurar respaldar as situações de carência do direito material.

Esse diagnóstico reitera a necessidade de atribuir ao procedimento uma amplitude técnica e não apenas ser visto como uma sequência de atos. A idoneidade do procedimento está na sua aptidão em viabilizar, adequadamente, a consecução dos escopos do processo civil, os objetivos e as necessidades apontadas pelo direito material.

A insuficiência do procedimento comum ordinário em promover a tutela efetiva e tempestiva dos direitos, também está arvorada na ordinariedade. Foi um equívoco pensar que um único procedimento poderia

prover os direitos de modo célere e efetivo. O problema desse ideário está consubstanciado em tratar de modo uniforme todas as diferentes situações conflitivas e categorias de direitos, ou seja, em manifesta e flagrante desigualdade de tratamento processual às situações diversas do direito material. Com respaldo na história do direito romano, foi evidenciado que a insuficiência de um procedimento único também foi objeto de constatação àquele tempo, corroborando para que a tutela interdital do pretor romano se constituísse no instrumento hábil a superar as vicissitudes pertinentes do sistema universalista da *actio* romana.

Por outro lado, contrapor-se à utopia do procedimento único não chancela o ideal da multiplicidade de procedimentos especiais, pelo simples argumento da inaptidão do legislador em acompanhar a velocidade com que as relações sociais se aperfeiçoam, ou seja, estaria sempre atrasado em relação às necessidades de tutela do direito material. No que se refere à concepção de procedimentos diferenciados, forçoso concluir que não há critérios lógicos que orientam sua gênese, mas sim, fatores históricos (sociais e econômicos) e ideológicos (políticos). Todavia, por mais que recaiam críticas em se precisar a verdadeira razão que orienta a criação de um procedimento especial, o direito material ainda se encontra como o principal vetor para mitigar o uso do procedimento ordinário.

Com efeito, a essa pluralidade de procedimentos, meios e técnicas processuais diversas dispostas a afastar a manutenção de um tipo unitário de instrumentos de prestação jurisdicional, disseminou-se o ideal da *tutela jurisdicional diferenciada*. Recomenda-se, todavia, a revisão dessa expressão, eis que inapropriada sua utilização. O elemento diferenciador não é a tutela jurisdicional, em si considerada, mas o procedimento ou a técnica processual utilizada, diversas daquelas dispostas no paradigma do procedimento ordinário. São os meios e as técnicas os atributos diferenciadores, e não o respaldo estatal à pretensão da parte. Essa conclusão implica na constatação da necessidade de convergir esforços na obtenção de técnicas processuais mais eficazes para suprimento das necessidades materiais do jurisdicionado e, não somente na identificação de novas modalidades de tutela jurisdicional.

Com efeito, o ponto digno a ser desmistificado é que a crise do

procedimento ordinário é inexoravelmente técnica. A patologia do procedimento ordinário é sua insuficiência técnica, ou seja, acreditar que o procedimento ordinário puro e despido dos instrumentos processuais idôneos à tutela dos direitos possa ser a medida do processo civil. A *crise da ordinariedade* também é exterior à essência do procedimento. Vale dizer: é uma crise de paradigma. Com base nessa constatação, verificou-se que a ordinariedade inspirou e forjou um modelo de processo civil que expressa aversão aos juízos de aparência e evidência, que privilegia procedimentos ordinários e plenários, que se pauta na ilusão de “certeza” e “verdade” e fomenta uma *jurisdição* como simples declaração de direitos. Em outros termos, essa crise ideológica desvelou juízes dominados pela previsibilidade de um sistema generalista e universalizador, divorciado do “mundo da vida”.

Assentada essa projeção, a ideia de *flexibilização do procedimento* acena, em verdade, para uma *flexibilização da técnica processual* e não do procedimento. A flexibilidade é um atributo da técnica processual e não do procedimento. Acima de tudo, essa tendência representa uma reação ao paradigma da ordinariedade. Na convicção de aproximar o procedimento às peculiaridades das situações materiais da vida, a doutrina nacional não esconde sua opção delegatória de amplos poderes de direção ao órgão judicial, para reduzir as iniquidades do direito e da sociedade, cuja perspectiva também encontra inspiração nos ordenamentos inglês e português. E é nesse ponto que a *instrumentalidade do processo* sedimentou a postura de deslocar toda a função realizadora do direito na figura e racionalidade do juiz, como se esta fosse a solução para as mazelas do sistema processual.

Essa perspectiva crítica que recai sobre a instrumentalidade do processo, apenas tem o condão de apontar que sua aposta no protagonismo do juiz, seja a partir da confiança em sua sensibilidade e bom senso, seja em reconhecer sua capacidade para adequar os mecanismos processuais às especificidades da situação concreta, encontra um entrave na viabilidade de aferição de legitimidade e controle dessas decisões.

Convém registrar que não se está dizendo que a instrumentalidade seja sinônimo de qualquer tipo de flexibilização, adequação ou adaptabilidade do procedimento. A insurgência é em desfavor dessa desmedida crença na aptidão dos juízes para captar as singularidades da vida

e solucioná-las através do processo. O que importa referir é que o julgador não possui espaços de manobras para a implementação de direitos processuais ou para atribuir o sentido que lhe convém, sob o pretexto de adequar o direito e o processo à situação substancial.

Nessa conjuntura, essas tendências performativas do procedimento e do direito, não negam apreço à delegação de poderes discricionários ao órgão judicial. É preciso, assim, compreender a questão da discricionariedade como um problema de controle de conteúdo das decisões judiciais. Aí se está diante da perspectiva do sujeito que dispõe dos sentidos do direito, para atribuí-los conforme sua consciência. Logo, discricionariedade acaba sendo sinônimo de arbitrariedade. Dito de outro modo, o processo não pode se valer do sentimento individual dos juízes. Isso implica concluir ser necessário recorrer à hermenêutica jurídica processual para romper com essa ideia de reprodução de sentidos previamente adjudicados pelos juízes, e deslocar a tônica do processo para um viés policêntrico, ou seja, para a efetiva participação das partes do processo.

Nessa esteira, a proposta de um modelo colaborativo apresenta-se como relevante possibilidade de rompimento com esse modelo fundado no protagonismo judicial e em subjetivismos oriundos de delegações discricionárias. Seu mérito reside em contemplar o aspecto constitucional da participação das partes e basear-se na cooperação dos sujeitos do processo, fomentando a legitimidade das decisões obtidas em espaço processualmente democrático. Somente o resgate da importância da intersubjetividade é que pode viabilizar a consecução de provimentos judiciais constitucionalmente adequados.

Deveras, numa palavra final, a conformação do procedimento pelo juiz não é recomendada. Percebe-se que providência dessa índole, além de carregar a carga ideológica da supremacia do órgão judicial sobre as demais partes do processo e fomentar o subjetivismo do julgador, muitas vezes a partir de decisões fundamentadas em argumentos exógenos ao direito, tem por consequência imediata, a indubitável supressão do aspecto técnico do processo e do procedimento. E à luz da dimensão de um processo civil democrático, o procedimento não pode ser aquilo que o juiz quer que seja.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*, n. 193. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 167-199.

_____. A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. *Revista de Processo*, n. 179. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175-215.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*, n. 358. Rio de Janeiro, 2001, p. 49-58.

_____. O Estado de Direito e o Direito de Ação (A extensão do seu exercício). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 19, ano 19. Curitiba, 1978-1980, p. 243-262.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luis; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 587-603.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, n. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 45-58.

_____. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v.23, jun., 1985.

_____. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 15.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

BALEOTTI, Francisco Emilio. Poderes do juiz na adaptação do procedimento. *Revista de Processo*, n. 213. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 389-402.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentário ao Código de Processo Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BARROS, Hamilton de Moraes e. Aspectos dos procedimentos especiais em face do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, n. 247. Rio de Janeiro, 1974, p. 13-19.

BECKER, L. A (Org.) et al. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

_____. *Contratos Bancários: execuções especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Direito e Processo. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 816-826.

_____. Tutela jurisdicional satisfativa. *Revista de Processo*, n. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 98-103.

_____. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BISCARDI, Arnaldo. *Protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Cedam, 1938.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*, n. 161. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 261-270.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Tradução de Santiago Sentís e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-America, 1974.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Questão-de-fato – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1981.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil, v. 11 : do Processo Cautelar arts. 796 a 812*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, n. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 213-225.

_____. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, n. 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 69-83.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Capítulos de sentença*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 2.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 19.ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2.ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. *Revista Forense*, n. 330. Rio de Janeiro, 1995, p. 03-14

FAIREN GUILLEN, Victor. *El juicio ordinario y los plenarios rapidos: lós defectos em la recepcion del derecho procesal comum; sus causas y consecuencias em doctrina y legislacion actuales*. Barcelona: Bosch, 1953.

FAZZALARI, Elio. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1985.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Do recurso contra ato judicial que posterga a análise de pedido de antecipação de tutela para momento subsequente ao oferecimento de resposta. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La tesis del caso especial y El positivismo jurídico*. Doxa, 1999, n. 22. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_08.pdf?portal=4> Acesso em: 20 jun 2014.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*; Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1977.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GANDOLFI, Giuseppe. *Contributo allo Studio del processo interdittale romano*. Millano: Giuffrè Editore, 1956.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de

Janeiro: Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 3.ed. Madrid: Grafoffset, S.L, 1968, v. 2.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2.ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

JOLOWICZ, J. A. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, n. 372.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LACERDA, Galeno. O Código com sistema legal de adequação do processo. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 251-258.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29-39.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. *Revista de Processo*, n. 226. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 13-29

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2011.

_____. *Teoria geral do processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARQUES FILHO, Vicente de Paula. *Procedimento monitorio: natureza jurídica do mandado monitorio e dos embargos ao mandado*. Curitiba: Juruá, 2001.

MARTINS, Sandro Gilbert. *Processo, Procedimento e Ato Processual: o plano da eficácia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, n. 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 165-194.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A revolução processual inglesa. Temas de direito processual*. 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007

_____. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, n. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Uma novidade: o Código de Processo Civil Inglês. *Revista de Processo*, n. 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *Temas de direito processual civil*. 6ª Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. A justiça e nós. *Temas de direito processual civil*. 6ª Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 19, ano 19. Curitiba, 1978-1980, p. 117-126

NERY, Carmen Lígia. *Decisão judicial e discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NORONHA, Carlos Silveira. Apontamentos históricos da tutela diferenciada. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Processo civil: evolução e 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*, n. 184. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 109-140.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, n. 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 09-21.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial: a modificação do*

procedimento pelo juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. O respeito à forma, como coadjuvante da doutrina dos precedentes, na obtenção de segurança jurídica. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo (Coords.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; ABOUD, Georges. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*, n. 166. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3062>>. Acesso em: 1 set. 2014.

PISANI, Andrea Proto. Pubblico e privato nel processo civile. *Revista de Processo*, n. 207. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 281-302.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4.ed. Napoli: Jovene, 2002.

_____. La tutela sommaria in generale e Il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de Processo*, n. 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 22-35.

_____. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci, 1982.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1999, t. VI.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. *Diritto Processuale Civile*. 5.ed. Milão: Giuffrè Editore, 2000.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e Efetividade no Direito Processual Civil - A Sumariedade Material da Jurisdição - Proposta de Estabilização da Tutela Antecipada em Relação ao Projeto de Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo; Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Artur César de. *Contraditório e revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, n. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 61-89.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. *Revista de Processo*, n. 158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 09-18.

_____. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, t.1.

_____. *Curso de Processo Civil*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.1.

_____. *Do processo cautelar*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. O processo civil e sua recente reforma. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 413.

_____. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidieo, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, n. 213. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 13-33.

_____. *Verdade e consenso*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Livro é Cultura, 1990.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Tutela monitoria*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela Diferenciada. *Revista de Processo*, n. 180. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 42-54.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, n. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 121-174.

_____. O conceito de sentença no CPC reformado. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 527-539.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4.ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.