



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

NATASHA BRASILEIRO DE SOUZA

**O FORMALISMO PROCESSUAL E O PRINCÍPIO DA  
ADAPTABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS ÀS  
EXIGÊNCIAS DA CAUSA: UMA ANÁLISE EM FACE DE  
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

---

Londrina  
2011

NATASHA BRASILEIRO DE SOUZA

**O FORMALISMO PROCESSUAL E O PRINCÍPIO DA  
ADAPTABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS ÀS  
EXIGÊNCIAS DA CAUSA: UMA ANÁLISE EM FACE DE  
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

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

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares

Londrina  
2011

**Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da  
Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.**

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**

S729f Souza, Natasha Brasileiro de  
O formalismo processual e o princípio da adaptabilidade dos procedimentos  
às exigências da causa: uma análise em face de princípios constitucionais. /  
Natasha Brasileiro de Souza. – Londrina, 2011.  
126f.

Orientador: Marcos Antonio Striquer Soares  
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de  
Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação  
em Química, 2011.

1. Estado democrático de direito – Teses. 2. Legalidade – Teses. 3.  
Contraditório – Teses. 4. Segurança jurídica – Teses. 5. Processo – Teses. 6.  
Adaptabilidade procedimental. I. Souza, Natasha Brasileiro de. II.  
Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados.  
Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 343.03

NATASHA BRASILEIRO DE SOUZA

**O FORMALISMO PROCESSUAL E O PRINCÍPIO DA  
ADAPTABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS ÀS EXIGÊNCIAS DA  
CAUSA: UMA ANÁLISE EM FACE DE  
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

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

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares  
UEL – Londrina - Pr

---

Prof. Dr. Francisco Emílio Balleotti UEL –  
Londrina - Pr

---

Prof. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin  
UEM – Maringá - Pr

Londrina, 24 de fevereiro de 2011.

Mãe, dedico a você esse trabalho, que muito mais do que genitora, sempre foi minha melhor amiga, confidente, conselheira e sem dúvida, a pessoa que mais acreditou em mim e me incentivou a crescer e lutar para alcançar meus objetivos. Sei que tanto quanto eu, você também desejou que eu obtivesse o título de Mestre e especialmente pela Universidade Estadual de Londrina, que me acolheu desde a época em que lecionei o Curso de Direito. Como já dizia Raul Seixas, "um sonho sonhado sozinho é um sonho. Um sonho sonhado junto é realidade". A você mãe, meu amor e gratidão eternos.

## **AGRADECIMENTOS**

Como não poderia deixar de ser, seguem aqui meus agradecimentos a todos os professores do mestrado, pelos ensinamentos que nos foram passados e a evidente evolução acadêmica conquistada.

Igualmente, aos colegas de sala de aula que tornaram esses momentos muito mais agradáveis e especialmente às amigas Thais e Maria Célia, sem as quais esse trajeto teria sido infinitamente mais solitário e triste.

Por fim, ao Francisco, pela presteza, simpatia e incentivo dado a todos nós, frente à secretaria do Mestrado.

Souza, Natasha Brasileiro. O formalismo processual e o princípio da adaptabilidade dos procedimentos às exigências da causa: uma análise em face de princípios constitucionais. 2011. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual de Londrina.

SOUZA, Natasha Brasileiro de. **O formalismo processual e o princípio da adaptabilidade dos procedimentos às exigências da causa**: uma análise em face de princípios constitucionais. 2011. 126f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o sistema jurisdicional brasileiro, precisamente no que tange ao procedimento e aos poderes do juiz, na direção do processo, no intuito de responder a algumas perguntas, tais como: é possível a aplicação do princípio da adaptabilidade do procedimento às exigências da causa, difundido pela doutrina italiana, em nosso sistema jurisdicional? Poderia o juiz, ao fazer uso dos seus poderes de direção e decisão, no processo, adaptar o procedimento previsto em lei, a fim de atingir maior efetividade e celeridade na atividade jurisdicional? Para que sejam respondidas essas perguntas e muitas outras, far-se-á um estudo a respeito dos princípios basilares do nosso Estado, bem como sobre as teorias existentes a respeito da definição do processo e do procedimento e ainda, a extensão e amplitude do que vem a ser o formalismo processual, em sua concepção mais atual (chamada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, estudioso do tema, de "formalismo-valorativo"). Objetiva-se, ainda, estudar os chamados *case management* existentes no sistema jurisdicional dos Estados Unidos da América e da Inglaterra (e que nada mais são do que uma forma de se fazer essa mencionada adaptação do procedimento às exigências da causa, através do que eles convencionaram chamar "gerenciamento de processos"), bem como analisar a possibilidade de sua aplicação em nosso sistema. E como conclusão (objetivando unicamente o estímulo ao estudo do tema, sem a pretensão de exaurilo), se argumentará a favor da aplicabilidade do referido princípio (adaptabilidade do procedimento às exigências da causa) ao sistema nacional, bem como, ao contrário, a inaplicabilidade dos *case management*. Tal posicionamento se justifica, conforme alhures se perceberá, especialmente em razão de inúmeras peculiaridades, características e dos demais princípios existentes e imperantes em nosso sistema jurisdicional, tais como o da legalidade, do devido processo legal e da segurança jurídica, que impõem a limitação dos poderes do juiz e o dever de observância ao texto legal (podendo haver flexibilização apenas quando a própria lei assim o autorizar, em hipóteses específicas e não de maneira ampla e generalizada).

**Palavras-chave:** Estado democrático de direito. Legalidade. Contraditório. Segurança jurídica. Processo. Procedimento. Formalismo. Instrumentalidade. Adaptabilidade procedimental. Case management.

SOUZA, Natasha Brasileiro de. **O formalismo processual e o princípio da adaptabilidade dos procedimentos às exigências da causa**: uma análise em face de princípios constitucionais. 2011. 126p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

## ABSTRACT

This paper aims at analyzing the Brazilian jurisdictional system, especially concerning the procedures and the powers of the judge while conducting the lawsuit, and at answering some questions such as: is it possible, based on the demands of the case, to apply the principle of procedural adaptability, propagated by the Italian doctrine, to our jurisdictional system? Could the judge, while enforcing leading and decision powers during the legal proceedings, have a more flexible procedure than provided by law in order to add greater effectiveness and celerity to the jurisdictional system? To answer the abovementioned questions and many others, it is necessary to conduct a study on the basic principles of our Nation, as well as on the existing theories about the definition of the lawsuit and its procedures, and also the extension and amplitude of the procedural formalism on its current conception (defined by the scholar Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, as "evaluative-formalism"). It also aims at studying the so called case management taken from the American and British jurisdictional system (which is a way to apply the same flexible procedure described above), and the possibility of applying it to our system. And to conclude (with the sole objective of motivating the study of the subject, and without the intention of covering the entire issue), it puts forward the limited application of the aforementioned principle (procedural adaptability based on the demands of the case) to the Brazilian jurisdictional system, as well as the non application of the case management to our system. This position can be especially justified based on the singularities, the features and the other existing and prevalent principles of our jurisdictional system, such as legality, the due legal proceedings, and legal security, which impose limitations to the judge's powers and to the obligation of following legal procedures, where legal flexibility may occur only when the Law itself permits; in specific cases and not in an open and generalized way.

**Key words:** Democratic rule of law. Legality. Discordant. Legal security. Lawsuit. Procedure. Formalism. Lawsuit instrumentality. Procedural adaptability. Case management.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b> .....	13
2.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE .....	13
2.2 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL .....	17
2.2.1 O princípio do Contraditório .....	22
<b>3 PROCESSO E PROCEDIMENTO</b> .....	27
3.1 DEFINIÇÃO DE PROCEDIMENTO .....	27
3.2 DEFINIÇÃO DE PROCESSO .....	30
3.3 SISTEMAS QUE REGEM AS FORMAS PROCEDIMENTAIS .....	38
<b>4 FORMALISMO PROCESSUAL</b> .....	44
4.1 HISTÓRICO .....	44
4.2 IMPORTÂNCIA.....	51
4.3 DIFERENCIAÇÃO COM O FORMALISMO EXCESSIVO .....	56
4.4 O FORMALISMO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA .....	61
4.5 O FORMALISMO E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	64
4.6 O PROCEDIMENTO COMO FATOR LEGITIMADOR DA ATIVIDADE JURISDICIONAL: A PROPOSTA DE NIKLAS LUHMANN .....	66
<b>5 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E A INSTRUMENTALIDADE DO     PROCESSO</b> .....	72
5.1 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E DO PROCESSO.....	72
5.2 A RELAÇÃO ENTRE ESTADO, JUSTIÇA, SOCIEDADE E PROCESSO .....	77
5.3 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO .....	80
<b>6 O PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS ÀS     EXIGÊNCIAS DA CAUSA E OS CASE MANAGEMANT</b> .....	89
6.1 O PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE E SUA APLICABILIDADE (OU INAPLICABILIDADE) AO SISTEMA JURISDICIONAL BRASILEIRO.....	89

6.2 Os <i>CASE MANEGEMENT</i> DOS SISTEMAS AMERICANO E INGLÊS E SUA APLICABILIDADE (OU INAPLICABILIDADE) AO SISTEMA JURISDICIONAL BRASILEIRO.....	97
6.2.1 Introdução: os Sistemas da <i>Civil Law</i> e da <i>Common Law</i> .....	97
6.2.2 O <i>Case Management</i> no Sistema Judicial Norte-Americano.....	100
6.2.3 O <i>Case Management</i> no Sistema Judicial Britânico.....	103
6.2.4 Aplicabilidade do <i>Case Management</i> ao Sistema Judicial Brasileiro .....	107
<b>7 CONCLUSÕES .....</b>	<b>113</b>
<b>REFERÊNCIA .....</b>	<b>119</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva discorrer e tentar disseminar o debate a respeito de assuntos que, apesar de aparentemente antigos (por se tratar das "bases" do processo civil), não deixam de ser atuais e relevantes, quais sejam: o processo, o procedimento, o formalismo inerente e necessário à atividade jurisdicional, os poderes do órgão judicial e os valores insertos em um Estado Democrático de Direito.

Além disso, pretende-se discorrer sobre o princípio da adaptabilidade do procedimento às exigências da causa, disseminado pela doutrina italiana e que vem gradativamente ganhando espaço nos debates entre os estudiosos do tema, também em nosso país. E ainda, por fim, estudar os *case management* previstos nos sistemas jurisdicionais dos Estados Unidos da América e Inglaterra e a possibilidade, ou não, de sua aplicabilidade também em nosso sistema jurisdicional.

Sabe-se que a preocupação em tornar efetivo o processo vem sendo, em nosso país e no estrangeiro, nota constante na produção doutrinária e no pensamento de quase todos aqueles que participam da atividade forense.

Os movimentos de reforma do Direito Processual Civil (e inclusive, atualmente, de criação de um novo Código de Processo) não é um fenômeno isolado ou setorial, que se localiza apenas no Brasil. Ao contrário, há uma onda universal, que perpassa tanto o velho como o novo mundo, sem deixar de fora nem mesmo os mais sólidos e consagrados Códigos, como o da Itália e o da França, ambos profundamente alterados nos últimos anos, por tal razão.

Essa revisão geral das codificações processuais apresenta, todavia, uma constante, que é o propósito comum a todas as reformas, de elevar o nível do serviço judiciário e garantir amplo acesso à tutela jurisdicional, sem suprimir dos participantes seus direitos já amplamente assegurados, tais como a segurança jurídica, contraditório, ampla defesa e o devido processo legal.

Daí a importância cada vez maior, atualmente, em se debater a respeito da função que tem o procedimento e o próprio formalismo, no processo civil, bem como sobre a possibilidade, ou não, do magistrado proceder à adequação procedimental, alterando o texto legalmente previsto ou criando regra específica

ainda não existente em lei, para dar maior efetividade ao processo e alcance do direito material, às partes.

É assente na doutrina nacional e estrangeira que não basta apenas "abrir a porta" do Poder Judiciário aos que dele necessitam, mas acima de tudo, prestar o serviço jurisdicional tanto quanto possível eficiente, efetivo e justo, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos.

Exatamente diante dessa perspectiva constitucional do processo é que a doutrina veio afastá-lo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. E isso se mostra particularmente adequado, pois para a solução do processo, muitas vezes, surge o conflito entre duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema amplo e articulado de garantias formais e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.

Não se nega que é preciso oferecer ao processo mecanismos que permitam o cumprimento de sua missão institucional, evitando-se, com isso, seja considerado (como de fato tem sido correntemente) fonte de decepções. Porém, para alcançar esse legítimo objetivo, não se pode infringir outros valores constitucionalmente assegurados, tais como os já mencionados princípios da segurança jurídica, contraditório e o devido processo legal.

Assim, dentre outros temas que serão debatidos no presente trabalho, surgem questões de relevância tanto prática quanto teórica, tais como:

- quais as principais características de um Estado Democrático de Direito, visto sob a perspectiva da atividade jurisdicional?
- qual a melhor teoria definidora do processo e do procedimento, considerando-se sua inserção nesse tipo de Estado?
- qual a importância do formalismo no processo? Qual a sua relação com os princípios da segurança jurídica e devido processo legal?
- qual a contribuição da teoria criada pelo alemão Niklas Luhmann ao nosso sistema jurisdicional?
- essa teoria, explicitada em sua obra "Legitimação pelo procedimento" é incompatível com a possibilidade de flexibilização procedimental?
- qual a importância do contraditório e da participação efetiva das partes no processo e na própria tomada de decisão, pelo juiz?

- o que realmente significa a instrumentalidade do processo? Ela pode servir de fundamento ou amparo para o juiz alterar o rito previsto em lei, adaptando-o às peculiaridades da causa?

- o que significa o princípio da adaptabilidade do procedimento às exigências da causa?

- a flexibilidade e adaptabilidade procedimentais, deixadas ao arbítrio do juiz, de forma ampla e generalizada, poderia trazer insegurança jurídica e instabilidade às partes no processo?

- o que são os chamados *case management*, existentes nos sistemas jurisdicionais americano e inglês? Eles podem ser aplicados ao sistema jurisdicional brasileiro?

Para responder as questões acima mencionadas, o trabalho foi dividido em etapas, correspondentes aos seus capítulos.

Serão estudadas, no primeiro capítulo, as características e premissas do Estado Democrático de Direito, bem como os princípios da legalidade e do devido processo legal que lhe são ínsitos, a fim de colocá-los como "pano de fundo" a todos os demais conceitos e idéias que serão analisados na sequência. Também no mesmo capítulo se estudará, ainda que não profundamente, o princípio do contraditório (e suas características atuais), já que ínsito ao próprio conceito de devido processo legal e também importante para a compreensão de tudo que será discutido posteriormente.

No segundo capítulo se discorrerá a respeito da definição de processo e procedimento, além dos tipos de sistemas que regem o segundo, já delimitando a opção pessoal do aluno a respeito da teoria que entende ser a mais adequada, dentro dessa perspectiva constitucional do processo e da nossa forma de Estado.

O terceiro capítulo terá o objetivo de narrar sobre a evolução histórica e a importância do formalismo no processo civil, entendido esse não em seu aspecto negativo, excessivo (que só serve de entrave para a atuação da atividade jurisdicional) mas sim como "formalismo-valorativo", expressão utilizada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e que exprime perfeitamente a idéia defendida também nesse trabalho. Igualmente se discorrerá, nesse capítulo, sobre os ensinamentos do alemão Niklas Luhmann, que muito contribuiu a respeito do tema

e é recorrentemente citado por estudiosos de outras nacionalidades, tais como a brasileira.

No capítulo seguinte se discorrerá a respeito da inegável crise que assola nosso sistema jurisdicional (e que também vem ocorrendo em outros países do mundo, inclusive mais desenvolvidos social e economicamente) e o real papel da instrumentalidade do processo, dentro desse contexto, tecendo crítica, inclusive, aos que a colocam, ingenuamente ou não, como a "solução de todos os males".

Por fim, no último capítulo e como consequência de tudo o que foi antes debatido, será examinado o princípio da adaptabilidade do procedimento às exigências da causa, bem como esclarecido o significado dos *case management* (que são uma forma de gerenciamento de processos) existentes nos Estados Unidos da América e na Inglaterra e que atendem muito bem à finalidade para a qual foram criados. Ainda nesse capítulo será adotado posicionamento a respeito da possibilidade ou não de aplicação do referido princípio (adaptabilidade do procedimento) e também dos *case management*, ao nosso sistema jurisdicional.

Conforme se verificará alhures, para a confecção do trabalho foi desenvolvida pesquisa teórica, de caráter exploratório, e os estudos foram delimitados ao âmbito do processo civil brasileiro, em que pese se ter recorrido ao estudo de algumas relevantes obras internacionais, especialmente do direito italiano, dada a sua influência sobre o nosso sistema jurisdicional. Como marcos teóricos dessa doutrina, pode-se citar os autores Giuseppe Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Enrico Tulio Liebman e Elio Fazzalari, todos da Itália, além do alemão Niklas Luhmann, cuja teoria foi e ainda é de grande importância para o desenvolvimento de estudos relacionados ao procedimento.

## 2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### 2.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Analisando historicamente o princípio ora em estudo, vê-se que o idealismo burguês vislumbrava no Poder Legislativo o próprio reflexo da liberdade que a sociedade almejava na época, visto que ali se debatiam, fora de toda coação, as grandes teses, os grandes princípios e as supostas grandes verdades imperantes.

Como fruto da Revolução Francesa, o primado da lei, expressão da vontade geral da sociedade, passou a ser concebido como algo perfeito, intocável e irrepreensível, que não poderia ser abolido senão por nova lei.

Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro, a lei, segundo essa concepção, constituiu "o princípio basilar do Estado de Direito" e

por isso, na doutrina clássica, o Estado de Direito repousa na concepção do direito natural, imutável e universal, de onde decorre que a lei, que realiza o princípio da legalidade, que dá a essência do seu conceito, é concebida como norma jurídica geral e abstrata. A generalidade da lei constituía o fulcro do Estado de Direito (2006, p. 77).

Como a vontade da coletividade se expressava através da deliberação parlamentar, a lei, fruto dessa deliberação e que a corporificava, era, conseqüentemente, também sacralizada.

Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro, reforçava esse fenômeno de deificação dos atos legislativos a tese de Rousseau, tão prestigiosa nessa quadra das idéias políticas, de que a lei era insuscetível de cometer injustiças, mas tão-só o bem comum, isto na suposição idealizada de que ninguém, como participante da vontade geral, cometeria injustiça contra si mesmo (2006, p.79).

Essas justificativas que embasaram o relacionamento entre o Estado Liberal e a sociedade da época trouxeram a convicção de que toda e qualquer ingerência na esfera da autonomia privada somente poderia advir da lei,

formalmente elaborada, isto é, da norma produzida pelo Poder competente, sob pena de ser considerada arbitrária e ilegítima.

Assim, no momento histórico em que imperou o liberalismo burguês (séculos XVIII e XIX) e a elevação da preservação dos direitos individuais, a teoria constitucional e a própria doutrina jurídica tiveram por escopo limitar a ação do Estado e assegurar a autonomia do indivíduo, já que com isso, acreditavam estar promovendo também a economia de mercado.

Nessa época, o princípio da legalidade se firmou como a liberdade ampla de agir, operando a reserva legal como outorga implícita de faculdades jurídicas indeterminadas e sujeitas à arbitragem individual, de modo que na ausência de restrição normativa, seja de conteúdo negativo (proibição de fazer) ou positivo (obrigação de fazer), o que devia prevalecer era o reino da liberdade (CASTRO, 2006, p.97-98).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, versando sobre o referido princípio, ressaltou estar ele

enunciado no *De l'esprit des lois* e recebeu sua forma definitiva no art. 5º da Declaração de 1789: "Tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser constrangido a fazer o que esta não ordena". Encarado do ângulo do indivíduo, contém o princípio da legalidade a afirmação da liberdade como regra geral. Equivale a dizer que cada homem é livre de fazer tudo o que a lei não lhe proíbe (2004, p. 23).

Como se vê, do conteúdo do referido princípio, na época em que surgiu, decorria o entendimento de que o homem era obrigado a fazer tão somente o que a lei lhe determinava e, portanto, se todas as suas obrigações tinham como fonte a legislação, então nem o próprio Estado poderia reclamar o que não era previsto nela, aspecto considerado, na época, o mais importante para alcance da real liberdade dos indivíduos na vida em sociedade.

Por isso afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho que dele "resulta, em termos rigorosos, uma limitação para a atuação do Estado, pois esta há de ser condicionada por lei preexistente, já que cada ato seu deve estar fundamentado em lei anterior" (2004, p. 24).

Ou seja, o primado da lei desponta, nesse contexto, como a primeira das limitações constitucionais ao poder estatal de disciplinar em prol do bem comum o exercício da liberdade humana (CASTRO, 2006, p. 99-100).



Porém, é assente que a assunção do Estado Constitucional deu novo conteúdo ao princípio da legalidade.

Conforme já ressaltado por José Roberto dos Santos Bedaque,

esse princípio agregou o qualificativo 'substancial' para evidenciar que exige a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. Não se pense, porém, que o princípio da legalidade simplesmente sofreu um desenvolvimento, trocando a lei pelas normas constitucionais, ou expressa uma mera continuação do princípio da legalidade formal, característico do Estado Legislativo. Na verdade, o princípio da legalidade substancial significa uma transformação que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição e, assim, representa uma quebra de paradigma (2003, p. 14).

Também destacando a importância desse princípio no Estado Democrático de Direito, José Afonso da Silva disse que

deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado (2003, p.121).

Vê-se, assim, que também no Estado Democrático de Direito ressalta a relevância da legislação, pois ele não pode ficar limitado ou ser relacionado a um conceito de lei distorcido, rígido e indiferente à transformação social.

E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei acaba tendo maior relevância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos (SILVA, 2003, p.121-122).

Outro aspecto importante a respeito do princípio da legalidade a ser ressaltado no presente estudo é sua estreita relação com o princípio da legitimidade, também ínsito ao Estado Democrático de Direito.

Dentro desse contexto, cabem as observações de Norberto Bobbio, segundo o qual legalidade e legitimidade são atributos do poder, mas são duas qualidades diferentes deste: a legitimidade é a qualidade do título do poder e a legalidade a qualidade do seu exercício. Em conclusão, o princípio da legalidade de um Estado Democrático de Direito se assenta numa ordem jurídica emanada de um poder legítimo, ate porque, se o poder não for legítimo, o Estado não será Democrático de Direito, como proclama a Constituição (art.1º). Fora disso, teremos possivelmente uma legalidade formal, mas não a realização do princípio da legalidade (apud SILVA, 2003, p.424).

Também André Ramos Tavares já relacionou o princípio da legalidade ao da legitimidade, dizendo que o primeiro se funda no segundo, já que as leis hão de guardar correspondência com os anseios populares, consubstanciados no espírito constitucional (2007, p.577).

Humberto Theodoro Júnior, analisando outro aspecto do princípio em estudo, qual seja, sua relação com a atividade jurisdicional, diz que "os juízes, a quem compete a prestação jurisdicional, não podem decidir senão mediante a aplicação, ao caso concreto, das normas legais (CPC, art. 126)" e que "todo o processo deve ser conduzido segundo o 'princípio da legalidade', ou seja, o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código e de maneira a assegurar às partes igualdade de tratamento (CPC, art. 125)" (1997, p.78).

Relacionando-o, ainda, com o princípio do devido processo legal, disse que

dentro do *due process of law*, outrossim, o princípio da legalidade se manifesta na sujeição do juiz e das partes às normas legais, tanto de direito substancial como processual, de maneira que, no Estado de Direito, é uma garantia fundamental a de que as pendências deduzidas em juízo serão sempre compostas à luz do direito material positivo e segundo os ritos do Direito Processual vigente (1997, p.77).

Daí se poder dizer que, em qualquer atividade desenvolvida pelo magistrado, ele nunca poderá ir contra o que já se acha normatizado, podendo e devendo interpretar a lei, em busca do seu melhor significado (em harmonia com o ideal de justiça e todos os princípios imperantes) mas jamais poderá desprezar a vontade da lei para substituí-la pela sua própria vontade.

Também traçando relação entre o princípio da legalidade e do devido processo legal, André Ramos Tavares disse que

ao afastar o ato arbitrário do detentor do Poder, o princípio do *due process of law* engloba a noção aqui apresentada de legalidade. Para compreender essa afirmativa, basta verificar que, originariamente, o princípio do *due process* era designado pela expressão *the law of the land*, a indicar claramente o conteúdo desse princípio como a necessidade de observar as leis existentes, as leis da terra, contra o arbítrio do rei (2007, p.578).

Aliás, a relação existente entre a legalidade e a atividade jurisdicional fica evidente ao se pensar no próprio princípio da inafastabilidade do controle judicial, que também lhe é correlato (inc. XXXV do art. 5º) e sem o qual a garantia da legalidade seria inútil, inócua, já que poderia faltar competência ao órgão responsável por verificar o cumprimento do princípio da legalidade.

Assim, segundo muito bem lembrado por Humberto Theodoro Júnior, a "primeira muralha contra o arbítrio e a prepotência é, sem sombra de dúvida, a imposição da submissão à lei" (1997, p. 78).

## 2.2 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal remonta do ponto de vista histórico ao velho direito medieval saxônico, tendo sua matriz originária na cláusula *law of the land*, contemplada na célebre Magna Carta de 1215, da Inglaterra.

Segundo bem esclarecido por Carlos Roberto Siqueira Castro,

sua transformação na garantia do *due process of law* deu-se ainda na própria Inglaterra, de onde irradiou-se para as colônias britânicas da América do Norte, que desde cedo formalizaram essa garantia de liberdade do indivíduo em face do Estado em diversas Declarações de Direito e Cartas Coloniais. Aí floresceu sob o adubo libertário dos pioneiros e dos Founding fathers da grande nação do hemisfério norte, até encontrar o endereço permanente e oficial na 5ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos (2006, p. 411).

Manifestado primitivamente como reação da nobreza contra os julgamentos de organismos da coroa que se preocupavam apenas em satisfazer a

vontade indiscutível do monarca, o princípio se instalou na velha Inglaterra de João Sem Terra, como exigência de que todos os senhores feudais tivessem direito de ser julgados por um tribunal formado entre seus pares e segundo as leis da terra (THEODORO JR., 1997, p.74).

Assim, concebida originalmente como freio ao poder real e para servir de estatuto de convivência política e econômica entre as elites dominantes na Inglaterra do século XIII, culminou por constituir elemento fundamental do Estado de Direito.

A evolução desse instituto no Direito inglês foi tão grande que chegou a transformar uma garantia originalmente destinada a assegurar apenas a regularidade do processo e na esfera meramente penal, em um postulado de caráter substantivo (*substantive due process*) também aplicável aos demais ramos do direito (como processual civil e administrativo) e capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e da generalidade das ações e omissões do Poder Público.

Todavia, foi no continente americano que se trabalhou e se desenvolveu até os níveis atuais o conceito moderno do *due process of law*, consolidando-o como garantia fundamental democrática para o indivíduo contra todo e qualquer desmando dos titulares do poder (THEODORO JR., 1997, p.75).

Relembre-se que no art. XI da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>1</sup>, proclamada no ano de 1948, foi determinado que todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Na legislação brasileira, tal princípio acabou sendo inserido através da Constituição de 1988 (art. 5º) que foi a primeira a referir-se expressamente ao devido processo legal, nos casos de privação da liberdade ou dos bens.

E, a partir daí, tornou-se consenso entre os estudiosos do tema que essa cláusula erigiu-se num requisito de razoabilidade e racionalidade dos atos estatais, e que importa num papel de termômetro axiológico acerca da justiça das regras de direito (CASTRO, 2006, p.412).

Carlos Roberto Siqueira Castro salienta outro aspecto importante do princípio em estudo, dizendo que

---

<sup>1</sup> Disponível em: <[www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)>. Acesso em: 17 maio 2010.

nada obstante ter sido entre nós uma garantia inominada nas Constituições da era republicana, opera em íntima associação com outros princípios supralegais, notadamente o da legalidade, o da igualdade, o do contraditório, o da ampla defesa e, já numa ótica substantiva, o da razoabilidade e o da proporcionalidade, numa espécie de síntese ou amálgama de diversos direitos fundamentais explícitos ou implícitos, tudo revelado a interdependência das normas constitucionais (2006, p. 415).

Nelson Nery Junior também relaciona o princípio do devido processo legal com outros princípios, senão vejamos:

A Constituição Federal brasileira de 1988 fala expressamente que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (art. 5º, LIV). Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do devido processo legal o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, contraditório e do procedimento regular (2004, p.30-31).

No mesmo sentido André Ramos Tavares diz que esses princípios (ampla defesa, contraditório, bem como inúmeros outros referentes ao processo) na realidade estão compreendidos na noção de devido processo legal e por esse motivo são muitas as vozes que se levantam contra a assunção nacional do referido princípio que, no caso, já estaria totalmente 'especificado' em outras normas constitucionais (2007, p.648).

E semelhantemente ao que sucedeu com a cláusula *due process of law* em sua vigorosa evolução anglo-americana, o instituto do devido processo legal fecundou entre nós primeiramente na esfera do direito processual penal, estendendo-se depois ao processo civil e mais recentemente aos procedimentos travados no âmbito da administração pública.

Outrossim, é importante ressaltar que o princípio do devido processo legal deve ser observado e obedecido não apenas na esfera jurisdicional, onde costuma ser mais corriqueiramente mencionado, mas também nas esferas legislativa e executiva, ao obrigar o legislador a cumprir o rito procedimental correto para a elaboração de uma nova lei ou ao analisar a legalidade de um determinado ato administrativo, por exemplo.

Sobre sua aplicabilidade no âmbito do Poder Executivo, diz Danielle Pamplona que

é bastante ampla a possibilidade de aplicação do devido processo legal em relação à atividade da Administração Pública. Ele permitirá verificar até mesmo aqueles atos administrativos classificados de discricionários. Permitirá, também a análise da legalidade dos atos, da moralidade e da obediência aos princípios constitucionais que se aplicam à Administração Pública (2004, p. 94).

E ao analisar a esfera jurisdicional, diz que

é nesta função do governo que se faz mais evidente a aplicação do princípio do devido processo legal. Há que se perceber que se abrem duas diferentes possibilidades de aplicação do princípio em estudo ante o Judiciário. Por um lado, deve o Judiciário atender ao princípio do devido processo legal quando em sua atividade precípua de aplicar o direito ao caso concreto. Por outro lado, ele é responsável por atividades típicas de outras funções do Estado e, também nessas, deve estar atento às exigências do princípio (2004, p. 82).

Também Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já discorreu sobre a aplicabilidade do devido processo legal no âmbito jurisdicional, ressaltando que "o conceito de devido processo legal compreende a estruturação correta do procedimento, permitindo tendencialmente aos litigantes as garantias de publicidade, contato direto do juiz com as partes e tramitação rápida do expediente" (2003, p. 85).

Todavia, como o processo não se resume a uma simples sequência ordenada de atos, o princípio não se esgota em assegurar a regularidade do procedimento, abrangendo também a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas e, assim, influírem por meio do contraditório na formação do convencimento do juiz. Por tais razões, o aspecto mais essencial do devido processo legal é o de assegurar o contraditório e a ampla defesa (OLIVEIRA, 2003, p.85-86).

Há autores que ampliam ainda mais o campo de aplicabilidade do princípio, argumentando que os direitos e garantias fundamentais inerentes a essa cláusula não devem se projetar apenas no processo estritamente público (judicial ou administrativo), mas também nos procedimentos em geral e nos processos de âmbito privado. Como espécies desses procedimentos e processos citam-se, a título

exemplificativo: as sindicâncias internas feitas pelo empregador na apuração de falta disciplinar de seus empregados; o processamento para excluir o cooperado da cooperativa etc (LIMA, 2002, p.64).

Candido Rangel Dinamarco, igualmente relacionando o devido processo legal com o procedimento, na esfera jurisdicional (que será o enfoque dos capítulos subseqüentes desse estudo) nos ensinou que

essa cláusula democrática exige do legislador a imposição e do juiz, a concreta observância de certas diretrizes capazes de oferecer aos litigantes suficiente nível de segurança quanto ao que cada um pode esperar do andamento do processo. O *due process of Law* exige também que a cada um dos sujeitos processuais sejam oferecidas oportunidades previamente conhecidas para a realização de atos do processo, assim como lhe sejam impostas certas limitações relacionadas com o tempo, lugar e modo de realização dos atos permitidos - o que constitui fator de segurança para os demais sujeitos. O traçado do procedimento, como conjunto de atos ordenados, é por isso um dos aspectos do devido processo legal em sua projeção sobre o sistema do processo civil (2001, vol. II, p. 30).

Diz ainda que "a efetiva observância das regras do procedimento constitui culto à garantia constitucional do devido processo legal e os eventuais desvios, transgressão" e que "não é que o *due process* se resuma à exigência do cumprimento das formas e realização de certos atos predeterminados, mas a legalidade no procedimento que em cada caso se faz é aspecto mais visível da fidelidade das experiências processuais aos grandes "pilares" da democracia" (2001, p. 444).

Por fim, vale transcrever trecho da obra "Novas Tendências do Direito Processual" de Ada Pellegrini Grinover, que cuidadosamente discorreu sobre o tema. Vejamos:

Garantias das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso da cláusula do devido processo legal, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa, como direitos, mas que acentue, também e especialmente seu perfil objetivo. Garantias e não direitos, porquanto são de índole assecuratória e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com estes uma relação de instrumentalidade. Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se de um lado é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, de outro lado, essa efetiva e plena

possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões (1990, p. 1).

### 2.3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Prega o art. 5º LV da CF que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", o que constitui um dos "pilares" sobre os quais se assentam as garantias constitucionais referentes ao processo judicial.

Inicialmente, é interessante destacar que o princípio do contraditório ganhou nova magnitude com a Carta de 1988, eis que na Carta de 1967 apenas havia tal garantia com referência ao processo penal. Atualmente, porém, impõe-se a observância do contraditório em quaisquer processos no âmbito judicial (não apenas no processo penal) e ainda nos processos administrativos.

Segundo Roberto Rosas, o contraditório "é uma garantia político-constitucional do indivíduo. É um meio técnico de que a lei se vale para a condução do processo e garantir os fins da justiça" e que "a igualdade é a base do princípio do contraditório" (1997, p. 48).

Daí decorre que o referido princípio é, antes de tudo, um instrumento da técnica processual, ou seja, antes de constituir-se em princípio jurídico, é um instrumento político que legitima as decisões do Judiciário enquanto Poder da República, donde sua essencialidade no Estado de Direito Democrático<sup>2</sup>.

Isto porque num verdadeiro Estado Democrático de Direito, exige-se a participação do povo nas decisões que são tomadas, em todos os níveis do Poder e inclusive no judicial<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, também Rui Portanova disse que "o contraditório assenta-se em fundamentos lógico e político" (2003, p. 161) e esclareceu essa assertiva, nos seguintes termos: "A bilateralidade da ação (e da pretensão) que gera a bilateralidade do processo (e a contradição recíproca) é o fundamento lógico. O sentido de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido é o fundamento político. Sustentado sobre esses dois pilares, o princípio dinamiza a dialética processual e vai tocar, como momento argumentativo, todos os atos que preparam o espírito do juiz" (2003, p. 161).

<sup>3</sup> Inclusive tal assunto será novamente abordado nos capítulos subseqüentes, com maior detalhamento.



Como se sabe, na esfera dos Poderes Executivo e Legislativo, a participação popular se dá através do processo eleitoral, pelo qual são eleitos os integrantes daqueles poderes, que passarão, assim, através dos mandatos outorgados pelos eleitores, a desempenhar sua função representativa.

Já no que tange aos integrantes do Poder Judiciário, diferentemente, sabe-se que eles não são escolhidos através de voto (sistema eleitoral), mas sim através de concurso público de provas e títulos e apesar desse sistema atender, em princípio, os fins democráticos, é necessário ir além, permitindo a participação real e efetiva das pessoas no desenvolvimento da própria atividade judicial.

E essa participação é garantida, sem dúvida, através do princípio do contraditório, como parte integrante do princípio do devido processo legal, sobre o qual se discorreu alhures.

Daí poder se afirmar que a observância do contraditório (que pode ser definido como direito de participação na formação da decisão judicial, influenciando o julgador através de alegações e provas) é um dos fatores (se não o mais importante) a legitimar a atividade jurisdicional, pois garante a participação da sociedade nas atividades do Judiciário.

Cassio Scarpinella Bueno já ressaltou inclusive que

não é por razão diversa que se fala tanto em legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal, querendo-se com isto destacar que a manifestação do Estado - de todo ele, não só do Estado Juiz - será tanto mais legítima quanto maior for a possibilidade de os destinatários de seus atos, de suas decisões, que tem caráter imperativo e vinculante, poderem se manifestar para influenciar a autoridade competente antes de sua decisão (2007, p. 109).

Numa perspectiva meramente processual, pode-se dizer que o contraditório significa "de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos do processo que lhe sejam desfavoráveis" (NERY JR, 2004, p. 172).

Neste sentido costuma-se ligar o contraditório à chamada bilateralidade da audiência<sup>4</sup>, que impõe a necessidade do julgador ouvir os argumentos de ambas as partes antes de tomar a decisão judicial, dando, assim, oportunidade a ambos os contendores de apresentar seus argumentos.

Todavia, atualmente não se pode mais conceber o contraditório apenas dessa maneira, ou seja, como simples sinônimo de bilateralidade da audiência, devendo o princípio ser revisitado, para que seja implementado de forma a efetivamente garantir a participação na formação da decisão judicial.

E essa mudança na concepção do contraditório se deu especialmente em razão das também mudanças ocorridas na sociedade, durante o transcurso do século XX, já que outros valores passaram a influenciar nosso ordenamento, exigindo uma maior participação do juiz no processo.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,

a aspiração de se fazer a justiça mais acessível e efetiva revela-se como importante faceta da orientação que tem marcado os mais avançados sistemas legais de nosso século. Esse reclamo espelha-se de maneira bastante acentuada na maioria das Constituições do mundo ocidental, caracterizadas pelo esforço de integrar as tradicionais liberdades individuais - incluindo aquelas de natureza processual - com direitos e garantias de caráter social, que em essência buscam não só torná-las acessíveis a todos, como também assegurar uma real e não meramente formal igualdade das partes em face da lei e na sua atividade concreta processual (1999, p. 136).

E tal mudança de paradigmas com certeza refletiu também na concepção do princípio do contraditório, determinando que ele deixasse de ser meramente formal e passasse a atender os requisitos necessários para o estabelecimento de um processo justo.

Recuperou-se, assim, "o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo" (OLIVEIRA, 1999, p. 136).

A doutrina brasileira mais atualizada já começou a estudar e mencionar o princípio da cooperação como um necessário e constante diálogo entre

---

<sup>4</sup> Essa concepção acanhada do contraditório, porém, imperou por muitos anos em razão dos valores inerentes ao processo liberal, em que a filosofia do *laissez faire* destinava ao órgão judicial um papel puramente passivo.

o juiz e as partes, preocupados, todos, com o proferimento de uma melhor decisão para a lide.

E nesse sentido, o princípio da cooperação pode ser entendido como uma extensão do princípio do contraditório, porém inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado na sua atuação concreta.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz (1999, p. 139).

E Carlos Alberto Alvaro de Oliveira não é o único a relacionar o princípio do contraditório, nessa perspectiva atual, ao princípio da dignidade da pessoa humana, havendo outras vozes no mesmo sentido na doutrina nacional, tal como Rui Portanova, que escreveu obra específica sobre princípios do processo civil e ressaltou essa característica do contraditório (2003, p. 61).

Daí poder-se afirmar que o princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade da parte contraditá-los, mas também na própria formação dos provimentos judiciais, com a efetiva participação das partes.

Por isso que, para ser atendido esse conteúdo mínimo do princípio, é necessário que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o magistrado a tomar a decisão, possibilitando suas manifestações a respeito em tempo adequado.

Assim, o princípio do contraditório tem abrangência dupla. A lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia resolve-se, portanto, num direito das partes e em deveres do juiz (BUENO, 2007, p. 109).

Sem a pretensão de se aprofundar no tema, vale ressaltar ainda que o art. 10 do Projeto de Código de Processo Civil, diz que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício<sup>5</sup>".

O Projeto do novo CPC, neste dispositivo, incorpora versão moderna do princípio do contraditório, já que expressamente formulada regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório.

Evidente, portanto, a tendência moderna de conceber o referido princípio muito além do binômio "informação e reação", concretizando-se através da participação ativa das partes no processo e também do diálogo que deve haver entre o órgão jurisdicional e essas. Este sim é o único modo de compreender o princípio do contraditório, em um Estado que se diz Democrático de Direito.

---

<sup>5</sup> Disponível em: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso em: 3 jun. 2010.

### 3 PROCESSO E PROCEDIMENTO

#### 3.1 DEFINIÇÃO DE PROCEDIMENTO

Analisando a origem histórica da palavra procedimento, vê-se que ela deriva do latim *procedere* (andar para frente), tal como a palavra processo, porém é patente a diferença existente entre os dois institutos jurídicos.

Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni, o procedimento representa o meio exterior do que nos utilizamos, no processo, para realizar o objetivo intentado. Ou seja, "o procedimento seria o invólucro; o processo a íntima substância" (2007, p. 46).

O procedimento seria, nesse quadro, o meio extrínseco pelo qual se instaura, se desenvolve e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p.297).

Candido Rangel Dinamarco, com a clareza que lhe é própria, definiu o procedimento dizendo que é "o conjunto ordenado dos atos mediante os quais o juiz exerce a jurisdição e as partes a defesa de seus interesses, no processo" (2004, p.330).

E complementa:

Os atos do processo devem ser tais e ordenados de tal modo, que possibilitem a realização do processo justo e equo - observadas as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, na preparação do juiz para a oferta da tutela jurisdicional integral e justa, também garantida constitucionalmente (2004, p.330).

Por isso que, segundo Candido Rangel Dinamarco, "o procedimento tem o valor de penhor da legalidade no exercício do poder" (2003, p. 154). 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 pré-estabelecido: desvios ou omissões quanto a esse plano de trabalho e participação constituem violações à garantia constitucional do devido processo legal (2003, p.154).

A sedimentação dessas idéias, por isso, obrou para que hoje se encontre pacificado o entendimento de que o procedimento não deve ser apenas um pobre esqueleto sem alma, tornando imprescindível ao conceito a regulação das atividades das partes e do órgão judicial, conexa ao contraditório paritário e ainda ao fator temporal, a fatalmente entremear esta atividade (OLIVEIRA, 1997, p. 112).

São normas procedimentais, assim, todas aquelas que prevêm não só o ato processual em si, mas a forma como se combinam os atos processuais como um todo, lógica e cronologicamente; as normas que regulam o modo de desenvolvimento da relação jurídica processual, a sua dinâmica e movimento (normas puramente procedimentais). Neste grupo estão as normas que ordenam a prática dos atos processuais nos feitos de rito comum e especiais, as que disciplinam a seqüência dos atos a serem praticados pelo juiz na audiência preliminar, a ordem de produção de provas em audiência etc (DINAMARCO, 2004, p. 51).

Mas além destas, também são normas procedimentais as que dão forma aos institutos regulados na lei: as normas que disciplinam a forma de se apresentar a petição inicial em juízo, a contestação, exceções e reconvenção, dentre outras; as regras que disciplinam os prazos e as que regulam a maneira de serem precedidas as citações e intimações, dentre outras (DINAMARCO, 2004, p. 51).

E não se poderia deixar de mencionar, sobre o assunto, os ensinamentos de Elio Fazzalari, que foi o precursor, entre nós, da teoria que define o processo como "procedimento em contraditório", vista mais detalhadamente no item seguinte desse trabalho.

Na compreensão do autor, o procedimento evidencia-se quando há previsão de uma seqüência de normas, em que uma norma valoriza uma conduta como lícita ou devida, e esta conduta qualificada é pressuposto para qualificação da conduta prevista na norma precedente. Em outras palavras, para Elio Fazzalari o procedimento seria uma seqüência de normas, atos e posições subjetivas, que se encadearão até a realização do ato final, na qual a norma precedente - que estabelece uma conduta valorada como lícita ou devida - é pressuposto para

realização da conseqüente. A primeira norma e a conduta dela decorrente ligam-se a segunda como um pressuposto ou como sua *fattispecie* (1992, p. 59). Nas palavras do autor:

Procedimento se coglie quando ci si trova de fronti ad una serie di norme ciascuna delle quali regola una determinata condotta (qualificandola come lecita o doverosa), ma enuncia come presupposto della propria incidenza el compimento di un'attività regolata da altra norma della serie, e così via fino a la norma regolatrice de un atto finale (1992, p. 60)

Daí poder dizer que para Elio Fazzalari, o procedimento teria a seguinte estrutura: uma série de normas através da qual se regulamenta a produção do ato final, que, normalmente, se trata de um provimento ou mero ato. Cada norma regula uma determinada conduta (qualificada como lícita ou devida), mas enuncia-se como pressuposto para a execução de uma conduta regulada por outra norma; ele se apresenta como uma seqüência de atos, previstos e valorados pela norma e, por fim, compõe-se de uma série de faculdades, poderes e deveres: quantos e quais são as posições subjetivas, que se obtêm pela norma em questão (1992, p. 77-78).

A esse conceito de procedimento o autor agrega o conceito de processo, que se distingue pelo critério lógico de inclusão, como justifica Aroldo Plínio, pois para ele o processo é uma das espécies de procedimento (1992, p. 67-68).

Novamente transcrevendo suas palavras, em obra que foi traduzida para nosso idioma:

O procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos - de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos "interessados" em sentido estrito - e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os "contra-interessados") estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o "contraditório", faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* "procedimento" é possível extrair a *species* "processo" (2006, p. 94)

Porém, há relativamente pouco tempo é que os estudiosos do Direito passaram a dedicar maior atenção ao aspecto procedimental desse, antes considerado como possuidor de uma função subsidiária em relação às normas ditas materiais, portadoras das valorações e modelos da conduta, restando para as normas procedimentais o problema meramente técnico da sua realização (GUERRA FILHO, 2002, p. 21).

Ressalta Willis Santiago Guerra Filho que a importância do procedimento para o Direito foi enfatizada na influente doutrina 'pura' de Kelsen, bem como, na mesma época, na doutrina pregada por Goldschmidt nos Estados Unidos da América e por Niklas Luhmann na Alemanha (2002, p.23).

E dentro da legislação nacional, foi só mesmo no atual Código de Processo Civil que as expressões processo e procedimento foram empregadas de maneira correta, com a divisão inclusive do procedimento em comum, ordinário, sumário etc, o que representou verdadeira evolução já que o CPC de 1939 usava impropriamente a palavra processo, estabelecendo por exemplo as regras do 'processo ordinário', dos 'processos especiais', dentre outros.

### 3.2 DEFINIÇÃO DE PROCESSO

Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco, etimologicamente processo significa "marcha avante, caminhada (do latim, *procedere* seguir adiante). Por isso, durante muito tempo foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns as definições que o colocavam nesse plano" (1998, p. 297).

Também Fernando da Fonseca Gajardoni, versando sobre as origens do termo processo, disse que ele não era usado no Direito Romano, tendo sido empregado pela primeira vez entre os Canonistas da Idade Média, derivando do verbo grego *prosek* ou *proseko* que significa "vir de trás e ir para adiante". Em latim vem de *procedere*: *pro* (adiante) e *cedere* (seguir, andar, caminhar) (2007, p.42).

Avançando numa breve análise histórica do instituto, no ano de 1868 foi lançada a obra de Oskar Van Bülow chamada "Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias" que fez surgir na doutrina a noção de que



processo e procedimento não se confundem e de que há, no primeiro, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais.

O processo, então, passa a ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos (CINTA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p.275).

Na realidade, inúmeras são as teorias que pretendem fazer a definição da natureza jurídica do processo<sup>6</sup>.

Porém, de todas elas, a que o analisa sob a perspectiva da relação jurídica processual é a que mais desfruta dos favores da doutrina nacional e estrangeira.

Utilizando exatamente os ensinamentos de Oskar Von Bulow, Fernando da Fonseca Gajardoni definiu processo como o instrumento pelo qual o Estado exerce a Jurisdição, o autor o direito de ação e o réu o direito de defesa, havendo entre seus sujeitos (partes e juiz), uma relação jurídica diversa daquela relação jurídica de direito material: a relação jurídica processual (2007, p. 42).

Humberto Theodoro Júnior também já definiu o processo dizendo que "é o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto" (2007, p.49).

E concluiu esclarecendo que

o processo, outrossim, não se submete a uma única forma. Exterioriza-se de varias maneiras diferentes, conforme as particularidades da pretensão do autor e da defesa do réu. O modo próprio de desenvolver-se o processo, conforme as exigências de cada caso, é exatamente o procedimento do feito, isto é, seu rito. É o procedimento, de tal sorte, que dá exterioridade ao processo, ou à relação processual, revelando-lhe o *modus faciendi* com que se vai atingir o escopo da tutela jurisdicional (2007, p.50).

Sem a pretensão de exaurir o tema e visando apenas uma breve explanação sobre as definições dadas pelos estudiosos do tema, não poderia deixar

---

<sup>6</sup> Dessas inúmeras Teorias, podem-se citar as que definem o processo como serviço público (Gaston Jèse), como instituição jurídica (Guasp) ou como situação jurídica (Goldschmidt), não havendo razão para se aprofundar, já que não se trata do objeto mesmo do presente estudo (veja-se, sobre o assunto, GONÇALVES, Aroldo Plínio, 1992, p. 85 e seguintes).

de ser citado o entendimento de alguns autores italianos, que muito contribuíram (e ainda contribuem) para o desenvolvimento desses estudos, em nosso país.

Dentre eles, cita-se inicialmente Francesco Carnelutti, para quem processo significa "um conjunto de atos dirigidos à formação ou à aplicação dos preceitos jurídicos, cujo caráter consiste na colaboração para tal finalidade das pessoas interessadas (partes) com uma ou mais pessoas desinteressadas (juízes, ofício judicial)" (1999, vol. I, p. 72).

Para o referido autor,

a palavra processo serve, pois, para indicar um método para a formação ou para a aplicação do direito que visa garantir o bom resultado, ou seja, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa: a justiça deve ser sua qualidade superior ou substancial; a certeza, sua qualidade exterior ou formal; se o direito não é certo, os interessados não sabem; e se não é justo, não sentem o que é necessário para obedecer (1999, vol. I, p. 72).

Em contra-partida, Giuseppe Chiovenda define o processo como sendo "o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária" (2002, p.56).

E dessa sua definição, se extrai algumas importantes ponderações a ser feitas: primeiro, para Giuseppe Chiovenda, a administração da justiça é uma função e um poder exclusivo do Estado; segundo, como a função do processo consiste na atuação da vontade concreta da lei, para que o juiz possa chegar a esse resultado, os órgãos jurisdicionais procedem mediante a substituição da atividade alheia pela própria (seja atividade intelectual ou atividade material, própria da fase de execução); terceiro, como consequência, é inadmissível que o órgão jurisdicional possa criar a lei para o caso em concreto, como entende Francesco Carnelutti e muitos outros estudiosos (tecendo Chiovenda, duras críticas a essa facção doutrinária).

Sintetizando, Giuseppe Chiovenda entende que o direito subjetivo é preexistente ao processo, mas deve ser necessariamente declarado nesse, através da adoção ou rejeição dos pleitos formulados na demanda.

E apesar de se referir, em sua obra "Instituições de Direito Processual Civil", ao caráter abstrato da relação jurídica processual, ele a vincula à

realização positiva ou negativa do resultado útil do processo, de seu objeto. Ao mesmo tempo, ele compreende a relação jurídica como um complexo de direitos subjetivos das partes nela inseridas.

Porém é importante observar que na referida obra o autor não fez referência ao procedimento em si, na passagem em que estuda o processo e a relação jurídica processual. E isso se mostra justificável, pois, como ele era contrário à inserção do processo na relação de direito material, para defender a autonomia do processo e da ciência processual, excluiu a análise do procedimento, talvez por acreditar na sua falta de importância.

Já Enrico Tulio Liebman, cujos estudos sempre tiveram grande repercussão e influência em nosso país, define processo da seguinte forma:

A atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional chama-se processo. Dita função não se cumpre num só tempo ou num só ato, mas através de uma série coordenada de atos que se sucedem no tempo e que tendem à formação de um ato final (2003, p. 45)

Como leciona o referido autor, o ato final do processo é de competência do órgão jurisdicional, mas o processo se desenvolve com a participação não só do juiz, mas das partes, sendo que o ato que dá início ao processo cabe ao particular, ao autor. Entre o ato inicial e o final "desenvolve-se uma atividade intermediária, mais ou menos complexa, destinada a tornar possível justamente a prolação do ato final" (LIEBMAN, 2003, p. 45).

Enrico Tulio Liebman, ao contrário de Giuseppe Chiovenda, compreendia o procedimento como um conjunto de atos que se sucedem no processo e que se dispõem como uma unidade formal (2003, p. 48), ou seja, ele estudou e deu importância ao procedimento ao definir o processo.

Como ressalta Aroldo Plínio Gonçalves, Enrico Tulio Liebman reabilitou o conceito de procedimento, já que considerava o processo uma entidade complexa, integrada pela relação jurídica e pelo procedimento (1992, p. 05).

Daí defender Enrico Tulio Liebman que "a pendência do processo determina a existência entre seus sujeitos de toda uma série de posições e relações recíprocas, que são juridicamente reguladas e formam em seu conjunto uma relação jurídica, a relação jurídica processual" (2003, p. 48).

Assim, apesar da distância temporal que se guarda entre os ensinamentos de Giuseppe Chiovenda e Enrico Tulio Liebman, ambos consideravam a relação jurídica como fator determinante na definição de processo.

Uma vez exposto (sucintamente) os posicionamentos de Oskar Von Bullow, Francesco Carnelutti, Giuseppe Chiovenda e Enrico Tulio Liebman, resta agora analisar também o importante legado de Elio Fazzalari, que foi, como já dito anteriormente, o precursor e maior expositor da teoria que definiu o processo como procedimento em contraditório.

Para Elio Fazzalari, o processo é "um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades" (2006, p. 119), entendimento esse com o qual se compartilha, por entender ser o que melhor capta a essência do processo e sua razão de existência, no âmbito do Direito<sup>7</sup>.

Assim, o processo, como procedimento em contraditório, exige que os interessados e os contra-interessados - entendidos como os sujeitos do processo que suportarão o resultado favorável ou desfavorável do provimento - participem em simétrica paridade do *iter* procedimental, para a formação do provimento.

E, ao traçar esse novo conceito, Elio Fazzalari acabou tecendo severas críticas aos autores que se limitaram a definir o processo como relação jurídica.

Vejamos:

Os processualistas têm sempre dificuldade, por causa da imponência do fenômeno (a trave no próprio olho...), de definir o processo (esquema da disciplina de sua competência) e permanecer ligados, ainda durante alguns decênios do século passado, ao velho e inadequado clichê pandetístico da relação jurídica processual. E, quando finalmente, mudaram o conceito de procedimento, oferecido pelos juspublicistas, não colheram nem aprofundaram, no seu âmbito, um conceito completo de processo (2006, 111).

E complementa:

---

<sup>7</sup> Ressalta-se que também na doutrina nacional se erguem vozes no mesmo sentido, tais como entre os autores Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidieiro, Hermes Zaneti Junior, Dierle José Coelho Nunes, Luiz Guilherme Marinoni, dentre outros (apud OLIVEIRA. MITIDIEIRO, 2010, p. 99).

Por isso até ontem e talvez ainda hoje, a característica própria do processo - o contraditório - não foi tomada por todos os processualistas e juspublicistas, e o processo foi absorvido na genérica fisionomia do procedimento. Somente ontem o processo recebeu um significado próprio (significado distinto, mas não separado da noção de procedimento: somente um passo mais adiante) e se revelou em toda a sua potencialidade de emprego (2006, p.112).

Conforme ressalta Aroldo Plínio Gonçalves, Oskar Von Bülow e seus sucessores realizaram a separação entre os conceitos de processo e procedimento, construindo uma distinção baseada apenas no critério teleológico. E através deste critério, o processo se distingue por seu fim, pois é o instrumento pelo qual a jurisdição é operada e o procedimento se torna uma simples sucessão lógica de atos, sem qualquer finalidade (1992, p. 64-65).

E o sistema normativo revela que, antes que distinção, há entre o processo e o procedimento uma relação de inclusão, já que o primeiro é uma espécie do gênero "procedimento", e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos (GONÇALVES, 1992, p. 68).

Segundo Aroldo Plínio Gonçalves:

Ao se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que então, seriam sujeitos passivos da prestação (1992, p. 97).

Na realidade, independente da parte negar ou admitir o direito subjetivo, não se pode afirmar que ele constitui um poder sobre a conduta alheia e consequentemente, não há como se admitir que no processo, uma das partes possa exigir da outra o cumprimento de qualquer conduta, por um vínculo entre sujeito ativo e sujeito passivo.

E Aroldo Plínio Gonçalves não é a única voz a se levantar contra a teoria da relação jurídica processual, dentro da doutrina nacional. Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidieiro, dentre outros, também já o fizeram.

Segundo esses dois últimos autores citados, o conceito de processo como relação jurídica padece de uma inadequação ideológica, o que o torna desaconselhável a quem quer que se encontre empenhado na vigência e na contínua construção do Estado Constitucional (OLIVEIRA; MITIDIEIRO, 2010, p. 97).

De forma bastante clara, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidieiro analisam, historicamente, a teoria em comento, inclusive quando de sua inserção no ordenamento brasileiro. Vejamos:

A teoria da relação jurídica nasce em um ambiente em que se pretende a construção de uma ciência "pura" e, embora aspire a neutralidade, mostra-se como um veículo bastante apropriado para difundir a ideologia burguesa consagrada na Revolução Francesa, construída a base do individualismo próprio do homem da época [...]. Portanto, não surpreende que, dada a abstração da doutrina assim proposta, altamente permeável pelas intenções, boas ou não, daqueles que detém o poder, tenha Alfredo Buzaid dela se servido para o último Código de Processo Civil napoleônico da historiografia do direito processual civil, promulgado em meio à grave ditadura militar brasileira (2010, p. 98).

Candido Rangel Dinamarco defende posicionamento diferente e considerando a relevância de suas proposições em nossa doutrina e ainda, por ser grande estudioso do tema, interessante também transcrever seu posicionamento.

Adepto e defensor da teoria da relação jurídica processual, o mencionado autor a defende dizendo que a aceitação dela "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" (2009, p.303).

Segundo Candido Rangel Dinamarco, o

processo é uma entidade complexa, podendo ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento) e igualmente sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos (relação processual): a observação do fenómeno processo mostra que, se ele não pode ser confundido com o mero procedimento (como fazia a doutrina antiga), também não se exaure no conceito puro e simples de relação jurídica processual (2009, p. 304).

Ou seja, para ele, o processo seria a síntese dessa relação jurídica e da série de fatos que determinam a sua progressão, ou seja, o procedimento.

E ao comentar o posicionamento de Elio Fazzalari, o autor dá seu ponto de vista, bastante interessante. Vejamos:

Na realidade, a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório (2009, p.304).

Percebe-se, dessa forma, que Candido Rangel Dinamarco defende a inexistência de incompatibilidade entre a teoria da relação jurídica e a teoria difundida por Elio Fazzalari, já que para ele, o contraditório seria ínsito à relação jurídica.

E conclui:

E lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório. Ao garantir a observância do contraditório a todos os "litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral" a Constituição (art. 5º inc. LV) formula a solene exigência política de que a preparação de sentenças e demais provimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual (2009, p. 305).

Porém, em que pese o grande respeito aos ensinamentos do nobre processualista retro mencionado, não se perfilha de tal entendimento.

Novamente ressaltando não ser pretensão desse estudo o aprofundamento do tema, conclui-se que, apesar da existência de teorias a respeito da natureza jurídica do processo na doutrina nacional e estrangeira, deve ser abandonada a que coloca como "centro" do conceito a relação jurídica, já que essa

concepção acaba tornando o processo pouco comprometido com o sentido participativo e paritário que hoje deve ser reconhecido às instituições democráticas<sup>8</sup>.

Outrossim, o posicionamento que o concebe como "procedimento em contraditório", responde ao problema da inadequação metodológica de se pensar o processo a partir de uma categoria concebida para o direito material, assim como responde ao problema da necessidade de dinamicidade do processo e ainda, por fim, atende aos fins do Estado Constitucional ao outorgar especial relevo ao contraditório e à participação dos cidadãos.

### 3.3 SISTEMAS QUE REGEM AS FORMAS PROCEDIMENTAIS

Segundo Vicente Greco Filho, três seriam os sistemas existentes para regulamentação da forma dos atos processuais, a saber: 1) o sistema da liberdade absoluta das formas; 2) o sistema da soberania do juiz; 3) o sistema da legalidade das formas (2003, p.10).

No primeiro sistema é deixado as partes a faculdade de praticar os atos processuais, segundo seus próprios interesses e conveniências. Daí fica fácil compreender a quase impossibilidade da existência de tal sistema no processo moderno, não só porque seria difícil garantir o andamento lógico do procedimento até seu ato-fim, que é a sentença, como também não se conseguiria garantir a igualdade entre as partes em juízo, bem como as demais garantias processuais necessárias (tais como contraditório, ampla defesa e a segurança jurídica).

No segundo sistema, o juiz é quem decide as regras relativas ao procedimento a ser adotado no processo e tal situação pode gerar tanto desigualdade entre as partes num processo, quanto entre dois ou mais processos existentes (ou seja, processos que em situações semelhantes, o juiz decide desigualmente, gerando então insegurança jurídica, instabilidade e desigualdade).

Haveria possivelmente, se aplicado integralmente esse sistema, o desaparecimento das garantias e liberdades de cada parte no processo, bem como

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, vale relembrar notável obra que versa sobre o tema, " Participação e processo" sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (Ed. Revista dos Tribunais, 1998.



a segurança da prática dos atos de maneira, tempo e lugar previamente determinados (GRECO FILHO, 2003, p.10-11).

No terceiro sistema, a sequência dos atos processuais e sua forma são determinadas pela lei, assegurando, portanto, as garantias e a segurança jurídica das partes em face do Estado.

Conforme ressalta por Vicente Greco Filho, "é preciso lembrar que a atividade jurisdicional é uma atividade estatal e, portanto, não pode ser arbitrária" e que "deve ser regrada, porque encerra uma invasão (ainda que justa) do patrimônio jurídico de alguém, devendo essa invasão ser limitada aos casos e á forma da lei" (2003, p.11).

Salientando a importância da legalidade, o mesmo autor diz que todos temos a liberdade de fazer o que entendermos, salvo disposição legal em contrário, de modo que mesmo o juiz somente pode submeter a liberdade de alguém nos estritos termos da ordem jurídica, especialmente quando não se sabe, ainda, se a pretensão do autor é legítima, exatamente porque a função primária do processo é a declaração da existência ou inexistência de um direito e de suas conseqüências jurídicas. Destarte, a sujeição de alguém ao processo somente pode ser definida em lei e deve manter-se a seus termos estritos (2003, p 11).

Ainda segundo Vicente Greco Filho, o sistema da legalidade das formas comporta gradações quanto ao seu rigor, pois no direito romano primitivo vigorava o princípio do absolutismo da lei ou da sacramentalidade das formas. As próprias palavras da lei deveriam ser reproduzidas sob pena de nulidade. No sistema moderno, que pode ser chamado da legalidade instrumental, descreve, também, os atos processuais em tipos ou modelos, mas admite, respeitado certo mínimo fundamentado no interesse público, como válidos os atos praticados de maneira diversa da prevista no Código se alcançarem sua finalidade essencial (2003, p.11-12).

Fernando da Fonseca Gajardoni, seguindo a doutrina majoritária atualmente, admite, ao contrário, a existência de apenas dois sistemas processuais, incluindo no que chama de "sistema de liberdade das formas procedimentais", a possibilidade das partes ou do juiz em definir o rito procedimental. Ele argumenta que nesse sistema não há uma ordem legal pré-estabelecida para a prática dos atos processuais, competindo aos sujeitos do processo (ora às partes, ora ao juiz) determinar a cada momento qual o ato processual a ser praticado (2007, p. 95).

E apesar de ressaltar como vantagem do sistema de liberdade das formas o fato de permitir um encaminhamento mais célere ao feito (já que possível a eliminação dos atos desnecessários ao procedimento), bem como sua adequação à efetiva tutela do direito material, Fernando da Fonseca Gajardoni aduz que ele gera insegurança,

visto que as partes podem ser surpreendidas por decisões surpresas e exigências formais desarrazoadas. Além disso, aduz-se que o juiz pode, conscientemente ou não, ceder a influências prejudiciais ao interesse de uma das partes, manipulando o procedimento em desfavor da igualdade (2007, p. 95).

Em contra-partida, no sistema da legalidade das formas o lugar em que cada ato processual tem cabimento se encontra rigidamente pré-estabelecido em lei, podendo o desrespeito à prescrição legal implicar invalidade do próprio ato processual, do seu conjunto (procedimento todo), ou do resultado do processo (sentença).

Esse sistema tem por grande mérito a previsibilidade e a segurança que ofertam ao jurisdicionado, ciente da maneira como se desenvolverá o processo do início ao fim. Porém, segundo argumenta parte da doutrina, também pode ser muitas vezes burocrático e implicar na prática de atos processuais desnecessários ou inadequados à efetiva tutela dos direitos.

Segundo Piero Calamandrei, a razão pela qual em todos os tempos se sentiu a necessidade de impor uma minuciosa disciplina jurídica a este diálogo entre homens, ao qual, em substância, se reduz todo processo, deve se procurar na especial natureza da providência à que estão preordenadas todas as atividades processuais (1999, p. 256).

Caráter essencial do direito é a certeza, e esta não existe senão enquanto seja certo que, em caso de inobservância do direito, será posta em prática a garantia jurisdicional para fazê-lo observar. Mas, por sua vez, esta certeza não existiria se o indivíduo que pede justiça não soubesse exatamente quais são os atos que deve realizar para obtê-la, quais são as vias que deve recorrer para chegar ao juiz, para se fazer escutar por ele e para obter em concreto aquela garantia jurisdicional que a norma em abstrato promete (CALAMANDREI, 1999, p. 257)<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Ainda na doutrina italiana, também Chiovenda ressaltou ser o sistema da legalidade das formas o melhor a atender as finalidades do processo (2002, vol. III, p. 7).

Por isso que na maior parte dos sistemas jurisdicionais prevalece o da legalidade das formas, como o que mais garantias oferece aos litigantes. Certamente, a extensão dos poderes do juiz no tocante à forma é um meio poderoso de simplificação processual, mas não é possível quando os cidadãos não têm ampla confiança no seu sistema jurisdicional e nos próprios representantes desse, ou seja, nos juízes.

Também Ovídio A. Batista da Silva ensina que dentro do sistema da liberdade das formas, não só as partes, mas também o juiz pode decidir sobre as regras procedimentais a ser aplicadas ao processo. Porém, diferentemente de Fernando da Fonseca Gajardoni, o autor defende também a existência de um terceiro sistema, que chama "disciplina judicial das formas".

Segundo Ovídio A. Batista da Silva, existe "nesse campo, dois caminhos opostos, quais sejam, o da liberdade total e o da irrestrita vinculação dos atos a formas taxativamente prescritas na lei" (1983, p.220) mas ressalta que

um terceiro sistema também já foi vislumbrado, denominado por Calamandrei 'disciplina judicial das formas' (que não é adotado por ele), segundo o qual ficariam estas, caso a caso, sujeitas a regras especialmente fixadas pelo juiz da causa. Os inconvenientes desnecessitam ser alinhados, bastando aduzir-se que imperaria a incerteza e a insegurança, a par de dificultar o trabalho dos juízes, contribuindo, ao menos em nosso meio, para a perenização dos processos. O sistema preferível, disse-o Lopes da Costa, é o da legalidade das formas, com os temperamentos possíveis (1983, p. 220).

Assim, percebe-se que a divisão proposta por Ovídio A. Batista da Silva difere da divisão feita por Vicente Greco Filho, na medida em que o primeiro autor entende que no sistema da liberdade das formas tanto as partes quanto o próprio juiz tem poderes para definir as regras relativas ao procedimento a ser adotado no processo, enquanto que o segundo autor entende que só as partes teriam esse poder nesse sistema (deixando de analisar, em contra-partida, essa forma de regulação procedimental em que o juiz decide, caso a caso, as regras que serão aplicadas).

E explicando esse chamado 'sistema judicial das formas processuais' Ovídio A. Batista da Silva diz que o sistema da legalidade apresenta um risco de tornar-se rígido, gerando aquilo que costumamos chamar de formalismo. E para obviar esse inconveniente foi que surgiu a idéia de conceder ao juiz certos

poderes de direção da atividade processual, entre os quais o de decidir, em cada caso concreto, quanto à adequação das formas, tendo em vista seu caráter instrumental em relação ao escopo objetivo do ato (1983, p. 249).

Também José Garcia Medina e Teresa Wambier ensinam que "um sistema rígido, temperado por modelos flexíveis de procedimentos, mostra-se, como regra, suficiente para abarcar parte expressiva das controvérsias submetidas ao processo" (2009, p.54).

Ressaltando a importância da imposição legal a respeito das formas procedimentais, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco já ressaltaram que "a falta absoluta de exigências legais quanto às formas procedimentais levaria à desordem, à confusão, à incerteza" (2009, p.345). E que

na medida do necessário para estabelecer no processo um clima de segurança para as partes, a regulamentação legal representa a garantia destas em suas relações recíprocas e com o juiz; por isso, as formas procedimentais essenciais devem ser certas e determinadas, a fim de assegurar que o resultado do processo espelhe na medida do possível a realidade histórica e axiológica (sistema da legalidade) (2009, p.345).

Segundo Piero Calamandrei, "a regulação das formas processuais serve precisamente para isto: as regras do procedimento são, em substância, uma espécie de metodologia fixada pela lei para servir de guia a quem queira pedir justiça" (1999, p. 257).

Por outro lado, as formas não devem sufocar a naturalidade e rapidez do processo. Trata-se de um problema técnico-político: a aversão às formas é motivada, em geral, pelo excesso de formalismo, mas não é aconselhável evitar esse inconveniente abolindo por completo as exigências formais ou deixando ao juiz a tarefa de determinar as formas, pois essa solução abriria caminho ao arbítrio (2009, p.346).

E ressaltam os três autores retro citados que "a disciplina legislativa das formas do procedimento é a melhor solução, acatada aliás no direito moderno; e o bom resultado do processo depende em grande parte da maneira pela qual o legislador cumpre sua tarefa" (2009, p.346).

É patente que no Processo Civil brasileiro, em que pese termos tido a promessa da liberdade das formas nos Códigos, tal promessa não ocorreu na

prática, já que foram tão minuciosos quanto a forma dos atos processuais (aliás, segundo tradicionais modelos europeus) que com segurança se pode afirmar ser o princípio da legalidade formal o que realmente prepondera.

Para Candido Rangel Dinamarco, cada ato do procedimento há de ser conforme a lei, não em razão de estar descrito na lei nem na medida do rigor das exigências legais, mas na medida da necessidade de cumprir certas funções do processo e porque existem as funções a cumprir (2003, p. 157).

E assim é que o procedimento, mais estratificado na legalidade ou menos, sempre constitui o plano para o exercício da jurisdição e também para o da ação e da defesa pelas partes. A sua observância racional legitima o resultado do exercício do poder (2003, p.157).

Também o autor Alois Troller, ressaltando a importância da legalidade e rigidez das formas disse em obra dedicada ao tema que

o princípio da rigidez das formas sempre permaneceu como a espinha dorsal do processo. O processo deve ser rigorosamente regulado enquanto vigilante de fronteiras entre esferas jurídicas privadas desconhecidas (ou pelo menos duvidosas), em relação às quais desempenha a sua tarefa de regulação (2009, p.17).

De todo o exposto, conclui-se que o sistema da legalidade das formas é o melhor a alcançar resultados mais satisfatórios, na medida em que é conveniente a previsão de um procedimento uniforme para os casos em que problemas similares se reproduzem, a fim de assegurar a todos aqueles que se encontrem em uma mesma situação de direito material, uma mesma solução procedimental também.

E certamente essa certeza não existiria se o indivíduo que busca a tutela jurisdicional não soubesse de antemão quais são os atos que deve realizar para obtê-la, ou seja, qual o 'caminho' ou as vias que deve percorrer para chegar até a sentença de mérito a seu favor.

## 4 FORMALISMO PROCESSUAL

### 4.1 HISTÓRICO

E ponto comum entre os estudiosos nacionais e estrangeiros que nas sociedades primitivas o processo era sinónimo de forma, com predominância do simbolismo sobre a substância ou o conteúdo dos litígios.

Tanto no Direito Romano antigo, no período das *legis actiones*, como no Direito Germânico mais remoto, a forma reinava absoluta. Mas essa relevância tinha uma razão de ser. Importava, antes de tudo, na eliminação do litígio. A substância, representada pelo interesse individual em conflito, pouco ou nada significava. Importante era tão somente o restabelecimento da harmonia social (BEDAQUE, 2007, p. 94).

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira fez minucioso estudo sobre as etapas da evolução do formalismo processual. Vejamos:

A nosso parecer, porém, conquanto inegáveis os naturais e inevitáveis retrocessos, marchas e contramarchas, o fio histórico da questão aponta a um ciclo ascendente, helicoidal, de evolução, passando pelas seguintes fases: a) formalismo de caráter simbólico e religioso; b) informalismo decorrente de insuficiência técnica e de falta de consciência da sociedade civil em face do poder; c) formalismo exagerado baseados em fatores objetivos, tal como a corrupção dos juizes, e nos valores culturais repressivos da idade Média; d) progressiva humanização do processo, lenta aproximação do juiz à realização da prova e ao contato direto com as partes, com gradual aumento de seus poderes; e) derrocada do formalismo excessivo, aumento dos poderes do juiz, sem esquecer os das partes, em busca de permanente diálogo e colaboração, eliminação do primado da forma, maior atenção aos fins sociais e políticos do processo (2003, p. 12).

Também José Roberto dos Santos Bedaque já discorreu sobre o tema, pregando, tal como Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ser possível identificar, no estudo da evolução histórica da forma no processo, um primeiro período em que o formalismo tinha caráter estritamente simbólico e religioso. Dele fazem parte o sistema das *legis actiones*, a Lusitânia e o processo primitivo germânico da Alta Idade Média (2007, p.95).

Nesse estágio da civilização, a rígida aderência ao aspecto formal do direito e do processo servia a um duplo propósito: primeiramente, constituir meio efetivo de colocar freios às paixões dos litigantes, prevenindo sua conduta tumultuada e muitas vezes desnecessária; num segundo plano, também controlar a tendência que havia na época, de exercer a chamada 'justiça natural', que desfavorecia o desenvolvimento do direito como um todo (OLIVEIRA, 2003, p. 13).

Com o correr do tempo produziu-se uma evolução decisiva na deformalização da rigorosa concepção do direito quiritário, até porque as rígidas formalidades com as quais o procedimento se revestia anteriormente, cheias de significado para os primeiros estágios de seu desenvolvimento, degeneraram muitas vezes em sofismas vazios e passaram a ser matéria de ridicularia (OLIVEIRA, 2003, p. 18).

Passou-se, então, em total contradição, para o processo formulário, em que predominava a inexistência da forma e não era regulada de modo específico a atividade do *iudex*, que podia até mesmo deixar de julgar por falta de convencimento.

Essa transformação do procedimento da *legis actio* no processo formulário começou por volta de 200 a.C. e gradualmente progrediu durante os anos seguintes, tendo adquirido com Augustus pleno desenvolvimento. Assim, as poucas *legis actiones* prestantes à realização das diversas pretensões, deram lugar a uma pluralidade de fórmulas, não rigidamente sujeitas à lei, das quais algumas nem mesmo faziam referência a uma regra legal. Aos rígidos esquemas da *legis actiones* seguiu-se o proceder bem mais flexível do processo formulário (OLIVEIRA, 2003, p. 18-19).

Já ao discorrer sobre o processo da *cognitio*, que seria a próxima fase de evolução, após o processo formulário, tal como José Roberto dos Santos Bedaque, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira narra que "progressivamente o aumento da autoridade estatal determina a queda da influência da fórmula no processo" (2003, p. 21).

Na realidade, é fato notório na história do formalismo processual que à medida que cresceu e se intensificou o poder e o arbítrio do juiz, enfraqueceu-se também o formalismo, correlativo elemento de contenção.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, só etapas posteriores de evolução, de exercício mais maduro da cidadania, de conscientização interna para o

uso mais adequado do poder e da conquista de uma relativa independência do Poder Judiciário, poderão mudar essa escala entre um e outro fator, quase constante em épocas mais atrasadas (2003, p. 21).

Já no processo romano pós-clássico (ou romano-canônico ou ainda, italiano-medieval) recorreu-se novamente às formalidades, culminando, nos anos 400 e 500 d.C, com os primeiros modelos de prova legal, que serviram de exemplo para o processo medieval. Houve, segundo a melhor doutrina, uma tentativa de aperfeiçoamento do processo romano-canônico, mediante harmonização entre o formalismo excessivo do Direito Romano antigo e a liberdade exagerada do procedimento bárbaro. Reduziu-se o poder do juiz, a jurisdição assumiu caráter privado, mas retornou-se ao formalismo exagerado, que acabou influenciando o processo comum alemão e o luso-brasileiro (BEDAQUE, 2007, p. 96).

E esse retorno às formalidades, advindo com o processo romano-canônico, ocorreu possivelmente em razão das próprias mudanças sociais da época, já que houve aumento da civilização e da riqueza, desenvolvimento dos negócios e as próprias relações sociais, fazendo crescer a necessidade de ordenamentos jurídicos que consagassem processos mais lentos, em prol da melhor garantia dos direitos do cidadão.

A desconfiança que surgiu em relação ao Poder Judiciário acabou conduzindo, assim, à criação de normas processuais muito mais rígidas do que as conhecidas nos tempos atuais. A imposição da utilização da forma escrita aos atos processuais, consubstanciando o que chamavam de "princípio da escritura", obrigava a autoridade judicial a julgar somente com base nos escritos constantes dos autos e destinava também a proteger as partes contra *falsam assertionem iniqui iudicis*, ou seja, resguardando-as da iniquidade e falsidade do juiz (OLIVEIRA, 2003, p. 25).

Já em época mais recente, em razão do surgimento e afirmação de novas necessidades sociais, modificaram-se os costumes e por isso passaram a surgir novas aspirações no sentido de um processo menos formalista e mais flexível.

Cita-se como marcos históricos destas mudanças a Clementina Sepe (emitida pelo Papa Clemente V em 1306) e mais recentemente, a reforma do Poder Judiciário na Prússia e a Revolução e adoção do processo liberal, que acabaram repercutindo no Brasil, especialmente com a edição do Regulamento 737, de 25.11.1850.



O primeiro deles "cuida-se, na realidade, de sistema procedimental totalmente novo, diferido essencialmente do *solenis ordo judiciorum* em diversos aspectos fundamentais" (OLIVEIRA, 2003, p. 34). Outorgou-se, com esse documento, o poder ao juiz de investigar a verdade material de ofício, bem como encerrar a consideração dos elementos da causa em uma ou poucas audiências e julgar o caso tão logo lhe parecesse maduro. Ainda, desobrigou-se o autor de formular por escrito sua inconformidade, facultada manifestação oral (OLIVEIRA, 2003, p.35).

Já a reforma prussiana, ocorrida em época ainda mais recente da história, trouxe consigo maior liberdade ao magistrado, que podia agir de ofício a fim de averiguar a realidade fática ocorrida entre as partes do processo, já que Frederico, o Grande, tinha verdadeira obsessão por restringir os poderes dos advogados na causa.

Porém, contraditoriamente, embora o lema principal da reforma prussiana tenha sido "colocar o juiz em situação de procurar a própria verdade", na realidade viu-se que o juiz prussiano não podia conduzir livremente a prova e, tal como no direito comum, estava fortemente atrelado a regras rígidas de lei na apreciação do material fático da causa (OLIVEIRA, 2003, p. 38).

E foi por isso que os Decretos de 1833 e 1846 da Prússia trouxeram de volta o processo ao direito comum (em que pese serem alterações legais insignificantes), já que, "acima da tutela estatal, condizente com o absolutismo esclarecido de Frederico, o Grande, prevaleceu a idéia liberal da livre condução da personalidade" (OLIVEIRA, 2003, p. 39).

Sobre o processo liberal, resumidamente (até porque não é o objeto do presente estudo) é importante frisar que ele trouxe consigo as primeiras características de publicidade e oralidade do procedimento, bem como a meta de impor igualdade no acesso dos cidadãos ao Tribunal.

O anti-formalismo dessa fase chegou ao seu auge com o Decreto nº 3 de "Brumário", do ano II da Revolução (1793), onde houve tamanha simplificação das formas processuais, que chegou-se a extinguir a figura do advogado e a regulação de todo o processo em apenas dezessete artigos. Porém, como era de se imaginar, tal experiência não perdurou muito e em 1800, com a lei nº 27 de

"ventoso", voltou-se a admitir a figura dos advogados, embora restringido seu número em cada Corte (OLIVEIRA, 2003, p. 40).

Durante essa fase histórica, todo o processo estava circunscrito apenas às exigências de defesa dos direitos dos litigantes, ou seja, havia passividade e neutralidade do juiz, o que, por conseqüência, dava azo à lentidão e ao abuso (e a única alternativa que se tinha na época para a melhora e agilidade da prestação jurisdicional era a tentativa de abandono das formas supérfluas).

E dentro desse contexto histórico do liberalismo é que surgiu no Brasil o Regulamento nº737, de 1850, editado para o processamento de causas comerciais e que trouxe consigo evidente simplificação das formas em sentido estrito, bem como tentativa de concentração do procedimento, dentre outras benéficas mudanças para o ordenamento brasileiro.

Como se constata, em que pesem opiniões algumas vezes exageradas, a favor e contra o referido Regulamento, a análise de seus dispositivos demonstra ter representado efetivo progresso em relação ao direito das Ordenações.

Pode-se inserir, assim, esse Regulamento como autêntico ponto de passagem para o formalismo moderno, nada obstante permaneça ainda imbuído da concepção do processo como coisa privada das partes, usual no processo europeu-continental da época (OLIVEIRA, 2003, p. 46).

E, sobre a fase subsequente da evolução do formalismo processual (que seria o "formalismo moderno"), em poucas palavras deve-se dizer que verificou-se uma maior atenção à importância pública do processo e daí, conseqüentemente, começou a surgir uma renovação do método científico, entrelaçada à idéia da soberania estatal.

O processo passou, então, a não ficar à disposição das partes, ou seja, o juiz deixou de ter figura de mero expectador e assumiu posição de maior relevância, já que tornou-se assente a natureza pública do processo (propagadora desse pensamento foi a relevante teoria da relação processual de Oskar Von Bulow).

Dentro desse contexto histórico do formalismo moderno, é de extrema importância discorrer, ainda que brevemente, sobre a chamada "Revolução de Klein" iniciada em 1895, que trouxe modificações ao ordenamento austríaco, mas que acabou influenciando, posteriormente, ordenamentos de vários países do mundo e dentre esses, o do Brasil.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Franz Klein causou uma "autêntica revolução copérnica", pois centralizou suas idéias na coletividade, tendo

uma concepção do processo civil como "uma instituição para o bem-estar social, dotada inclusive de efeitos pedagógicos" (2003, p. 50).

Como características da chamada "Revolução de Klein", cita-se a adesão à oralidade, a limitação dos recursos às sentenças definitivas, apreciação livre das provas pelo juiz e a possibilidade de modificação do pedido depois da citação (independente do consentimento do demandado) (OLIVEIRA, 2003, p. 50). Além disso, também a maior concentração dos atos em audiência, como consequência dos ideais de oralidade, imediação e cooperação (que operavam um vínculo indissociável entre o juiz e a prova, também como forma de aproximação entre magistrados e partes).

Segundo o próprio Franz Klein,

o processo só será racional e conforme à moderna concepção estatal, se a tutela jurídica verificar-se não só com a sentença, mas desde o primeiro passo do procedimento, com outorga de efetiva assistência estatal. Tal não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas deixar livre a força vinculante do juiz e colocá-la, como os restantes órgãos estatais, a serviço do direito, do bem comum e da paz social. Pois de tudo isso nos protegem as formas e formalidades do processo" (apud OLIVEIRA, 2003, p. 51).

Percebe-se assim, que Franz Klein pretendeu dar ao juiz maior controle sobre o processo, outorgando-lhe poderes reais de investigação dos fatos da causa, ou seja, o Código Austríaco pretendeu estimulá-lo a buscar a verdade, atuando ativamente.

Muito embora seja comum o anúncio como novidade, no particular, a pregação de maior ativismo do magistrado na tarefa probatória no Brasil encontrou fixação já no Código de Processo Civil de 1939 e a atividade do magistrado na produção probatória é premissa consolidada na cultura jurídica brasileira desde então<sup>10</sup>.

Porém, apesar do direito processual ter caminhado no sentido pregado por Klein, ou seja, ao reconhecimento do caráter público da instrução, atribuindo maior poder ao magistrado, os deveres das partes (no que tange à instrução processual) não se afastaram dos ideários liberais do processo

---

<sup>10</sup> Nesse sentido relembre-se da redação do art. 117 do CPC de 1939: "A requerimento ou ex-offício, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios". No atual Código, houve a inserção do art. 130, com conteúdo semelhante.

individualista, já que predominante o interesse privado, denotando evidente incoerência.

A preocupação de Klein centrava-se na idéia de criar um processo civil no qual a parte menos hábil, menos culta, menos dotada de recursos (ou seja, sem possibilidade de pagar um defensor eficiente e capaz) viesse a se encontrar em pé de igualdade material e não apenas formal em relação ao adversário. Daí o fortalecimento dos poderes do órgão judicial, a ponto de impor a este não apenas a faculdade, mas o dever de advertir os litigantes a respeito das irregularidades e lacunas de seus pedidos e alegações, no exercício de uma verdadeira função supletiva e auxiliar.

O juiz ultrapassa, assim, a posição de mero árbitro fiscalizador da observância das "regras do jogo", para alcançar *status* de ativo participante, com vistas a evitar a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante. Por isso Klein reputa o processo civil uma *Wohlfahrtsenrichtung*, ou seja, um instituto destinado a promover o bem estar coletivo, considerando-o principalmente como fenômeno social de massa (OLIVEIRA, 2010, p.52).

Porém, seguindo a mesma linha que se defende nesse trabalho, Carlos Alberto Álvaro ressalta que essa visão social do processo impõe advertir, em primeiro lugar, que o aumento dos poderes do juiz não deve significar necessariamente, completa indeterminação desses poderes. De modo algum a pretendida restauração da autoridade do Poder Estatal no processo haverá de implicar renúncia a se normatizar o seu desenvolvimento. Tal solução transferiria ao órgão judicial o poder de criar a seu bel-prazer, caso por caso, a regra processual mais apropriada para o desenvolvimento do procedimento, conduzindo a totalindeterminação e imprevisibilidade. Incrementar-se-ia, assim, de forma totalmente desnecessária, o arbítrio do Poder Estatal dentro do processo. Não obstante a função social do processo, o excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial das partes e violação do princípio da certeza jurídica, sem falar do eventual menosprezo ao nexos entre o direito material e o processual (OLIVEIRA, 2010, p.53).

Daí poder concluir que, em que pese a visível influência da chamada "Revolução de Klein" no ordenamento jurídico brasileiro, ao fazer inserir a

preocupação e atenção aos princípios da oralidade, cooperação e imediação (que desembocaram em diversas criações e alterações na legislação processual desde então), continua a vigorar os valores da legalidade e do formalismo<sup>11</sup>, sem os quais não se poderia obter, igualmente, uma tutela jurisdicional eficaz e justa.

#### 4.2 IMPORTÂNCIA

Desde Charles de Montesquieu já se ouve referência de que "as formalidades da justiça são necessárias a liberdade" (GAJARDONI, p. 97), pois, sem elas, não há como se controlar a atividade jurisdicional, evitando o arbítrio. E foi justamente por isso que o legislador pátrio, com o intuito de dar ordem e segurança às atividades processuais, bem como salvaguardar os direitos dos cidadãos, alçou algumas exigências técnicas à regras legais e subordinou a eficácia dos atos processuais à observância dos requisitos de forma.

Tal como já observado por Giuseppe Chiovenda,

entre os leigos abundam censuras às formas judiciais sob a alegação de que as formas ensejam longas e inúteis querelas, e frequentemente a inobservância de uma forma pode acarretar a perda do direito; e ambicionam-se sistemas processuais simples e destituídos de formalidades. A experiência, todavia, tem demonstrado que as formas são necessárias no processo, tanto ou mais que em qualquer relação jurídica; sua ausência carrega a desordem, a confusão e a incerteza (2002, vol. III, p. 6).

E fazendo interessante crítica ao assunto, ponderou Giuseppe Chiovenda que infelizmente é difícil conseguir-se um sistema de formas lógico, isto é, correspondente às condições do tempo em que se vive. Muitas formas são o reflexo das condições sociais e políticas da época; muitas, porém, constituem resquício de sistemas antigos, que se transmitem por um apego, por vezes justificável, por vezes desarrazoado, à tradição, e pelo espírito conservador que domina a casta forense, como toda classe que se educa numa longa preparação técnica (2002, vol. III, p.6).

---

<sup>11</sup> Formalismo, porém, "valorativo", nomenclatura utilizada pelo próprio Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, conforme se verá nos itens subseqüentes.

E concluiu o referido autor:

A isto acresce o prejuízo oriundo da aplicação que se faz das formas, não raro com espírito litigioso e vexatório, ou ainda mais por espírito caviloso e formalístico, alimentado pela medíocre elevação e cultura das pessoas chamadas a utilizá-las. Eis aí porque a história das leis e dos costumes forenses nos oferece eterno contraste entre o sentimento da necessidade das formas e a urgência de que a justiça intrínseca, a verdade dos fatos no processo não venha a sacrificar-se a elas; entre a necessidade de presteza nas lides e a de uma cognição e de uma defesa completas (2002, vol. III, p.7)

Seguindo a mesma linha, Enrico Tulio Liebman nos ensinou que "as formas processuais correspondem a uma necessidade de ordem, certeza e eficiência e a sua escrupulosa observância representa uma garantia de andamento regular e leal do processo e de respeito aos direitos das partes" (2003, p. 195).

Porém ressaltou, tal como também a maior parte da doutrina nacional e estrangeira, que "deve-se evitar, tanto quanto possível, que as formas sejam um empecilho e um obstáculo ao pleno bom sucesso do escopo processual; deve-se impedir que a cega observância da forma sufoque a substância do direito" (2003, p. 195).

Ainda dentro da doutrina italiana, também Piero Calamandrei já frisou que as formas processuais, ao impor uma certa ordem e um certo modo de expressão às deduções das partes e ao proibir ao juiz que leve em conta as defesas apresentadas em formas distintas, asseguram o respeito ao contraditório e a igualdade das partes (1999, p. 257).

Segundo o autor, as formas não servem para fazer mais complicado e menos compreensível o desenvolvimento do processo, senão, pelo contrário, para fazê-lo mais simples e mais rápido, enquanto obrigam às partes a reduzirem suas atividades ao mínimo essencial e se servir de modos de expressão tecnicamente apropriados para se fazer entender com clareza pelo juiz (1999, p. 257).

E conclui dizendo que "ao invés de serem um obstáculo para a justiça, são, na realidade, uma preciosa garantia dos direitos e das liberdades individuais" (1999, p. 257).

E como já mencionado alhures, não há dúvida de que dentre os doutrinadores pátrios, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira foi um dos que dedicou grande parte de seus estudos ao tema, escrevendo inclusive obra onde ressaltou a importância da forma para "emprestar previsibilidade ao procedimento e disciplinar o

poder do juiz, atuando como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado" (2006, p.6-7).

Segundo esse autor, a forma investe-se da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento (2006, p. 8).

Assim, o formalismo serviria de controle dos eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si. Sem as regras formais, o processo seria desordenado e daria azo ao arbítrio, à parcialidade, à chicana e à prevalência da esperteza sobre o direito.

Bem por isso, acentua Candido Rangel Dinamarco que ao "reduzir as opções de comportamento de cada um dos sujeitos do processo, o direito evita a situação de extrema complexidade que geraria incertezas e faria perigar a própria integridade dos direitos e obrigações da ordem substancial e a fidelidade do processo aos seus objetivos" (2003, p. 220)<sup>12</sup>.

Falando sobre o assunto, em obra dedicada exclusivamente ao tema, Luiz Cesar Medeiros salientou que

o fenômeno desencadeado pelo formalismo processual sob o prisma teleológico comporta dois enfoques: no plano normativo, cuida do equilíbrio de poderes entre as partes, primando pela efetividade do princípio do contraditório. No plano do fato, ou seja, da realidade decorrente do desenvolvimento do procedimento, impõe o exercício de poderes pela parte, de modo que sempre fique garantido o mesmo direito à outra (2006, p. 33).

Porém, mais do que ordenar a atividade das partes no processo, o formalismo também disciplina o poder do juiz e, nessa perspectiva, atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,

---

<sup>12</sup> E ao fazer tal reflexão, refere-se Dinamarco ao autor alemão Niklas Luhmann, cuja teoria será estudada no item número "4.6" desse capítulo.

não obstante a função social do processo, o excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial das partes e violação da certeza jurídica, sem falar do eventual menosprezo ao nexos entre o direito material e o processual (2003, p.138).

É por isso que boa parte da doutrina nacional não aceita que a realização do procedimento possa ser deixada ao arbítrio do magistrado, de acordo com as supostas necessidades de cada caso concreto, pois entendem que tal situação pode acarretar o desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes e também, ainda, a desigualdade entre as próprias partes, entendimento com o qual se compartilha.

Além disso, defendem que tal situação poderia até fazer periclitara a igualitária realização do direito material, na medida em que a discricionariedade do órgão judicial, quanto ao procedimento adotado e a forma do exercício da atividade jurisdicional, pode implicar o risco de conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito.

Não é outro o motivo pelo qual Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>13</sup> ressalta ser o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz) e a segurança decorre do seu poder disciplinador (2006, p. 10).

Diz o referido autor que

a efetividade e a segurança apresentam-se como valores essenciais para a conformação do processo em tal ou qual direção, com vistas a satisfazer determinadas finalidades, servindo também para orientar o juiz na aplicação das regras e princípios. Interessante é que ambos se encontram em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança e vice-versa (2006, p. 13).

E ressalta, como, aliás, boa parte da doutrina nacional, que a segurança liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida como

---

<sup>13</sup> A corrente expressão "formalismo-valorativo", utilizada pelo autor, exterioriza exatamente seu pensamento, defensor da forma útil, ou seja, a forma que tem razão de ser e assegura os valores de nosso ordenamento, e não "a forma pela forma", desprovida de conteúdo e objetivo - entendimento esse com o qual se concorda em plenitude.



princípio fundamental da Constituição da República (art.1º caput), de modo a garantir o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade (2006, p. 13-14).

Assim, resumindo-se as assertivas anteriores, pode-se citar como funções do formalismo processual: a) indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo; b) circunscrever o material processual que poderá ser formado; c) estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo; d) emprestar previsibilidade ao procedimento; e) disciplinar os poderes do juiz; f) controlar os eventuais excessos de uma parte em face da outra; g) formar e valorizar o material fático de importância para a decisão da causa.

José Roberto dos Santos Bedaque também entende que "a forma, como fator de legalidade do processo, não se refere apenas ao ato processual individualmente examinado, mas ao próprio procedimento" e que "visto sob esse ângulo, a não observância do procedimento previamente estabelecido em lei constitucional e infraconstitucional (devido processo constitucional e devido processo legal) pode também gerar nulidade processual" (2007, p.110).

Aliás, o referido autor já em 1990 defendia tal entendimento, dizendo que "a existência de um modelo legal de procedimento a ser seguido constitui garantia para as partes, pois não se pode admitir que o Estado realize a atividade jurisdicional arbitrariamente" e que "o procedimento deve ser atendido, portanto, sob pena de nulidade dos atos por violação do devido processo legal" (1990, p.58).

E ressaltou que a observância da técnica é fundamental ao correto desenvolvimento do processo, por representar garantia de ordem, segurança e participação dos sujeitos na formação da tutela jurisdicional. Reconhece, assim, a importância da tipicidade do procedimento, pois os modelos abstratos previstos pelo legislador tem fundamento em regras de experiência que não podem ser desprezadas (2007, p. 104).

Também Ovídio A. Batista da Silva , citando Giuseppe Chiovenda em passagem de sua obra "Teoria Geral do Processo", já ressaltou a importância da forma dizendo que

notam-se, em nossos dias, tendências doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de exaltar a inutilidade das formas. Com efeito, deixar de considerar o caráter eminentemente instrumental das formas e erigi-las ao status de fim, implicaria renegar a própria natureza do processo, com prejuízo do direito e da justiça. Não obstante, e aqui é de aplicar-se por inteiro a lição de Chiovenda "a experiência tem demonstrado que as formas são necessárias, e ainda muito mais em juízo do que em qualquer outra relação social; sua ausência conduziria à desordem, à confusão e à incerteza" (CHIOVENDA, *Princípios de derecho procesual civil*, t. 2, p. 114) (2002, p. 219).

Na mesma obra citada, Ovídio A. Batista da Silva diz ainda que "no que concerne ao processo, a tipicidade existe para garantir a realização dos fins da justiça do Estado, com segurança para as partes e para o próprio Estado" (2002, p.220).

Fernando da Fonseca Gajardoni, anteriormente citado, ressalta a importância da tipicidade (como consequência do princípio da legalidade), argumentando que os atos processuais que compõem o rito processual, de acordo com a maior parte da doutrina, devem estar previstos expressamente em lei, pois a previsibilidade e a anterioridade do procedimento é que conferem à decisão judicial os penhores de legalidade e legitimidade, sendo dele requisitos inafastáveis. Cita o referido autor, ainda, como defensores desse ponto-de-vista, também os autores Candido Rangel Dinamarco, Flávio Yarshell e Fredie Didier Junior (2007, p.99).

#### 4.3 DIFERENCIAÇÃO COM O FORMALISMO EXCESSIVO

De tudo que foi dito anteriormente, não há como negar a relevância do formalismo no processo. Porém, paralelamente a isso, é de grande importância ressaltar que o formalismo, caso seja excessivo, ao contrário, passa a macular os fins do processo e obstruir a efetividade da tutela jurisdicional, malefícios que tem sido, segundo a melhor doutrina nacional e estrangeira, combatidos com veemência.

Daí que, tanto o excesso de formalismo quanto o informalismo desmedido, em contraposição, acabam destoando dos princípios teleológicos que determinam a imposição das formas e resultam no risco do distanciamento do componente ético afeto ao processo.

Sobre a manutenção da "forma pela forma", vazia de conteúdo, Piero Calamandrei ressaltou que "a história das instituições judiciais demonstra que as formas adotadas originariamente para alcançar certos fins tendem a degeneração" o que equivale a "permanecer cristalizadas na prática mesmo depois de terminada sua justificação histórica, como fim em si mesmas" (1999, p. 257).

Segundo esse autor, as vezes o valor puramente instrumental das formas que deveria servir para facilitar a justiça, degenera em formalismo excessivo e as mesmas se convertem em objeto de um culto cego como fórmulas rituais que tem por si mesmas um valor sacramental (1999, p. 257).

Infelizmente é difícil conseguir-se um sistema de formas lógico, isto é, correspondente às condições do tempo em que se vive. Isso porque muitas formas são o reflexo das condições sociais e políticas da época; muitas, porém, constituem resquício de sistemas antigos, que se transmitem por um apego, por vezes injustificável, por vezes desarrazoado, à tradição, e pelo espírito conservador que domina a casta forense, como toda classe que se educa numa longa preparação técnica (CHIOVENDA, 2002, p. 6).

Segundo Giuseppe Chiovenda, soma-se a isso "o prejuízo oriundo da aplicação que se faz das formas, não raro com espírito litigioso e vexatório, ou ainda mais por espírito caviloso e formalístico, alimentado pela medíocre elevação e cultura das pessoas chamadas a utilizá-las" (2002, p. 6).

Também Enrico Tulio Liebman, em que pese ressaltar a importância da rigidez procedimental (conforme já inclusive transcrito alhures), fez ressalva no seguinte sentido:

o formalismo é necessário ao processo, muito mais que nas outras atividades jurídicas. Não obstante, deve ser evitado, tanto quanto possível, que as formas, ao invés de se constituírem em instrumento de garantia, sejam utilizadas ou transformadas em obstáculo à plena consecução da finalidade maior do processo. Noutros termos, é necessário impedir que a exacerbação da forma aniquile a substância do direito reclamado (2003, p. 225).

Na literatura nacional, José Roberto dos Santos Bedaque disse que a maior colaboração do processualista para eliminar ou pelo menos abrandar o problema é buscar fórmulas destinadas a simplificar o processo, eliminando os óbices que a técnica possa apresentar ao normal desenvolvimento da relação processual (2007, p. 25).

Segundo o autor, o processualista deve fazê-lo com extremo cuidado, para não comprometer alguns valores essenciais à segurança proporcionada pelo processo. E complementa: "a forma na medida certa é fator de garantia. A ausência dela enseja abusos, normalmente por parte dos mais fortes. O formalismo exagerado, todavia, é sinônimo de burocracia, escudo utilizado pelos covardes e preguiçosos para esconder-se" (2007, p 25).

E ainda na mesma obra, traçando a diferenciação entre o formalismo e o formalismo excessivo, disse que não deve o processo ser escravo da forma e que essa tem sua importância dimensionada pelos objetivos que a determinam. Segundo o autor, a estrita obediência da técnica elaborada pelo legislador processual e das regras formais do processo é importante para garantir a igualdade de tratamento aos sujeitos, assegurando-lhes liberdade de intervir sempre que necessário. Mas o apego exagerado ao formalismo acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático e o juiz num burocrata incumbido de conduzi-lo (BEDAQUE, 2007, p. 45).

Remetendo-se às explanações feitas no item anterior desse trabalho, pode-se chegar à conclusão de que no Direito antigo (Romano ou Germânico) a forma substituíu a justiça e esse último era um valor destituído de qualquer relevância. Por isso processo e forma eram considerados sinônimos, não influenciando na construção desses conceitos qualquer consideração axiológica voltada à justiça do resultado.

Porém é incontestável que houve uma modificação no conceito do formalismo judicial, ligada a fatores diversos, tais como o desenvolvimento das sociedades, crescimento do número e aumento da complexidade das relações comerciais e sociais e das próprias lides.

Assim, o processo passou a ser incompatível com aquela antiga visão excessivamente formal, assumindo também importância o direito substancial e daí ser corrente o entendimento de que o culto indiscriminado à forma favorece aquele que pretende valer-se do processo para obter resultados que o direito material não lhe concede. Todavia, paralelamente a isso, é certo que o desprezo à técnica gera insegurança jurídica às partes e eterniza os processos.

Pior do que a complexidade causada pelo formalismo é a incerteza e a insegurança decorrentes da imperfeita ou obscura formulação de regras formais,

bem como a completa ausência de sanção pela não-observância da forma (BEDAQUE, 2007, p.101).

É preciso, pois, harmonizar esses interesses conflitantes. Não abandonar o formalismo processual, porque útil à obtenção de determinados objetivos. Mas não o transformar no fim último do processo, pois, se o fizermos, estaremos encobrindo a injustiça com uma capa de legalidade. Acesso a ordem jurídica justa é o que o formalismo processual pretende garantir. Só isso, nada mais (BEDAQUE, 2007, p. 102).

É por isso que dentre tantas razões apontadas para a ineficiência do Poder Judiciário em corresponder às expectativas da sociedade, tem merecido destaque o excessivo formalismo na solução jurisdicional dos conflitos sociais. Os órgãos jurisdicionais estão assoberbados pela quantidade e complexidade técnico-formal das normas jurídicas, dificultando a interpretação e, muitas vezes, obstando a própria solução dos casos concretos.

Segundo Luiz Cesar Medeiros, o exagerado legalismo praticado por muitos juízes consiste no apego quase fanático a pormenores das formalidades legais, mesmo quando isso é evidentemente inoportuno, injusto ou acarreta graves conflitos sociais. Mas o que prevalece amplamente, inclusive entre as autoridades públicas, é pouco apreço à legalidade, o que se verifica também em certas atitudes dos Tribunais Superiores, que freqüentemente demonstram excessiva condescendência com inconstitucionalidades e ilegalidades praticadas por chefes do Executivo (2010, p.6).

E ressaltou ainda que

o apego exagerado ao formalismo faz com que alguns juízes acabem por favorecer a impunidade, desviando o Direito de seu curso natural. Acredita-se que esse seja um vício de formação jurídica ligado à aparente lógica do positivismo. Não se percebe que esse apego às formalidades impede ou chega muitas vezes a dificultar a observância dos verdadeiros direitos em jogo no processo judicial. A forma, instrumento criado para assegurar a igualdade e a segurança das partes no processo, quando supervalorizada ou mal utilizada, acaba sendo o veículo para a chicana e para a sacralização de interesses espúrios (2010, p. 06).

Também Humberto Theodoro Júnior, após enfatizar que a causa mais comum da lentidão processual é o apego injustificado ao formalismo exagerado, invoca em reforço à sua afirmação o exemplo da Suíça, onde há notável

reação doutrinária e jurisprudencial contra o formalismo excessivo, que inclusive é considerado como violação da garantia de jurisdição, merecendo inserção no art. 4º da Constituição daquele país (apud MEDEIROS, 2006, p. 111).

Vê-se, pois, que essa deturpação do sentido da forma se coaduna não com o proclamado interesse público e a segurança jurídica (que são, conforme já demonstrado, os maiores "pilares" determinantes da existência do formalismo processual), mas, sim, com a cultura individualista que permeia o digesto processual. E sem dúvida esbarra nos ideais sociais de rápida solução do litígio, podendo inclusive (ainda que indiretamente) acabar defendendo o interesse da parte que não se encontra amparada pelo direito material, ou de se prestar aos fins da chicana e da má-fé processual.

Mais uma vez vale transcrever as palavras de Luiz Cezar Medeiros sobre o tema. Vejamos:

Cabe, portanto, ao intérprete e ao aplicador do Código, antes de afoitar-se a uma solução drástica e frustrante, perquirir se, acaso, acima do interesse formal que lhe parece imperativo, não se sobrepõe outro interesse público mais alto, que lhe desbrave o caminho para o justo e para o humano.

No momento em que se descobre a verdadeira hierarquia de interesses tutelados pelos textos de um Código, desvenda-se o sentido profundo e vital do sistema que o anima. Neste sentido, tratando-se de um Código de Processo, o interesse público superior, que o inspira e justifica, é que se preste ele a meio eficaz para definição e realização concreta do direito material. Não há outro interesse público mais alto, para o processo, do que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material (2010, p.07).

Repudia-se, assim, com espreque na melhor doutrina nacional e estrangeira, não o apego ao formalismo (necessário ao bom andamento do processo, conforme amplamente demonstrado) mas o apego exagerado a esse, que faz com que alguns magistrados e operadores do direito acabem por favorecer a impunidade, desviando o Poder Judiciário e o processo de seu curso natural, que é a busca da pacificação social e da justiça na decisão, através da aplicação da lei.

#### 4.4 O FORMALISMO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Segundo já mencionado no item anterior, é impossível discorrer sobre o formalismo e a rigidez procedimental sem os relacionar com o princípio da segurança jurídica, que é um dos "pilares" do Estado Democrático de Direito.

É certo que o conhecimento convencional de longa data situa a segurança jurídica como um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social.

Consagrada no art. 2 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como um direito natural e imprescritível, a segurança encontra-se positivada como um direito individual na Constituição brasileira de 1988, ao lado dos direitos a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade, na dicção expressa do caput do art. 5º.

Segundo Luis Roberto Barroso "as teorias democráticas acerca da origem e justificação do Estado, de base contratualista, assentam-se sobre uma cláusula comutativa: recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade" (2002, p. 51).

De forma sucinta e objetiva, Luis Roberto Barroso ressalta que a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem:

1. A existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. A confiança nos atos do poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. A estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. A previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. A igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (2002, p. 50-51).

Também defendendo a importância da segurança jurídica em qualquer ordenamento, Paulo César Santos Bezerra disse que

o direito, é por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. A segurança jurídica não constaria de regra jurídica explícita de qualquer ordenamento jurídico, senão realizando-se pela atuação de outros princípios como o da legalidade, da irretroatividade, da igualdade e da universalidade da jurisdição (2001, p. 12).

Indubitavelmente, a segurança jurídica decorre da própria ordem jurídica. É fruto direto da certeza e esta é o valor peculiar do direito, sua específica eticidade, algo não abstrato, geral e esquemático, e sim concreto, específico, correlativo às experiências singulares. Ao representar a coerência e a previsibilidade do direito, a certeza, ao lutar contra o arbítrio, leva à segurança jurídica (BEZERRA, 2001, p. 13).

Porém, é corrente atualmente a afirmação de que a segurança jurídica vem enfrentando verdadeira crise de identidade nesse início de século e de milênio, no período histórico chamado pós-modernidade.

Discorrendo sobre essa crise, Luis Roberto Barroso argumenta seu posicionamento nos seguintes termos:

Um conjunto de conceitos, princípios e regras decorrentes do Estado democrático de direito procura promover a segurança jurídica. A Constituição, assim, demarca o espaço público e o espaço privado, organizando o poder político e definindo direitos fundamentais. Tem vocação de permanência e é dotada de rigidez. A lei, por sua vez, opera a despersonalização do poder, conferindo-lhe o batismo da representação popular. Visa, sobretudo, a introduzir previsibilidade nos comportamentos e objetividade na interpretação. A verdade, contudo, é que apesar da expressiva ascensão política e científica dos últimos anos, o constitucionalismo brasileiro e suas instituições ainda não vivem a maturidade plena. E, como consequência, a insegurança é um traço de relevo na paisagem jurídica do país (2002, p.52-53).

E Carlos Alberto Alvaro de Oliveira nos ensinou que "o princípio da segurança jurídica encontra-se ligado a duas exigências: qualidade da lei e previsibilidade do direito" e que "o jurista deve observar a ordem jurídica, atento ao valor da segurança jurídica, sem confundi-la com a manutenção cega e indiscriminada do *statu quo*" (2006, p.14-15).

E também falando sobre as mudanças advindas com a pós-modernidade, admitiu que "tudo veio a mudar com a emergência dos princípios, considerados nessa nova perspectiva como direitos fundamentais" e que



essa mudança de paradigma, que introduz um direito muito mais flexível, menos rígido, determina também uma alteração no que concerne à segurança jurídica, que passa de um estado estático para um estado dinâmico. [...] Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às circunstâncias do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias peculiares da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto (OLIVEIRA, 2006, p. 16-17).

Da análise histórica do referido instituto, percebe-se que a ciência processual romano-germânica impôs ao longo dos anos algumas premissas sobre a relação existente entre a segurança jurídica e o ordenamento, que merecem consideração: a primeira, de que a regularidade formal dos procedimentos é sinônimo de segurança jurídica. A segunda, de que a regularidade procedimental é componente da garantia do *due process of law* e, conseqüentemente, de realização, pelo processo, do ideal de democracia. A terceira, de que o procedimento ordinário é a realização máxima de segurança e justiça da decisão (SILVA, 2005, p. 86).

Criticando essas premissas, Paulo Eduardo Alves da Silva diz que "ao menos em tese, há uma contradição velada no sistema processual brasileiro entre o poder de direção do juiz e a impressão geral de que a rigidez formal é condicionante do devido processo e da justiça da decisão" (2005, p. 90).

E fazendo interessante alusão às etapas da vida de um homem, argumentou que

o regime legal do procedimento judicial brasileiro é multi-influenciado: nasceu em berço de formalismo extremo, cresceu ouvindo que forma é segurança contra o arbítrio do julgador e justiça da decisão. Rebelou-se quando jovem ao ouvir as promessas de flexibilização do procedimento de Franz Klein e oralidade de Chiovenda e hoje, recém adulto, recuperou a tradicional educação primária: pratica os princípios da legalidade, rigidez e indisponibilidade do procedimento. Restará saber se adquiriu maturidade para ponderar o formalismo do procedimento com a exigência contemporânea de planejamento de custos e tempo de resolução de conflitos (2005, p.91).

Porém, não há como negar que apesar das mudanças pelas quais vem passando a sociedade nessa fase chamada "pós-moderna", a efetividade e a segurança ainda apresentam-se como valores essenciais para a conformação do processo em determinada direção, escolhida pela sociedade, a fim de satisfazer as finalidades também erigidas como essenciais ao modelo estatal vigente.

E como dito alhures, indiscutivelmente a rigidez procedimental traz segurança jurídica às partes, bem como segurança dessas em relação à própria atuação estatal, já que a previsibilidade procedimental é também uma faceta da coerência e certeza necessárias na luta contra o arbítrio.

#### 4.5 O FORMALISMO E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Além da segurança jurídica, o formalismo também mantém íntima relação com o princípio do devido processo legal, esculpido no art. 5º da Constituição Federal, sobre o qual se discorreu pormenorizadamente no capítulo 2, supra, desse estudo.

Conforme já dito no capítulo mencionado, o devido processo legal, não obstante ter sido entre nós uma garantia surgida nas Constituições da era republicana, opera em íntima associação com outros princípios supralegais, notadamente o da legalidade, da igualdade, do contraditório, da ampla defesa e, já numa ótica substantiva, o da razoabilidade e o da proporcionalidade, numa espécie de síntese ou amálgama de diversos direitos fundamentais explícitos ou implícitos, revelando a interdependência das normas constitucionais (CASTRO, 2006, p. 415).

E ao relacionar essa garantia com os procedimentos jurisdicionais, vê-se que ela exige que a jurisdição seja prestada segundo os procedimentos ditados pela legislação processual, cuja rigorosa observância é requisito da regularidade do processo.

No fundo, o formalismo processual é uma expressão da garantia do devido processo legal; o informalismo excessivo (em que as partes perigam sossobrar ao arbítrio e ao poder do Estado) e o excesso de formalismo (em que o conteúdo - o direito material e a justiça - corre o risco de periclitare por razões de forma) estabelecem os seus limites extremos (OLIVEIRA, 2003, p. 86).

Daí que dispensar ou restringir qualquer das garantias inerentes ao devido processo não é simplificar, deformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sem favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízes e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados (PASSOS, 2001, p. 70).

Ou seja, segundo a melhor doutrina, afronta tal princípio a inobservância da sequência procedimental prevista em lei, bem como a realização viciada dos atos do processo ou a supressão de fases que importem em discriminação de tratamento entre as partes ou, muito especialmente, em prejuízo para a defesa.

Ao analisar o procedimento em face das constantes mudanças sociais pelas quais passamos, o estudioso italiano Mauro Cappelletti ressaltou o "risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil - essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório" (1998, p.163) garantias essas que se incluem dentro do conceito de devido processo legal, tal como também já discutido no capítulo 2, supra.

Segundo Mauro Cappelletti,

por mais importante que seja 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. E, 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 (1998, p.163-164).

Da análise das assertivas feitas com precisão pelo mestre italiano, se extrai o entendimento de que cabe à sociedade em geral e em especial aos estudiosos do Direito não permitir que essa pressão feita pelas mudanças sociais e pelas atuais condições sócio-econômicas venha a sufocar ou até mesmo destruir os fundamentos da rigidez procedimental (através dos procedimentos legalmente previstos), criados conforme a vontade da maioria na sociedade.

Em que pese Mauro Cappelletti sempre ter defendido a necessidade de mudança na hierarquia dos valores no processo civil e especialmente um desvio no sentido do valor da acessibilidade, ele não nega que "no entanto, uma mudança na direção de um significado mais social da justiça não quer dizer que o conjunto de valores do procedimento tradicional deva ser sacrificado" (1998, p.164).

E com sabedoria, conclui o mestre italiano que "em nenhuma circunstância devemos estar dispostos a vender nossa alma" (1998, p. 164).

#### 4.6 PROCEDIMENTO COMO FATOR LEGITIMADOR DA ATIVIDADE JURISDICIONAL: A PROPOSTA DE NIKLAS LUHMANN

Ao falar sobre a importância dos procedimentos (seja na esfera judiciária, executiva ou legislativa) emerge a necessidade de discorrer, ainda que não profundamente (até por não ser a finalidade última do presente estudo) sobre a teoria sistêmico-funcional proposta pelo alemão Niklas Luhmann, que entendia a legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo não definido e que só ocorria através do curso de um procedimento decisório com participação das partes.

O tratamento que Niklas Luhmann dá ao problema da legitimidade se põe no terreno puramente fático, ou seja, para ele, uma estrutura jurídica é legítima na medida em que é capaz de produzir uma prontidão generalizada para aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo, dentro de certa margem de tolerância (FERRAZ JR., 1980, p. 3).

Para Niklas Luhmann, o procedimento legitima as decisões estatais na medida em que reduz ou neutraliza as expectativas de ilusões e decepções das partes, que teriam no seu curso um "filtro" constante. Ou seja, os procedimentos teriam como função precípua fazer estagnar as expectativas através de atos, discussões e decisões praticadas ao longo do *iter*, de modo que os protestos dos litigantes são fracionadamente absorvidos e, ao final, as decepções são controladas.

Mas a função legitimadora do procedimento não estaria em se produzir consenso entre as partes, mas sim em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: ou seja, apesar de descontentes, as partes acabariam aceitando a decisão proferida.

Conforme Tércio Sampaio Ferraz, "Luhmann concebe a legitimidade como uma ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de decepção rebelde, só que esta não é, de fato, realizada" e ainda que "o direito se legitima na medida em que os seus procedimentos garantem esta ilusão" (*in* "Legitimação pelo procedimento", 1980, p. 5).

Na concepção de Niklas Luhmann, o conteúdo da decisão não é de grande valia, já que nas sociedades que concluíram o processo de positivação do direito, que ele chama de "sociedades complexas", a legitimidade é o efeito não da

referência a valores, mas da aplicação de certos procedimentos instituídos para produzir decisões", onde os próprios sujeitos participam dos limites das regras estabelecidas e onde a legitimidade decorre do próprio sistema (GAJARDONI, 2007, p. 113).

Assim, ponto comum entre os estudiosos do tema é que para Niklas Luhmann, pouco importava se a decisão era justa, exata ou congruente, pois, nas sociedades, a natureza da decisão cederia lugar aos procedimentos que generalizavam o reconhecimento dessas decisões. Os procedimentos, como as eleições, o processo legislativo e o processo judicial, seriam, então, a melhor maneira de garantir decisões vinculativas, além de reduzir as complexidades sociais. Ao submeterem-se às regras legalmente previstas no sistema, todos os envolvidos seriam então obrigados a aceitar a decisão final, mesmo contrariados, pois eles próprios participaram do procedimento.

Segundo Gilberto Bercovici, "a legitimidade pelo procedimento é uma legitimidade institucional, não proveniente de derivações valorativas" (2003, p. 273274).

Antonio Carlos de Almeida Diniz, em artigo dedicado exclusivamente ao tema, ressaltou outro aspecto de importante relevo na teoria sistêmico-funcional. Vejamos:

Sob o influxo de uma demanda acentuada por garantias e racionalização de escolhas, todas as decisões funcionalmente relevantes para a dinâmica social são tomadas ou passam a ser tomadas mediante condições controladas chamadas genericamente de procedimentos, procedimentos esses que podem ou não, diga-se de passagem, afirmar-se como válidos a partir de uma origem eventualmente consensual, conforme a perspectiva conceitual adotada (2001, p. 101).

Ainda segundo Antonio Carlos de Almeida Diniz, houve uma significativa tendência na doutrina internacional de resgate da racionalidade procedimental, mais do que a ênfase em seus aspectos puramente cognitivos, fenômeno esse que se reflete necessariamente nos novos rumos assumidos pela fórmula procedimental enquanto recurso racional para se tomar decisões vinculantes em sua função de elemento legitimante da ordem jurídico-social e de deslinde de conflitos estatais e para-estatais (2001, p.101).

Por essa concepção, os procedimentos, ao invés de serem aperfeiçoados pelo estímulo aos processos de aprendizagem, acabam se prestando basicamente para desviar e amortizar as frustrações, estabilizando as expectativas de comportamento quanto às desilusões e por esse modo assegurando a continuidade da estrutura do sistema social (DINIZ, 2001, p.105).

Ao estudar o tema, Fernando da Fonseca Gajardoni fez interessante interpretação sobre o tema, defendendo a idéia de que há compatibilização entre a função legitimante do procedimento e sua flexibilização. Segundo argumenta Gajardoni,

em nenhuma passagem da elaboração da teoria sistêmica-funcional se condicionou o poder legitimante do procedimento à sua rigidez. Por isso, mesmo com um procedimento maleável conforme as circunstâncias do caso concreto, a decisão final do processo estaria legitimada, já que o curso procedimental teria neutralizado as expectativas de ilusões e decepções das partes com um produto final da prestação jurisdicional (2007, p. 114).

Se admitida a participação das partes na construção do próprio rito, o potencial legitimante do procedimento seria catalizado, pois a conformação das partes se daria não só quanto ao resultado do processo, mas também quanto ao caminho nele adotado para se alcançar o resultado final (GAJARDONI, 2007, p. 114).

E criticando Niklas Luhmann, Fernando da Fonseca Gajardoni diz que apesar do enorme conteúdo científico, o estudioso peca, no seu entender, na análise da legitimação das decisões judiciais, já que não daria a atenção merecida ao principal fator de condicionamento político da atividade jurisdicional: o contraditório útil (2007, p. 114).

Para o autor, o que legitima os atos do poder não é a mera e formal observância dos procedimentos, mas sim a participação que mediante o correto cumprimento das normas procedimentais tenha sido possível aos destinatários, razão pela qual seria melhor falar em legitimação pelo contraditório e não pelo simples procedimento (GAJARDONI, 2007, p. 115).

Também discorrendo em sentido semelhante (ou seja, defendendo a importância do procedimento, mas desde que ele também garanta a observância do contraditório), Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido

Rangel Dinamarco em sua recorrente obra "Teoria Geral do Processo", disseram que

como o juiz não decide sobre negócios seus, mas para outrem, valendo-se do poder estatal e não da autonomia da vontade (líder de auto-regulação de interesses, aplicável aos negócios jurídicos), é compreensível a exigência de legalidade no processo, para que o material preparatório do julgamento final seja recolhido e elaborado segundo regras conhecidas de todos. Essa idéia é uma projeção da garantia constitucional do devido processo legal (2009, p.306).

E na sequência ressaltaram que "só tem sentido essa preocupação pela legalidade na medida em que a observância do procedimento constitua meio para a efetividade do contraditório no processo" e

assegurando às partes os caminhos para participar e meios de exigir a devida participação do juiz em diálogo que o procedimento estabelecido em lei recebe sua própria legitimidade e, ao ser devidamente observado, transmite ao provimento final a legitimidade de que ele necessita (2009, p.306).

Existe uma necessidade do procedimento, como pauta de trabalhos, porque esse é o meio encontrado pelo legislador para assegurar o modo de ser do exercício da jurisdição, conforme ele deseja. A idéia de legitimação pelo procedimento é vitoriosa hoje, mesmo fora do campo jurisdicional, pelo que ela tem de expressivo do ponto-de-vista da inserção do sistema processual na ordem constitucional e da sua aceitabilidade social. Seria arbitrário o poder exercido sem a participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo (DINAMARCO, 2003, p. 159).

Porém, no sistema processual, as normas que instituem e regem os procedimentos são portadoras de suficientes oportunidades de participação em contraditório e esse é o fator que as legitima.

Segundo Candido Rangel Dinamarco, "elas próprias não teriam legitimidade quando deixassem de oferecer reais oportunidades de participar. Por isso, é falsa a impressão de que a observância dos procedimentos estabelecidos em lei fosse em si mesma um fator de legitimação dos atos de poder" (2001, p. 32).

Em substância, Candido Rangel Dinamarco defende que "o que legitima a outorga da tutela jurisdicional é a participação que o procedimento

propiciou, em associação com a observância da legalidade inerente à garantia do devido processo legal" (2001, vol. II p. 32).

E o autor coloca como solução desse aparente impasse entre a necessidade de fixação e observância de procedimentos pré-estabelecidos e a também necessária liberdade das partes e racionalidade no exercício do poder, a regra da instrumentalidade das formas, argumentando que "os sistemas processuais modernos buscam o desejável equilíbrio entre a legalidade e a liberdade formal" (2001, vol. II, p. 30).

Da mesma forma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira adotou posicionamento crítico em relação ao posicionamento de Niklas Luhmann, salientando que "não é possível pura e simplesmente esquecer o aspecto axiológico, nem legitimar o resultado só pelo procedimento, 'ritualizar', enfim, o processo" (2003, p.187).

Diz o autor que o procedimento tem também o valor social de 'enfraquecer o confronto', 'reduzir o conflito', ou 'neutralizar as decepções' (referindo-se às expressões utilizadas por Niklas Luhmann em sua obra), mas o argumento não se mostra suficiente para justificar a ritualização, porque essas conseqüências não constituem a finalidade principal do processo e sim, mero desiderato residual, apresentando-se no fundo como elementos de pacificação (2003, p.187).

Incontestavelmente o procedimento, em maior ou menor grau enrijecido pelas formalidades legais, vai ser sempre necessário ao exercício da jurisdição, não restando dúvida, então, que a sua observância, de forma racional, legitima o resultado do exercício do poder.

Porém perfilha-se do mesmo entendimento defendido por Fernando da Fonseca Gajardoni, Candido Rangel Dinamarco e outros estudiosos nacionais, no sentido de que o principal fator de condicionamento político da atividade jurisdicional é a observância do contraditório e não apenas do procedimento legalmente previsto. Ou seja, o que tornaria uma decisão legítima seria a observância do procedimento legalmente previsto, mas desde que ele ofereça a oportunidade de participação real dos envolvidos no processo, através do contraditório (em todas as suas perspectivas, ou seja, como garantia de participação, ciência, influência e defesa, pelos interessados).

De outro lado, restam ainda inúmeras dúvidas relacionadas ao tema, tendo como ponto "central" a discussão sobre a possibilidade de haver flexibilização



procedimental a critério do juiz, mesmo em hipóteses em que inexistente autorização legal.

Como o problema ainda não está cientificamente amadurecido, conforme já ressaltado pelo próprio Niklas Luhmann à época da edição da obra que versou sobre o tema (1969), resta aos estudiosos e operadores do direito a missão de discutir o assunto e trazer propostas, tal como é objetivado no presente estudo.

Segundo Niklas Luhmann, a articulação abstrata das perguntas quanto ao fato do procedimento poder ou não tornar legítimo, com certeza, dá origem, em primeiro lugar, a uma chuva doutras perguntas e a poucas perspectivas de tornar todo o problema cientificamente amadurecido pelo agravamento de poucas experiências críticas (1969, p.8).

E esclarecendo qual seria a principal finalidade da referida obra, diz que é "conciliar uma idéia, ainda que provisória, da interdependência de diversos conjuntos de problemas em que se envolve uma sociedade que já não legitima o seu direito por meio de verdades invariáveis existentes, mas sim apenas, ou principalmente, por meio de participação em procedimentos" (1969, p. 8).

## 5 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

### 5.1 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E DO PROCESSO

É assunto corriqueiro entre estudiosos da sociologia, política e do direito, que as características da sociedade moderna favorecem o aumento de volume e complexidade das demandas judiciais, porém, em contra-partida, o Estado não tem grandes estruturas, inclusive judiciais, que permitam dar vazão a esse número crescente de litígios.

Daí que, com mais demandas e menos estrutura judicial, a chamada "crise da justiça" tende a aumentar cada vez mais, criando um verdadeiro fenômeno sócio-político, possivelmente na esfera mundial.

Segundo José Eduardo Faria, estudioso de sociologia jurídica, a crise da Justiça se traduz pela ineficiência com que o Poder Judiciário desempenha três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica. Pela primeira função, o Judiciário é o principal *locus* de resolução dos conflitos. Pela segunda, ele exerce um papel decisivo como mecanismo de controle social, fazendo cumprir direitos e obrigações, reforçando estruturas de poder e assegurando a integração da sociedade. Pela terceira, dissemina sentido de equidade e justiça na vida social, socializa as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica e calibra os padrões vigentes de legitimidade na vida política (2005, p. 24).

O referido autor diz ainda que "a ineficiência do Judiciário no exercício dessas três funções decorre da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade socioeconômica a partir da qual e sobre a qual tem de atuar" (2005, p. 25).

Das assertivas de José Eduardo Faria e de outros estudiosos de sociologia jurídica, é possível eleger alguns sintomas da crise da justiça no Brasil: limitação ao acesso dos cidadãos à ordem jurídica justa; incapacidade dos órgãos judiciais estatais de julgar os litígios em tempo hábil; alto índice de não efetivação das decisões judiciais; desprestígio das decisões judiciais pelos demais poderes do Estado; conflito de atribuições entre os poderes do Estado; questionamento da eficiência da solução jurisdicional e da legitimidade da jurisdição; baixa

confiabilidade dos cidadãos no Poder Judiciário e em seus integrantes, dentre outros.

Ponto comum quando se fala do assunto é o reconhecimento de que o volume de processos é muito grande em relação ao número de juízes e funcionários cartorários existentes, o que impossibilita de ser adequadamente exercidos o diálogo processual e a cognição judicial (no tempo hábil e com a profundidade imaginada pelo modelo procedimental normativo).

Segundo Paulo Eduardo Alves Silva, pode-se fazer uma conta simples que sugere a procedência dessa hipótese (considerando, obviamente, que esses números escondem muitas especificidades e não podem ser tomados como referência precisa). Tomando por conta dados oficiais, relativos à primeira instância das Justiças Federal, Estadual (sem considerar os Juizados Especiais) e do Trabalho no período de 2003, havia 49.894.947 processos e 13.281 juízes, ou seja, o juiz era responsável, em média, por 3.756.86 processos (2005, p.20).

Tais números permitem enxergar, por exemplo, que o bem "justiça" é produzido em escala industrial: o contraditório e a cognição exauriente de 4,5 mil processos exige rapidez na "linha de produção" de cada magistrado e as providências administrativas de 300 processos demandam métodos ágeis de trabalho por cada funcionário auxiliar (SILVA, 2005, p.21).

Da análise desses números e dos fatos já citados acima, é possível dizer que a Justiça brasileira não tem estrutura suficiente para processar o volume de demandas existentes e por isso o processo judicial brasileiro é, de modo geral, bastante lento.

Também José Carlos Barbosa Moreira já discorreu sobre o tema dizendo que "o aspecto mais visível disso a que se costuma chamar 'crise da justiça' é sem dúvida a duração dos processos, não por acaso vista como excessiva por tantos observadores" (2001, p.229).

E ressalta o referido autor que tal situação não ocorre apenas no Brasil, mas também em outros países considerados desenvolvidos social, política e economicamente. Vejamos:

Com justas razões, olhamos para a Itália como quem contempla um dos pontos culminantes da ciência jurídica em geral e da processual em particular. Isso não impede que o processo lá seja exasperadamente lento. Na área civil, segundos dados constantes do relatório sobre a administração da justiça em 1998, elaborado pelo Procurador Geral da República junto à Corte de Cassação, girou em torno de quatro anos, entre 1991 e 1997, a duração média dos processos em primeiro grau de jurisdição, perante os órgãos de competência comum (2001, p.229).

Na sequência fala do processo inglês, nos seguintes termos:

Habitamo-nos a enxergar no universo anglo-saxônico padrão insuperável de onímoda eficiência. Todavia, a Inglaterra estava tão descontente com o desempenho de sua justiça civil - e muito especialmente com o ritmo dos pleitos, que se dispôs a adotar, quebrando multissecular tradição, a partir exatamente de abril do ano passado, um Código de Processo Civil bastante aproximado, em vários traços, do modelo continental europeu (MOREIRA, 2001, p. 230).

Também salienta existir a crise da Justiça nos Estados Unidos da América, já que em muitos lugares desse país, "um feito civil de itinerário completo (isto é, que se estenda até o *Trial*) chega a durar em média, na primeira instância, nada menos que três a cinco anos" (2001, p. 229) e que isso explica sem dúvida a preferência de inúmeros litigantes por vias extrajudiciais e "aí está o motivo pelo qual o fenômeno da *Alternative Dispute resolution* encontrou nos Estados Unidos o solo de sua máxima florescência" (MOREIRA, 2001, p.229-230).

Porém, ao analisar os números e características dos processos jurisdicionais em vários países do mundo (e especialmente o modelo brasileiro), chega-se à conclusão evidente de que eventuais falhas ou omissões na legislação processual não são os únicos ou maiores responsáveis pela duração excessiva dos pleitos.

Conforme muito bem lembrado por José Carlos Barbosa Moreira, "a demora resulta da conjugação de múltiplos fatores, entre os quais não me parece que a lei, com todas as imperfeições que tem, ocupe o lugar de máximo relevo". É importante recordar que também é causa desse quadro "a escassez de órgãos judiciais, a baixa relação entre o número deles e a população em constante aumento, além do insuficiente preparo de muitos juízes, bem como o do pessoal de apoio" (2001, p.230).

Daí defender boa parte da doutrina nacional e estrangeira ser incorreta a apreciação que atira todas as culpas ou quando não as maiores, sobre as falhas da legislação.

Outrossim, por outro lado, há uma demora chamada por José Carlos Barbosa Moreira de "fisiológica", conseqüente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial "certos interesses e valores de que uma sociedade democrática não ousaria prescindir" (2001, p. 231).

Segundo o autor, "um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa (2001, p. 231/232), entendimento esse que também se compartilha.

Na realidade acredita-se que o Poder Judiciário nacional funciona relativamente bem, tendo em vista o condicionamento político dentro do qual está inserido, ou seja, ele atende ao modelo que o concebeu.

Isso porque ao priorizar o valor segurança, inspirada em juízos de certeza, como uma imposição das filosofias liberais do iluminismo, o sistema renunciou a busca da efetividade - que nossas circunstâncias identificam como celeridade - capaz de atender às solicitações de nossa apressada civilização pós-moderna (SILVA, 2008, p.11).

Daí poder-se afirmar que o problema não é meramente funcional. Dentre outros muitos fatores desta ordem, ocorre o primeiro deles no próprio conceito e limites da jurisdição que praticamos, como herança da Revolução Européia.

Ou seja, o primeiro fator estrutural está na inabalável premissa redutora do conceito de jurisdição como simples declaração dos direitos, que é, por sua vez, o alicerce do procedimento ordinário e da interminável cadeia recursal. O sonho da Ilustração européia de transformar o direito numa ciência exata, segundo os padrões epistemológicos das matemáticas, determinou que o processo civil se tornasse uma ciência rigorosamente formal; uma ciência abstrata, de fórmulas puras e normas vazias, preparadas para uma jurisdição cuja tarefa estaria reduzida a verbalizar a vontade do legislador, ou a vontade do poder (SILVA, 2008, p.13).

Segundo Ovídio A. Batista da Silva,

a vertiginosa aceleração da História tornou de uma evidência solar a distinção entre norma e sentido de norma. Nosso tempo destruiu a esperança de que a lei tivesse um sentido tão permanente e constante como as verdades matemáticas. Consequentemente, a tarefa confiada aos juízes de descobrir a vontade da lei tornou-se uma trágica quimera (2008, p.13).

Usando interessante metáfora, conclui Ovídio A. Batista da Silva, com a propriedade que lhe é própria:

Nessas circunstâncias, de nada valerá substituir o motorista. A estrutura do "veículo", nascido no direito privado romano e aperfeiçoado pelo iluminismo europeu, foi ultrapassada pela História. Sua velocidade ficou aquém das expectativas contemporâneas, geradas pela globalização, sempre tangida pela urgência quando não pelas soluções que eliminem definitivamente o tempo. De nada valerão as tentativas de melhorar o funcionamento do sistema. Ele funciona bem, segundo o projeto que o concebeu. Faz o possível e, às vezes, o que parecia impossível. Estas são as nossas circunstâncias. Contudo, é necessário e urgente salvar a jurisdição, pela sua importância para a construção de um regime verdadeiramente democrático. A tarefa exige que sejam exorcizadas idéias e instituições tornadas relíquias ideológicas, que a História há muito superou (2008, p.18).

É interessante ressaltar ainda que muitos estudiosos do tema colocam a instrumentalidade do processo como a melhor forma (senão a única) de minimizar a crise da justiça e dos processos jurisdicionais, esquecendo-se que um único remédio nem sempre pode ser capaz de debelar todos os males.

Ainda utilizando os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, a verdade é que simplesmente não existe fórmula de validade universal para resolver por inteiro a equação. Tem-se que combinar estratégias e táticas, pondo de lado o receio de parecermos incoerentes se, para enfermidades de diferente diagnóstico, experimentarmos remédios também diferenciados (2001, p. 233).

Daí surge a pergunta: seria a flexibilização procedimental (através da possibilidade de adaptação dos procedimentos às necessidades de cada causa) um desses instrumentos hábeis a combater a crise da justiça e dos processos?

É o que se pretende averiguar nos itens subsequentes.

## 5.2 A RELAÇÃO ENTRE ESTADO, JUSTIÇA, SOCIEDADE E PROCESSO

Antes de passar ao estudo do princípio da instrumentalidade, mencionado alhures (e que é de grande importância para se chegar ao cerne da questão objeto do presente estudo), será analisada nesse item a relação existente entre as características de um determinado Estado, sua sociedade, a atividade jurisdicional e o modelo processual neles inseridos.

De fato, Estados com características liberais estruturam sistemas de justiça em que o juiz tem atuação normalmente bastante limitada dentro do processo, enquanto Estados com características intervencionistas possuem juízes com maior exercício discricionário.

Apesar de não ser uma regra absoluta, como quase tudo na esfera econômico-social e política, a experiência tem demonstrado que essa é sim uma tendência constante e a partir dessa premissa, é possível investigar os contornos da atuação jurisdicional no século XXI e a modelagem processual dos ordenamentos atuais.

Segundo Paulo Eduardo Alves da Silva, "parece haver uma relação entre as características do Estado e o que se convencionou chamar de linhas evolutivas da ciência processual de tradição romano-germânica" e que "o Estado Liberal do século XIX e primeira metade do século XX está relacionado à transição da fase sincrética para a autonomista e o Estado Social (ou de "Bem Estar Social")" tendo correspondência com a fase chamada instrumentalista (2001, p.31).

Luiz Guilherme Marinoni, ao discorrer sobre o tema disse que

o Estado liberal clássico, diante de sua finalidade principal de garantir a liberdade dos cidadãos, foi marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada (2008, p. 29). É por isso que, diante do direito constitucional de origem liberal-burguesa, pensava-se em direito de defesa apenas em relação ao Estado. Nessa época, ao contrário do que ocorre hoje, o Estado era visto na qualidade de 'inimigo público' (2008, p. 32).

Explica Paulo Eduardo Alves da Silva que o sincretismo processual é visto como a fase em que a resolução estatal de conflitos era estudada sob a premissa de que a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela de direitos, o

processo como mera sucessão de atos, conjunto de formas sob condução pouco participativa do juiz. Uma fase de confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX começou a ruir - a ação não era considerada um direito autônomo, mas um dos atributos do direito material (2001, p. 31).

Ou seja, essa fase autonomista acabou sendo responsável pela conceituação dos institutos e consolidação da ciência processual, que teve início no final do século XIX na Alemanha e difundida para os países de tradição romano-germânica, como a Itália e o Brasil.

A partir da segunda metade do século XX, a ciência processual entrou em fase de reflexão teleológica sobre o seu aspecto político: firmou-se um diálogo das regras procedimentais com a Constituição e o desenho político do Estado. O direito processual passou a ser explorado especialmente a partir das seguintes grandes questões: o movimento sócio-político de acesso à justiça; a efetividade do processo e das decisões; a visão publicista do processo de promoção de justiça e paz social; o ativismo judicial; a flexibilização das formas processuais; a delegabilidade da função jurisdicional a meios alternativos de resolução de conflitos, entre outras (SILVA, 2001, p.32).

Discorrendo sobre a escola sistemática (caracterizada então, por deixar para trás o método exegético de investigação e assumir uma postura histórico-dogmática), Luiz Guilherme Marinoni disse que

essa Escola, ao se preocupar em desvincular o direito processual civil do direito material e evidenciar a natureza pública do processo, importou-se em delinear conceitos que, segundo sua concepção, seriam capazes de conferir autonomia e dignidade científica ao direito processual civil, antes concebido como simples *procedura civile* (2008, p.42).

E a importância dessa fase se deu principalmente ao definir que por meio do processo se exprime a autoridade do Estado, o que levou ao abandono da ideia de que o processo seria um mero palco para os particulares resolverem seus conflitos (MARINONI, 2008, p. 42).

E Paulo Eduardo Alves da Silva entende que o tão recorrente instrumentalismo se trata de um reflexo, no processo, do panorama sócio-político de boa parte das democracias do mundo no pós-guerra, ou seja, do "Estado de bem-estar social" (2001, p.33).



Isso porque enquanto o Estado Liberal se fundava na premissa do *laissez faire*, o modelo social é intervencionista, baseado no dirigismo estatal e por isso que o juiz liberal era chamado de "escravo da lei" ou "boca da lei", como escreveu Montesquieu (e foi incansáveis vezes repetido) e o juiz social é um juiz ativo, preocupado em promover a justiça e a paz por meio do processo - sem se descuidar da submissão à lei.

Assim, a instrumentalidade é vista como o resultado da conjugação do Estado de Bem Estar Social ao Estado de Legalidade. Na prática, o operador da Justiça, que tem formação positivista-legalista, interpreta uma malha legislativa minuciosa sob orientações de instrumentalismo e ativismo judicial - elementos de difícil harmonização (SILVA, 2001, p. 34).

De fato, perfilha-se do entendimento de que a jurisdição se constitui na parcela do poder estatal encarregada de preservar e garantir a eficácia do direito material, sendo, portanto, um instrumento ético de realização dos interesses sociais.

Assim, é axiomático que o direito processual deve refletir as idéias éticas, sociais e políticas que caracterizam o Estado e a sociedade onde está inserido.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, entende que essa mudança de perspectiva da doutrina não teve relação com o surgimento de uma ideologia política diversa da liberal, e muito menos com os princípios socialistas, constituindo somente resultado da evolução da cultura jurídica, que apenas indiretamente pode conter implicações de natureza ideológica (2008, p. 43).

Mas independente da posição adotada (sobre a existência, ou não, de influência direta da ideologia de uma determinada época sobre o processo jurisdicional) surgem alguns questionamentos interessantes a se fazer, tais como: pode o juiz subverter as regras procedimentais para atingir justiça? Qual o limite para a função política do processo? O processo é um instrumento de atuação da lei para resolver o conflito ou um instrumento de controle social e educação política? Pode o juiz criar direitos por via do processo?

Como se sabe, o direito processual brasileiro é de origem romano-germânico e fundado no racionalismo e no positivismo-legalista de tradição liberal e por isso, a formação dos estudiosos, operadores e profissionais do Direito, especialmente dos juízes, é também positivo-legalista.

Em que pese as muitas alterações legislações processuais terem sido elaboradas em períodos de intervencionismo estatal elevado (ditadura militar), a recente tendência instrumentalista do processo, que deu o contorno processual das últimas décadas, nasceu sob o berço do Estado Social de Direito. No caso brasileiro, isso se deu em no máximo cem anos atrás, o que é um período relativamente pequeno para a sedimentação de uma ciência (SILVA, 2001, p.35).

Por isso é relevante saber qual será o sentido da oscilação do processo brasileiro diante do modelo sócio-político do século XXI.

### 5.3 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Como consequência natural dos assuntos que vem sendo abordados no presente estudo e até pelo "papel" de destaque que desenvolve na atividade jurisdicional, é de suma importância também discorrer, ainda que não profundamente (ou não com a profundidade que se gostaria), sobre a instrumentalidade do processo e os ensinamentos de seu maior expoente na doutrina nacional, Candido Rangel Dinamarco.

E antes mesmo de se discorrer sobre o que significada de fato a tão clamada instrumentalidade processual, é relevante entender quais são os escopos do processo jurisdicional, já que o conceito de instrumentalidade mantém íntima relação com esses.

Segundo Candido Rangel Dinamarco, os escopos seriam os seguintes:

Político: significa a busca pela estabilidade das instituições estatais e a participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado (valores da cidadania) - a realização da justiça, por meio do exercício da jurisdição, é um grande objetivo das tutelas jurídicas e jurisdicionais (2001, vol. I, p. 129-130).

Social: interesse na pacificação social das partes com substituição eqüidistantes, evitando a eternização da lide. Além disso, outro aspecto do escopo social seria a educação para a defesa de direitos próprios e respeito aos alheios (2001, vol. I, p. 128).

Jurídico: garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que o direito material preconiza. Em outras palavras, poder-se-ia dizer que o processo é instrumento de definição (certificação), proteção (asseguração) e realização (efetivação) do direito substancial. Daí que, o escopo jurídico da jurisdição vai variar, conforme a teoria adotada por cada estudioso (se se adotar a teoria unitária, o escopo do processo seria então a produção de direitos subjetivos, obrigações e concretas relações jurídicas entre sujeitos através da sentença e não da mera ocorrência de fatos previstos em normas gerais - se se adotar, em contra-partida, a teoria dualista, os direitos subjetivos, obrigações e relações jurídicas constituem criação imediata da concreta ocorrência dos fatos previstos nas normas, ou seja, a sentença não os cria nem concorre para a sua criação (2001, vol. I, p. 132).

E analisando-se os ensinamentos de Candido Rangel Dinamarco, percebe-se que, na realidade, o que o estudioso prega não é o abandono da visão puramente jurídica do sistema processual, mas sua análise e utilização conjunta com os demais escopos do processo, acima mencionados. Segundo o autor, o processo é "uma instituição jurídica e seria insensato excluir o seu exame do plano do direito e das demais instituições jurídicas da nação" (2001, vol. I, p. 131).

Partimos, então, ao estudo da instrumentalidade do processo, com enfoque no tema que se propõe debater nesse estudo.

Inicialmente deve ser esclarecido que é comum e de absoluto acerto a afirmação de que o processo, como espécie de procedimento pautado pela garantia do contraditório, constitui o método estabelecido pelo direito para que a jurisdição seja exercida de modo correto, adequado e seguro.

O caráter instrumental do processo, enquanto categoria jurídica, constitui, no entanto, uma característica endosistemática que não coincide nem tem a riqueza desta outra de que se cuida e que é a instrumentalidade do processo, entendido agora como a expressão resumida do próprio sistema processual; essa,

sim, é uma perspectiva exterior, em que o sistema é examinado pelo ângulo externo, na sua inserção na ordem jurídica, política e social (DINAMARCO, 2003, p. 325).

Para o aprimoramento do sistema e para que ele possa cumprir adequadamente suas funções no plano social, no político e no jurídico, é preciso ter consciência integral de todos os seus escopos - ressaltando que isso também não deve conduzir ao afastamento das preocupações pela técnica processual, mas sim enriquecê-la com os dados obtidos (DINAMARCO, 2001, vol. I, p. 136).

Falar, assim, em instrumentalidade do processo, em primeiro lugar não significa que a técnica deve ser abandonada ou menosprezada (em razão do destaque dado aos escopos do processo e à sua inserção na ordem política e social). Isso porque, "o processo jamais deixará de ser uma técnica" (DINAMARCO, 2001, vol. I, p. 136).

Considerando que o Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada.

Assim é que, sendo o processo uma realidade dessa sociedade, mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue os já mencionados escopos sociais, políticos e jurídico.

Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco,

a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à "ordem jurídica justa". Para tanto, não só é preciso ter a consciência dos objetivos a atingir, como também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça (2009, p.47).

Assim, percebe-se que a instrumentalidade do processo esta intimamente ligada aos escopos da atividade jurisdicional, já que a simples afirmação de que o processo é um instrumento, por si só, não traz em si o real

significado dessa premissa, tão correntemente mencionada entre os processualistas nacionais.

Isso porque todo instrumento, como tal, só tem razão de ser se tiver seu uso destinado a alcançar os fins perseguidos por quem o detém ou o manipula (no caso, o poder Estatal, já que se trata da atividade jurisdicional), ou seja, se tiver em foco os objetivos a serem alcançados.

Daí ser muito simplista (e de pouco conteúdo valorativo) conceber que o processo é só um instrumento da atividade jurisdicional, sem se considerar nesse conceito, a necessidade e alcance dos objetivos do Poder Estatal e especificamente, a busca pela efetividade da tutela jurisdicional e do próprio direito material previsto em lei.

Ainda no ano de 1990, Arruda Alvim, se referindo à instrumentalidade do processo e as modificações ocorridas em nosso sistema, disse que

nestas duas décadas, decididamente, criou-se uma nova forma de encarar o processo, eminentemente crítica, cujo ângulo cardeal é a de que o processo tem de significar, na ordem prática, um instrumento eficiente de realização da justiça. Esta nova visão nada mais é que do que, diante de tais mutações sociais, e dos grandes grupamentos humanos que já acudiram, acodem - e pretendem acudir - à justiça, ter-se-á constatado a proporcional e crescente ineficiência do sistema tradicional (mesmo que informado pelo Direito Público, mas ainda ineficiente), o qual, por isso mesmo, foi posto em 'cheque' (1990, p106).

Também discorrendo sobre esse contexto e a necessidade de realização da justiça material, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira põe em relevo que:

Em direito processual, mais ainda do que em outros ramos do direito, enquanto trabalho de adaptação do geral ao concreto, a equidade relaciona-se, intimamente, com os fins da norma e da própria finalidade do processo e da tarefa afeita à jurisdição. Embora o princípio mais alto seja o da justiça, por meio de uma igualdade de todos perante a lei, não se pode esquecer o caráter essencialmente finalístico do direito processual. Finalismo esse não voltado para si mesmo, pois inexistente formalismo em si, senão voltado para os fins últimos da jurisdição. A esse respeito, não se pode deixar de salientar que o fim do direito é servir à finalidade pragmática que lhe é própria. Processualmente, visa-se atingir a um processo equânime, peculiar do Estado Democrático de Direito, que sirva à idéia de um equilíbrio ideal entre as partes e ao fim material do processo: a realização da justiça material (2006, p.22).

Assim, de todo exposto, pode-se dizer, sucintamente, que a instrumentalidade seria uma forma de conceber o processo não como um fim em si mesmo, mas como "veículo" de transformação da sociedade, de garantia de aplicabilidade efetiva das normas materiais previstas em lei, assim como, de pacificação social e permissão de participação real dos cidadãos nos destinos do Estado, que, por ser Democrático de Direito, deve lhe assegurar tais valores.

E analisando-se minuciosamente as assertivas de Candido Rangel Dinamarco, tanto na obra dedicada ao tema da instrumentalidade do processo, quanto na coleção chamada "Instituições de Direito Processual Civil", citada acima, percebe-se que houve nas últimas décadas uma exagerada e equivocada interpretação a respeito do que vem a ser a instrumentalidade do processo (e inclusive, muitas vezes, uma equivocada interpretação das próprias palavras de Candido Rangel Dinamarco, acredita-se).

Alguns estudiosos e operadores do Direito, pouco atentos talvez, vem disseminando descuidadosamente a idéia de que a instrumentalidade do processo e a necessidade de efetividade e celeridade na atividade jurisdicional são válidas justificativas para a realização de verdadeiros abusos e flagrantes violações à nossa Constituição Federal, nosso Código de Processo Civil e até mesmo ao princípio da legalidade inserto em nossas raízes.

Não se pode esquecer, porém, que a lei estabelece os casos em que cada modelo procedimental deve ser adotado e exige a observância desses preceitos, seja no tocante à escolha do procedimento adequado, seja na realização de todos os atos exigidos, na ordem e pela forma adequadas.

Por isso que, vigentes no sistema legal determinados modelos procedimentais, a eles deve necessariamente conformar-se a atividade jurisdicional, sob pena de ocorrência de nulidade processual e possível ilegitimidade dos provimentos a serem produzidos (risco esse grande e sério demais a ser assumido tanto pelas partes quanto pelo próprio Estado, interessado na adequada solução do litígio).

Conforme também já dito em capítulo anterior desse estudo, "o procedimento como técnica e a necessidade de sua observância constituem fatores de segurança dos litigantes, sem os quais se abriria caminho para abusos, arbitrariedades e conseqüente insegurança" (DINAMARCO, 2001, vol. I, p. 140).

Incontestavelmente, a definição e observância dos procedimentos é um aspecto do princípio da legalidade vigente em nosso Estado, bem como do devido processo legal (conforme também já dito também alhures).

E por isso Candido Rangel Dinamarco entende que "cada ato do procedimento há de ser conforme a lei, não em razão de estar descrito na lei nem na medida do rigor das exigências legais, mas na medida da necessidade de cumprir certas funções do processo e porque existem as funções a cumprir" (2003, p. 157).

Daí pregar o estudioso que a observância racional do procedimento é o que legitima o resultado do exercício do poder (2003, p.157) e que "as preferências axiológicas, éticas, sociais, políticas ou econômicas do juiz, enquanto opções pessoais, não podem prevalecer assim e impor-se imperativamente mediante atos que não são dele mas do Estado - do qual ele é um agente impessoal" (2001, vol. I , p. 135).

Perfilhamos, assim, do entendimento defendido por Candido Rangel Dinamarco, para quem a grande e legítima liberdade que o juiz tem ao julgar é liberdade de remontar aos valores da sociedade, captá-los e compreendê-los com sensibilidade e com a mais autêntica fidelidade a um universo axiológico que não é necessariamente o seu (2001, vol. I, p. 135).

Agindo dessa maneira o juiz se coloca como válido meio de comunicação entre os valores vigentes na sociedade e os casos concretos em que atua.

E como a função jurisdicional tem por limites as regras formais definidas em lei, a concepção a respeito da instrumentalidade do processo e, em última análise, a respeito do próprio formalismo processual é que balizará a intensidade da participação do magistrado e a dimensão do exercício desses poderes.

Assim, acredita-se que o juiz não pode ficar imune ou desatento às mudanças sociais e às influências do meio externo, porém, também não pode decidir o processo, pondo fim a ele, apenas motivado por suas convicções e referências pessoais, como dito acima.

Candido Rangel Dinamarco defende ainda que o movimento em busca da celeridade e satisfatividade processuais tem sim algumas barreiras "legitimamente intransponíveis" e que levam o construtor do sistema a conformar-se com o racional equilíbrio possível entre duas exigências antagônicas, a saber: de um

lado a celeridade processual, que tem por objetivo proporcionar a pacificação tão logo quanto possível; de outro, a ponderação no trato da causa e das razões dos litigantes, endereçada à melhor qualidade dos julgamentos (2001, vol. I, p. 140).

Por isso ele entende não ser possível a aplicabilidade, em nosso país, do princípio da adaptabilidade do procedimento (que será estudado de forma mais detalhada no capítulo subsequente - entendimento esse que também se compartilha).

Segundo o autor, "o juiz não tem autorização generalizada para imprimir ao procedimento os rumos que em cada caso se mostrem convenientes, o que em alguma medida pode suceder nos sistemas de procedimento flexível" (2001, vol. II p. 457).

E retornando à análise da instrumentalidade do processo, dentro desse contexto, Calmon de Passos teceu duras críticas e fez algumas importantes ponderações que merecem destaque. Vejamos:

Inicialmente, ressaltou que um dos resultados perversos gerados pela instrumentalidade processual foi justamente a quebra do equilíbrio processual trazida pelas recentes reformas legais, que geraram um hipertrofiamento do papel do juiz, exarcebando a litigiosidade e favorecendo o arbítrio (2001, p.25).

Entende Calmon que as reformas, ao invés de resolverem a crise da Justiça, agravaram-na progressivamente, até atingir o intolerável, que determinará o indesejável - a implosão, quando se queria apenas esse necessitava apenas de reformulação (2001, p.25).

Segundo ele,

a litigiosidade excessiva e o arbítrio, casados, estimulam os inescrupulosos a postularem e decidirem sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato descriminalizado, a par de incentivarem os ignorantes a ousarem cada vez mais, os arbitrários a oprimirem cada vez mais, os vaidosos a cada vez mais se exibirem e os fracos a cada vez mais se submeterem (2001, p.25).

De fato, distorção ocorrida e que não se pode negar, foi a de se ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sobrecarregamento em que se encontra o Poder Judiciário.



Com precioso acerto Calmon verificou que a pergunta que cumpria fosse feita - quais as causas reais dessa crise - jamais foi formulada.

Transcreve-se abaixo, dando sequência ao desenvolver de idéias, suas exatas palavras:

Apenas se indagava: o que fazer para nos libertarmos da plethora de feitos e de recursos que nos sufoca? E a resposta foi dada pela palavra mágica 'instrumentalidade', a que se casaram outras palavras mágicas 'celeridade', 'efetividade', 'deformalização' etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do Direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e de desencantamento (2001, p. 26).

Com postura um pouco menos rígida, mas ainda em tom crítico, Ana Pelegrini Grinover enfatizou que a sensibilidade sociopolítica do processualista não o levou, nem deve levá-lo a menosprezar o rigor científico de sua matéria.

Registrou a estudiosa:

A novidade da orientação dos estudos processuais brasileiros, que os distingue de outros de igual tendência sociológica, é a estrita fidelidade ao método técnico-científico. Conciliando e fundindo o pensamento e o método técnico-científico com as preocupações sócio-políticas, o processualista brasileiro da atualidade dedica-se - tanto no processo civil como no penal - aos problemas atuais do processo, na plena observância de seus cânones científicos mais rigorosos, empregando escrupulosamente a técnica processual para atingir os diversos escopos da jurisdição (1998, p.14).

E referindo-se a José Carlos Barbosa Moreira, disse que

como foi notado por um dos mais sensíveis processualistas contemporâneos, menosprezar a dimensão técnica do direito é formidável equívoco, pois qualquer ciência demanda e se serve de instrumentos técnicos. Se é certo que o tecnicismo exarcebado esteriliza o direito, é igualmente certo que o direito sem técnica é reduzido a diletantismo, quando não a charlatanismo (1998, p.15).

Independente do enfoque crítico que se entende mais acertado (conforme evidenciado pelas assertivas de J.J. Calmon de Passos e de Ada Pelegrini Grinover, acima transcritas) perfilha-se do entendimento de que a instrumentalidade do processo representa importantíssimo avanço processual,

sendo necessária ferramenta para o fornecimento de uma adequada tutela jurisdicional. Porém, tal premissa deve ser analisada e interpretada de forma sistemática e sem se esquecer dos mais importantes princípios ínsitos a nosso sistema jurídico (legalidade, devido processo legal e segurança jurídica) e ainda, da necessária utilização da técnica processual.

Por isso que a utilização da instrumentalidade do processo como se fosse "a salvação de todos os males", infringindo muitas vezes a lei, parece ser uma visão ingênua ou talvez até propositalmente distorcida da realidade. Não se acredita possa a instrumentalidade ser invocada como fundamento autorizador, assim, da alteração ou inobservância do procedimento previsto em lei, pelo magistrado, ainda que haja intenção legítima de alcançar maior efetividade e celeridade no processo.

Como já dito, a lei estabelece os casos em que cada modelo procedimental deve ser adotado e exige a observância desses preceitos. Conseqüentemente, a esses modelos necessariamente deve conformar-se o procedimento de todo processo, sob pena de ocorrência de nulidade processual e possível ilegitimidade dos provimentos jurisdicionais a serem produzidos.

Desse modo, uma vez definido posicionamento no sentido de não ser a instrumentalidade do processo um válido argumento (ou fundamento) a ensejar a inobservância, pelo magistrado, do procedimento legalmente previsto e do próprio formalismo (inerente e necessário à atividade jurisdicional), parte-se então para o capítulo seguinte desse estudo, onde será feita a análise do princípio da adaptabilidade do processo às exigências da causa.

## 6 O PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE DO PROCEDIMENTO ÀS EXIGÊNCIAS DA CAUSA E OS *CASE MANAGEMANT*

### 6.1 O PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE E SUA APLICABILIDADE (OU INAPLICABILIDADE) AO SISTEMA JURISDICIONAL BRASILEIRO

Piero Calamandrei, ao comentar as reformas no Código de Processo Civil italiano, afirmou a importância da inovação introduzida pelo princípio da adaptabilidade do procedimento às exigências da causa (também chamado de princípio da elasticidade processual) e ainda ressaltou entender ser tal princípio mais relevante que o da liberdade das formas, previsto no artigo 121 do Código de Processo Civil do país, já que esse último acabou encontrando na prática muito pouca aplicação, em decorrência da determinação bastante extensiva das formas dos atos, pelo novo Código.

Na realidade, em que pese o Código italiano ter tentado simplificar ao máximo as formas do processo e lhes dar a soltura e rapidez com que se desenvolviam as situações da vida, acabou permanecendo, mesmo assim, fiel ao princípio da legalidade das formas, admitindo a liberdade das mesmas, só em casos excepcionais, para as quais a lei não tenha prescrito uma forma determinada (e temperando o sistema segundo o princípio da adaptabilidade do procedimento às exigências da causa) (CALAMANDREI, 1999, p. 258).

Segundo Paulo Eduardo Alves da Silva,

na Itália, ainda que pareça haver um costume de buscar inovações no processo alemão, as idéias que movem as reformas parecem não se estabelecerem na prática e, com o tempo ganham complexidade não condizentes com a proposta de deformalização. Primeiro exemplo é o Código de 1942 que, ainda que tenha anunciado o princípio da adaptabilidade procedimental e ainda que importantes expoentes doutrinários tivessem o defendido, não se instalou nas práticas judiciais (2005, p.104-105).

O que se percebe é que a simplificação das formas e sua melhor adequação às finalidades do processo tem sido obtida pelo novo Código italiano,

não através da liberdade das formas, mas sim através de uma melhor regulação legal das mesmas.

Acerca do princípio da elasticidade ou adaptabilidade, comenta Piero Calamandrei:

A rigidez de um procedimento regulado de um - a adaptabilidade do procedimento como maneira de temperar a legalidade das formas - modo uniforme para todas as causas possíveis, tem o grande inconveniente de não prestar-se a satisfazer simultaneamente a exigência de cuidadosas e exaustivas investigações, que se sente especialmente em certas causas mais complicadas e difíceis, e a exigência de uma rápida resolução, que predomina nas causas mais simples e urgentes. Para conciliar harmoniosamente estas exigências contrapostas no sistema da legalidade, o Código tem se inspirado no princípio da adaptabilidade (ou, como também com autoridade se tem dito, da elasticidade) do procedimento: a cada etapa de seu *iter* processual as partes e o juiz encontram diante de si, oferecidos pela lei a sua eleição, múltiplos caminhos e lhes corresponde escolher, segundo as necessidades do caso, o mais longo ou os atalhos (1999, p. 300).

Segundo o autor, não se incorre assim nos perigos que derivariam de deixar ao juiz convertido em árbitro absoluto do procedimento, porque o procedimento deve ser fixado antecipadamente pela lei; mas a lei,

no lugar de construí-lo todo de uma peça, o construiu como um mecanismo composto de peças desmontáveis e combináveis entre si de distintas maneiras, que corresponde à sensibilidade das partes e à prudência do juiz ao montar caso a caso do modo mais conforme aos fins da justiça (CALAMANDREI, 1999, p. 300).

E ao citar exemplos da aplicabilidade do referido princípio (dentro do sistema jurisdicional italiano, obviamente) Piero Calamandrei diz que o mesmo não consiste somente na possibilidade dada em certos casos à parte de escolher inicialmente entre distintos tipos de procedimento (por exemplo, entre o procedimento ordinário e o procedimento de *inyunción*, arts. 633 e ss.); senão, também, no - art. 633 - poder dado ao juiz ou às partes de seguir, no curso do procedimento escolhido, o itinerário que melhor corresponda às dificuldades ao ritmo da causa (1999, p.301).

A lei, em suma, não traça um só caminho obrigatório para chegar à meta, senão que oferece uma série de variantes, de desvios e de conexões, cada uma das quais pode ter suas vantagens e seus inconvenientes. Assim, ainda citando

exemplos existentes dentro do sistema jurisdicional italiano, vê-se que os escritos preparatórios podem ser mais ou menos numerosos; as audiências da fase de instrução podem ser uma ou várias, segundo as provas a praticar; a preclusão das deduções pode ser mais ou menos rigorosa segundo os casos; o juiz instrutor pode remeter preliminarmente ao colegiado a decisão das questões prejudiciais mais graves, ou bem prover com ordenança para continuar ininterruptamente a instrução até o final; as partes podem entrar em acordo para atribuir ao juiz o poder de decidir segundo equidade, ou recorrer diretamente em cassação pulando a fase de apelação (CALAMANDREI, 1999, p.301).

Desse modo, para Piero Calamandrei, o referido princípio não significa liberdade das formas e também não o poder discricionário do juiz para determinar as formas caso a caso. Trata-se, então, de uma combinação do princípio da legalidade com o da pluralidade das formas; o juiz e as partes devem seguir, em geral, as formas estabelecidas pela lei, mas podem escolher, em cada caso, entre os vários tipos de formas que a lei deixa à sua disposição (CALAMANDREI, 1999, p. 301).

Através dessa assertiva, fica claro que para Piero Calamandrei, ao contrário do que alguns doutrinadores defendem equivocadamente, é a própria lei que deve fixar de forma expressa a possibilidade ou não de aplicação do princípio estudado, como um meio termo entre a legalidade e a pluralidade das formas. E tal cuidado existe justamente para evitar que o juiz seja árbitro absoluto e tenha ampla discricionariedade no oferecimento de soluções aos casos trazidos à juízo, bem como evitar que as partes sejam pegas de surpresa, no curso do processo, evitando-se, com isso, prejuízos e nulidades processuais.

Assim, é essencial para que se dê aplicação ao princípio da adaptabilidade, que haja *previsão normativa expressa*, ou seja, que conste no texto de lei esta possibilidade.

Ainda dentro da doutrina italiana, vale transcrever trechos da obra "Direito Processual Civil e Penal", de Francesco Carnelutti, que também abordou o tema, ainda que em menor intensidade e com entendimento um pouco distinto de Piero Calamandrei. Inicialmente, utilizando interessante metáfora, diz que "as *litis* são diferentes umas das outras como as doenças e nenhum médico pensaria em prescrever para todos os doentes o mesmo método de cura" e que "a referência a rigidez sugere a fórmula útil para indicar outro princípio, que se deve levar em conta

para a construção e para a manobra do processo: aludo ao princípio da elasticidade" (2001, p. 194).

E ressalta aspecto que, a seu ver, seria um dos mais polêmicos e importantes sobre o tema, relacionado ao direcionamento do referido princípio, ou seja, à prerrogativa dada apenas ao magistrado e não também às partes (2001, p. 195).

Enfatiza:

Este é, entretanto, um aspecto do problema sobre o qual as idéias não só dos técnicos, mas também dos homens de ciência não estão ainda maduras. A verdade é que é a vigente e impregnada concepção que sobrevaloriza o Estado perante o indivíduo, não percebeu o valor da ação no processo. Disso deriva um exagero quanto ao poder do juiz e uma correspondente diminuição do direito da parte; a atuação do princípio da elasticidade foi confiada exclusivamente ao primeiro com uma injusta desvalorização do segundo (CARNELUTTI, 2001, p. 195).

Também Giuseppe Chiovenda ressaltou que "grave problema de legislação processual está em se as formas devem ser determinadas pela lei ou se se deve deixar ao arbítrio do juiz regulá-las vez por vez ao sabor das exigências do caso concreto" (2002, vol. III, p.7).

E como já dito em capítulo anterior desse estudo, na maior parte das legislações prevalece o primeiro sistema, como o que maiores garantias oferece aos litigantes<sup>14</sup>.

E Giuseppe Chiovenda, em que pese não discorrer pormenorizadamente sobre o assunto na obra chamada "Instituições de Direito Processual Civil", defende o mesmo entendimento de Piero Calamandrei, ressaltando o dever do magistrado em ter postura objetiva e submissa à lei e aos princípios de direito, a fim de evitar que tendências pessoais ou posturas político-culturais possam influenciar no julgamento da causa (2002, vol. III, p. 7).

Na aplicação das normas procedimentais, como de todas as normas jurídicas, deve adotar-se a interpretação que se apresente mais rigorosamente conforme os princípios sugeridos pela lógica e pelo sistema, que pelo menos são fixos, constantes e objetivos, de preferência a tolerar certas tendências equitativas mórbidas, que, a pretexto de combater o formalismo ou de adaptar elasticamente as

---

<sup>14</sup> Ver capítulo 3, item "3.3"

formas à substância, abrem muitas vezes caminho - através do sentimento subjetivo da justiça alimentado em cada intérprete - às paixões e ao arbítrio (CHIOVENDA, 2002, p.10).

E também nesse mesmo sentido são diversas as vozes na doutrina nacional, tal como se demonstrará a seguir.

Entretanto, é importante salientar que muitos estudiosos nacionais equivocam-se ao interpretar as assertivas de Piero Calamandrei e dos demais defensores do referido princípio, na Itália. Isso porque entendem que o juiz teria uma autorização geral para adaptar o processo às exigências da causa, o que não é verdade.

Candido Rangel Dinamarco é um desses estudiosos, pois argumenta que o movimento em busca da celeridade e satisfatividade processuais tem algumas barreiras "legitimamente intransponíveis" (2001, vol. I, p. 140) e uma delas seria justamente a inaplicabilidade, em nosso país, do princípio da adaptabilidade do procedimento. Segundo o autor, "o juiz não tem autorização generalizada para imprimir ao procedimento os rumos que em cada caso se mostrem convenientes, o que em alguma medida pode suceder nos sistemas de procedimento flexível" (2001, vol. II p. 457).

Para fundamentar seu entendimento, Candido Rangel Dinamarco diz que a flexibilidade dos procedimentos europeus relaciona-se com a adoção do sistema da individualização da causa de pedir - oposto ao da substanciação, vigente no Brasil. Lá, podendo ser alterado no curso do processo o material fático integrante do que recebe o nome de circunstâncias particulares e fatos secundários, é imperiosa a flexibilização dos momentos probatórios. Aqui não, dado o rigor com que os fundamentos da demanda são estabilizados (art. 264 do CPC) (2001, vol II p. 457).

Outro aspecto importante a ser mencionado é o fato de que vigora em nosso sistema a regra da tipicidade dos atos quanto à respectiva forma, ou seja, disciplinando os atos do processo, a lei processual tolera a liberdade das formas tão-somente para o que não seja por ela expressamente regulado<sup>15</sup>. Porém, essa regra de tipicidade convive com outra, a da instrumentalidade das formas, segundo a qual

---

<sup>15</sup> Vide capítulo 3, item "3.3.

as formas não tem valor intrínseco absoluto, atuando como meio para a obtenção do objetivo de cada ato.

E estas considerações tem importância quando se confronta, de um lado, a vontade estabelecida pelo legislador (ao ditar as regras sobre os atos processuais) e de outro a atuação do juiz, que preside o processo e faz atuar essas mesmas regras. Daquela apontada tipicidade - e da função por ela desempenhada - decorre certamente a regra de que ao juiz não é dado pura e simplesmente alterar a forma do processo, modificando o procedimento previsto em lei. Ao assim proceder, o magistrado acabaria atentando contra a garantia da legalidade (YARSHEL, 1999, p. 170).

Incontestavelmente, o legislador usou a regra da proporcionalidade também ao elaborar os procedimentos legais, de acordo com o grau de importância de determinadas matérias ou dos valores envolvidos. Por isso ser assente na doutrina pátria o entendimento de que não pode o juiz, a pretexto de utilizar também esse mesmo princípio (proporcionalidade) ou qualquer outro fundamento, alterar as estruturas procedimentais existentes, fixando novos prazos de contestação e apelação, por exemplo, ou invertendo as fases processuais previstas em lei.

O procedimento fixado em lei é, antes de tudo, uma garantia de que haverá chances iguais para todos, em qualquer circunstância ou localidade do país. Se não fosse assim, em cada cidade, ou região, poderiam existir regras diferentes, eventualmente injustas, ou mesmo juízes arbitrários.

Por isso Carlos Alberto Alvaro de Oliveira defende que o juiz, por si só, num sistema absolutamente rígido, não pode pretender "abri-lo a força", contra a vontade e o sentimento do meio social. Esse impedimento ainda mais se acentua em Estados de cunho democrático, nos quais o arbítrio estatal tende a ceder ante o controle da sociedade civil e especialmente diante do império da lei, até agora a forma menos imperfeita de regulação jurídica criada pela humanidade (2003, p. 186).

E ressalta que "se mostra evidente, em face até do princípio da legalidade, a inadmissibilidade de que os magistrados se pusessem a criar ou alterar regras procedimentais, mesmo quando imperfeitas ou insatisfatórias as existentes" e a atividade jurisdicional, enquanto "componente e resultante do *imperium* estatal, sujeita-se o exercício da jurisdição aos limites de vinculação e de discricção fixados nas normas que a regulam" (OLIVEIRA, 2003, p.186).



De outro lado, o cidadão, para obter aquilo que realmente tem direito de obter, precisa que esse procedimento criado pelo legislador seja adequado às particularidades do seu direito.

Daí não haver impedimento para que se possa previamente conferir ao magistrado, como "diretor" do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de melhor tutelar o direito material (mas desde que a própria lei lhe confira esse poder, em cada hipótese em concreto e não de forma generalizada).

Podem ser citadas como exemplos dessa adaptabilidade do procedimento às peculiaridades da causa: a) possibilidade de inversão da regra do ônus da prova, em causas de consumo (art. 6º, VIII, CDC); b) a possibilidade de conversão do procedimento sumário em ordinário, em razão da complexidade da prova técnica ou do valor da causa (art. 277, §§ 4º e 5º, CPC); c) o julgamento antecipado da lide, em que se pode abreviar o rito, com a supressão de uma de suas fases (art. 330, CPC); d) a determinação ou não de audiência preliminar, a depender da disponibilidade do direito em jogo (art. 331, CPC), dentre outros.

Como a forma não constitui um valor em si mesmo, o formalismo processual deve ser analisado à luz dos objetivos a serem alcançados.

Como já dito anteriormente, a forma, como fator de legalidade do processo, não se refere apenas ao ato processual individualmente examinado, mas ao próprio procedimento (havendo intrínseca relação entre eles). Visto sob esse ângulo, a não observância do procedimento previamente estabelecido em lei pode significar também infração ao próprio formalismo inerente à atividade jurisdicional e igualmente, gerar nulidade processual.

Às vezes, todavia, atento à idéia de celeridade do processo, o próprio legislador confere ao juiz o poder de influir na condução do devido processo legal, adaptando-o à situação de direito material posta em juízo (o que não significa, como já ressaltado anteriormente, infração ao texto legal, já que haveria permissivo explícito para isso).

É interessante ressaltar ainda que a adaptação do processo ao seu objeto dá-se, pois, no plano normativo, mediante a elaboração de procedimentos e previsão de formas adequadas às necessidades das hipóteses possíveis, mas também no próprio âmbito do processo, com a concessão de poderes ao juiz para,

dentro de determinados limites, realizar a adequação de forma concreta (BEDAQUE, 2007, p.65).

José Roberto dos Santos Bedaque reconhece que

a observância da técnica é fundamental ao correto desenvolvimento do processo, por representar garantia de ordem, segurança e participação dos sujeitos na formação da tutela jurisdicional. Reconhece-se, portanto, a importância da tipicidade do procedimento, pois os modelos abstratos previstos pelo legislador tem fundamento em regras de experiência que não podem ser desprezadas (2007, p. 104).

Porém, defende que deve haver "reforço da autoridade judiciária e a ampliação dos poderes conferidos ao juiz para adequar as regras processuais às circunstâncias da situação litigiosa" (2007, p. 110) e que "quanto mais o legislador valer-se de formas abertas, sem conteúdo jurídico definido, maior será a possibilidade de o juiz adaptá-la as necessidades do caso concreto" (2007, p.109).

Argumenta ainda que "esse poder não se confunde com a denominada discricionariedade judicial, mas implica ampliação da margem de controle da técnica processual pelo julgador" (2007, p. 109).

E o autor cita como exemplo da aplicabilidade desse princípio a possibilidade do julgamento antecipado da lide, quando dispensável dilação probatória (CPC, art. 330, I - o que já foi mencionado como exemplo alhures), bem como a possibilidade de execução provisória, que implica atuação das funções cognitiva e satisfativa concomitantemente, tendo em vista as necessidades materiais do litígio (2003, p.61).

Ou seja, analisando-se as assertivas de José Roberto dos Santos Bedaque, bem como os exemplos que ele cita em sua obra, percebe-se que apesar de adotar postura mais flexível, ele não defende a possibilidade de alteração do texto legal previsto, mas sim a possibilidade do juiz adotar postura diversa daquela decorrente do rito ordinário, sempre que (igualmente ao que se defende nesse estudo) houver expressa autorização legal para tanto.

Já Paulo Eduardo Alves da Silva argumenta em sua tese de Doutorado feita na Universidade de São Paulo, que a lei confere ao juiz, dentre outros, poderes de direção do processo (art. 125 do CPC), o que fundamentaria, segundo ele, a possibilidade de flexibilização e adaptabilidade do procedimento às exigências da causa, de forma genérica (2005, p. 89).

O mesmo autor diz que "afirma-se, na doutrina brasileira contemporânea, que não há espaço para esse princípio no ordenamento brasileiro vigente" mas que "não há como se negar que a flexibilização das regras procedimentais, que não se limita aos casos aqui trazidos, é uma forma de adaptação do procedimento legal pelo juiz, independente do objeto e da justificativa escolhidos" (2005, p. 90).

Diz ainda que "ao menos em tese, há uma contradição velada no sistema processual brasileiro entre o poder de direção do juiz e a impressão geral de que a rigidez formal é condicionante do devido processo e da justiça da decisão" (2005, p. 90).

Incontestavelmente, o regime legal do procedimento judicial brasileiro é multi-influenciado: nasceu em berço de formalismo extremo, cresceu ouvindo que forma é segurança contra o arbítrio do julgador e instrumento para alcance da justiça na decisão. Rebelou-se quando jovem ao ouvir as promessas de flexibilização do procedimento de Franz Klein e oralidade de Giuseppe Chiovenda e hoje, recém adulto, recuperou a tradicional educação primária: pratica os princípios da legalidade, rigidez e indisponibilidade do procedimento (SILVA, 2005, p.91).

Resta saber agora se adquiriu maturidade para ponderar o formalismo necessário ao processo com as exigências contemporâneas de celeridade, efetividade, adequação e planejamento de custos e tempo na resolução dos conflitos trazidos a juízo.

## 6.2 Os *CASE MANAGEMENT* DO SISTEMA AMERICANO E INGLÊS E SUA APLICABILIDADE (OU INAPLICABILIDADE) AO SISTEMA JURISDICIONAL BRASILEIRO

### 6.2.1 Os Sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*

Antes de passar ao estudo dos *case management* nos sistemas jurisdicionais americano e inglês, importante fazer breve análise história a respeito da *Civil Law* e da *Common Law*, já que as diferenciações entre esses dois sistemas

acabaram justificando também as diferenciações em relação à atual concepção dos poderes do juiz no processo.

Inicialmente, o que se percebe é que a distinção dantes tão expressiva entre esses dois sistemas, acabou, com o passar dos anos sendo atenuada pela influência recíproca das boas iniciativas adotadas em cada um deles.

Ora países adeptos do padrão continental implementaram medidas típicas do processo da *Common Law* (adotando, por exemplo, os precedentes judiciais como fonte primária do Direito) ora os sistemas anglo-saxônicos se curvaram ao Direito escrito, de modo que não se conservam mais atualmente, de modo geral, modelos totalmente puros, resistentes à essa influência recíproca.

Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni, que estudou cuidadosamente o tema, denomina-se *adversarial system* o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No *inquisitorial system*, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz, embora possam também ser inteiramente disciplinadas em lei (2008, p.163).

Em regra os sistemas filiados ao tronco anglo-saxão são predominantemente adversatoriais, enquanto que os inquisitoriais existem preponderantemente nos sistemas filiados à família romano-germânica. No modelo clássico, simétrico e persuasivo da *Common Law*, dito adversatorial, o procedimento está caracterizado pelo desenvolvimento de diálogo entre as partes e pela passividade do juiz diante da investigação da verdade e da disciplina do procedimento (GAJARDONI, 2008, p. 164).

Por outro lado, no modelo inquisitorial (ou assimétrico, como também é chamado), o procedimento é caracterizado por forte ativismo judicial, ou seja, por um juiz que participa ativamente do procedimento e da investigação da verdade. É considerado assimétrico justamente por conta dessa participação do juiz que verticalizando a relação jurídica processual, acaba por desigualar a relação de isonomia entre as partes. Há neste modelo verdadeira apropriação do processo pelo Estado-juiz, em maior ou menor intensidade a variar de país a país, já que todo o procedimento é minuciosamente regrado pela lei ou pelo juiz, sem possibilidade de convenção ou intervenção das partes a respeito (GAJARDONI, 2008, p.165).

Segundo Paulo Eduardo Alves Silva, não é difícil encontrar razões pelas quais a condução do processo judicial, em tese, "é de mais fácil aceitação nos

sistemas inquisitoriais de jurisdição, como os de tradição romano-germânica do que em sistemas ordenados por modelo adversatorial, como os de *Common Law*", porém, mais "complicado é explicar porque, em concreto, essas técnicas se desenvolveram em ordenamentos vinculados a esses sistemas e não naqueles" (2005, p.78).

E argumenta ainda que

o conhecimento do trajeto histórico do formalismo na tradição romano-canônica e de como ele freia o desenvolvimento do ativismo de condução do processo é que evidencia as dificuldades em se implantar o *case management* nos sistemas judiciais inquisitoriais (2005, p. 86).

E justamente em razão da tendência atual de ampliação dos poderes do juiz na condução do processo é que se tem exigido, nos sistemas inquisitoriais, uma maior rigidez no exercício desses poderes, especialmente no tocante à condução do procedimento, sob a premissa de que só assim seria possível o controle de eventual arbítrio judicial.

Enquanto isso, nos sistemas adversatoriais, esta realidade se altera substancialmente, pois o centro do poder não está na figura do juiz e a lei não representa a fonte primária do Direito. O procedimento não é tido como garantia contra o arbítrio, mas sim como técnica para coordenar o andamento da causa e os debates em torno do conflito, de modo que acaba se adequando a ele conforme as partes conduzem o procedimento e não o contrário (GAJARDONI, 2008, p. 165).

E é por isso que os sistemas de tradição adversatorial, em que pese a originária passividade do julgador (em relação ao andamento do processo e a atividade probatória), acabaram por desenvolver mecanismos de variação procedimental muito mais eficientes que os de tradição romana.

Visualizando o procedimento não como garantia, mas sim como meio de descoberta da verdade, admitiu-se que as partes poderiam adequar o instrumento ao seu fim - ou o próprio juiz, com o passar do tempo - (e daí o posterior surgimento dos chamados *case management*, como um desdobramento desse "modo de pensar").

Como dito alhures, a influência recíproca desses dois modelos acabou, com o passar dos anos, fazendo com que os ordenamentos adversatoriais e inquisitoriais se aproveitassem das experiências um do outro.

Por isso defende Fernando da Fonseca Gajardoni que "embora guardadas as devidas diferenças, as experiências do sistema da *Common Law* podem e devem ser aproveitadas nos ordenamentos inquisitoriais como o nosso" (2008, p. 166).

Como conclusão, afirma que

a desejada segurança jurídica não é incompatível com um procedimento mais maleável e aderente à realidade das partes, do direito material e porque não, da própria unidade judiciária em que tem curso a demanda. Ainda que seja cedo para se esperar uma mudança legislativa a respeito, certamente não é para que se principiem as discussões sobre o tema (GAJARDONI, 2008, p. 176).

Em que pese o respeito ao retro citado autor, não se perfilha do mesmo entendimento, acreditando haver fortes motivos para que não seja aplicado ao sistema jurisdicional brasileiro os *case management*, conforme se detalhará em item subsequente.

### 6.2.2 O *Case Management* no Sistema Judicial Norte-Americano

No início da década de 1970, com o intuito de reduzir o congestionamento judicial existente, juízes e estudiosos do sistema de justiça americano passaram a dedicar tempo à criação e desenvolvimento de técnicas de condução dos casos, buscando nas ciências médicas e ortodônticas o conceito de *case management*<sup>16</sup>, através do qual o tratamento de uma determinada enfermidade se inicia por um planejamento das investidas terapêuticas que serão feitas.

E foi assim que o *judicial case management* foi concebido com o claro objetivo de proporcionar uma rápida, eficiente e menos custosa resolução dos conflitos jurisdicionais.

Já nas décadas seguintes, os projetos de gerenciamento judicial de casos ganharam importância, até pelos crescentes ataques à eficiência do aparelho estatal. Afirmava-se que o Poder Judiciário não desfrutava de credibilidade como

---

<sup>16</sup> Cujá tradução para nosso idioma significa gestão ou gerenciamento de processos.

instituição pública governamental e que sua ineficiência influía negativamente na competitividade dos negócios norte-americanos no mercado internacional.

E foi dentro desse quadro que em 1990 foi promulgado o *Civil Justice Reform Act* que reformou o Poder Judiciário americano e determinou que as Cortes adotassem técnicas de gerenciamento de casos (SILVA, 2005, p.56).

Para atingir seus objetivos, o *case management* americano utiliza especialmente da resolução alternativa de conflitos e a flexibilização do procedimento judicial (sendo que nesse último caso, o juiz deve atuar para reduzir os custos e o tempo do processo), sendo utilizado tanto nas Cortes Estaduais quanto nas Federais.

Segundo Paulo Eduardo Alves Silva, abre-se então com os *case management*, "uma exigência prática, o debate teórico entre a segurança que se espera obter mediante a forma legal pré-estabelecida e a possível insegurança gerada pela discricionariedade ou pelo arbítrio do condutor e julgador de um conflito" (2005, p. 56).

E não há, no sistema norte-americano, um modelo único de *case management*, mas um rol de modelos concebidos pelas Cortes conforme a lei, sua estrutura administrativa e as características do caso em si.

Porém, é possível traçar alguns princípios orientadores: i) envolvimento do magistrado com o caso logo no início do feito, para planejar seus caminhos e controlar seus custos; ii) envolvimento do magistrado na atividade probatória; iii) elaboração de planos e cronogramas dos atos procedimentais específicos para cada caso; iv) treinamento adicional dos juízes em técnicas de gerenciamento de casos; v) planejamento de prazos e procedimentos diferenciados para demandas simples, individuais e casos complexos, com pluralidade de partes e diversidades de questões (SILVA, 2005, p.56-57).

Daí ressaltar Paulo Eduardo que os modelos variam conforme as técnicas procedimentais adotadas e que já no início do feito, o juiz, apreciando a petição inicial, estabelece um quadro detalhado com os prazos para citação, aditamento da peça inicial, apresentação de reconvenção, produção e apresentação de provas, perícias, audiências e inclusive data para julgamento (sendo inclusive que essa data do julgamento só é alterada em situações muito excepcionais) (2005, p. 57).

Além do planejamento, o segundo elemento de destaque do *case management* americano são os mecanismos de resolução alternativa de conflitos, fortemente estimulados. Entre os pressupostos da demanda, exige-se que as partes certifiquem que tentaram resolver a demanda pelos chamados meios alternativos: mediação, conciliação, arbitragem e avaliação de terceiro neutro, etc.

O modelo padrão de condução de casos nas Cortes Federais norte americanas tem duas fases: tentativa de acordo e preparação para os debates orais. Não se busca um julgamento final. Não havendo acordo, a triagem definirá se há necessidade de debates orais, agendando conferência para esse fim, ou seja, a triagem indica o melhor encaminhamento para cada caso (SILVA, 2005, p.62).

E a triagem se inicia com atitude das próprias partes.

Assim, logo no início do processo o autor deve apresentar um panorama do caso e resumo de suas alegações, apontar eventuais precedentes e sugerir um trajeto procedimental adequado para o feito. O caso é então enviado para o setor específico para tentativa de acordo. Não obtida a resolução amigável, passará pelo *screening* (triagem) propriamente, que objetiva definir se haverá ou não debates orais, sendo que geralmente não são debatidos oralmente os processos em que uma das partes não esta representada por advogado. A triagem também pode sugerir uma decisão de mérito para o caso e elaborar uma minuta de ordem ou uma opinião legal, assim como também pode indicar se a parte não representada receberá um advogado (SILVA, 2005, p. 62-63).

Verificará o juiz, ainda, se as partes cumpriram as exigências formais de regularidade procedimental, estabelecerá o nível de complexidade do caso e a estimativa de tempo para seu julgamento, sugerirá o tempo que deve ser alocado para os debates orais e ainda, informará se há caso semelhante pendente de julgamento perante aquela Corte ou perante a Corte Suprema (SILVA, 2005, p. 62-63).

E após alguns anos de implementação do programa de *case management* nos Estados Unidos da América, foi publicado um relatório detalhado com as principais conclusões a que chegaram. Esse relatório afirmou que o programa, como um todo, produziu menos efeitos que os esperados sobre o tempo do processo, os custos envolvidos e a satisfação das partes, mas registrou que algumas técnicas produziram redução de tempo, embora pudessem gerar aumento de custo. Verificou-se ainda um aumento no número total de demandas judiciais da



amostra do "programa piloto", mas a proporção das que não são resolvidas em até três anos diminuiu - o que evidenciou uma redução no tempo médio dos processos (SILVA, 2005, p. 66).

### 6.2.3 O *Case Management* no Sistema Judicial Britânico

As reformas ocorridas na última década, no sistema judicial inglês, tem sido consideradas as maiores transformações naquele sistema desde 1870 e, dentre essas inovações, percebe-se a nítida intenção em incrementar substancialmente os poderes do juiz, especialmente para utilização e aplicação das regras de *case management*.

Segundo Neil Andrews, que dedicou obra ao estudo do sistema judicial inglês, a gestão de processos tem três funções principais: "encorajar as partes a se empenharem pelo consenso, sempre que possível; evitar que o processo tramite muito lentamente e de maneira ineficaz; finalmente, garantir que os recursos judiciais sejam utilizados proporcionalmente" (2009, p. 73).

Ao contrário do sistema judicial americano, o *case management* inglês é previsto na *Civil Procedure Rules*<sup>17</sup> onde consta que seu escopo primordial é permitir às cortes tratar os casos de forma justa. Já no início desse texto legal, são estabelecidas as técnicas que compõem o dever geral dos Tribunais gerenciarem os casos para alcançarem tais objetivos: identificar as questões envolvidas no caso; resolver as questões simples rapidamente e decidir em que parâmetros as demais questões serão resolvidas; estabelecer cronogramas das providências a serem adotadas no procedimento; controlar o volume de provas necessárias em um caso; limitar o volume de perícia e outras provas que devam ser produzidas, estabelecendo prazos para os atos processuais (SILVA, 2005, p. 69).

Segundo a *Civil Procedure Rules*, os juízes, especialmente os de primeira instância, tem as seguintes responsabilidades gerenciais: encorajar a cooperação entre as partes e auxiliá-las a chegar a um acordo (se necessário, promovendo a suspensão do processo para permitir que tais negociações ocorram,

---

<sup>17</sup> Trata-se do Código de Processo Civil inglês e sua abreviatura "CPR" é mais corriqueiramente utilizada.

fora dos Tribunais); determinar o que é relevante e prioritário (ou seja, ajudar a identificar as questões do caso e definir a ordem, dentre outras atitudes); tomar decisões sumárias (decidir sobre o início de uma audiência sumária ou se a petição inicial ou a defesa devem ser inadmitidas por não serem viáveis, ou se o processo deve ser extinto na fase de exame das questões preliminares etc); promover o fluxo ágil do processo (fixando prazos e controlando o andamento do processo de outras maneiras); controlar as custas (decidir se determinada providência durante o processo é economicamente viável) (ANDREWS, 2009, p. 75).

Porém, em linhas gerais, percebe-se que o *case management* inglês é bastante semelhante ao norte-americano, sendo que ambos prevêm a outorga de poderes ao juiz para o alcance do mesmo objetivo, que é o processo justo, rápido e econômico.

A principal diferença entre ambos, como ressaltado alhures, é relacionada à fonte normativa: o *case management* norte-americano está fundado em orientações gerais divulgadas por um centro de acompanhamento do funcionamento das cortes federais (o Federal Judicial Center) enquanto que o *case management* inglês ganhou espaço através de um texto normativo (as *Civil Procedure Rules*) (SILVA, 2005, p.70).

Analisando as características do *case management* inglês, percebe-se que ele forma um sistema articulado entre os princípios gerais, as orientações legais específicas ao juiz na condução do caso e os precedentes jurisprudenciais, que tem desenhado os limites dos poderes de condução do juiz sobre o caso. Também há o estímulo à resolução alternativa do conflito, tal como ocorre no sistema americano, sendo que o juiz tem a obrigação legal de incentivar as partes ao uso delas, e, inclusive, eventual recusa deve ser devidamente motivada, sob pena da parte ser condenada a arcar com os custos do processo, independentemente de ser vencido ou não na demanda (SILVA, 2005, p.71).

As *Civil Procedure Rules* também permitem que o juiz defina o procedimento adequado para o caso ou flexibilize-o, conforme as circunstâncias e os *overriding objectives* (regras gerais comuns a todo processo). Existem três moldes procedimentais diferentes, conforme o nível de complexidade e os valores envolvidos: o *small claims*, o *fast track* e o *multi-track*, sendo que o juiz está autorizado a escolher, substituir ou até mesclar esses procedimentos, servindo-lhe

de critério a estimativa dos prejuízos e benefícios para o caso e para as partes (SILVA, 2005, p.72).

Na realidade, é patente a liberdade e discricionariedade que tem o juiz, no sistema jurisdicional inglês. Conforme ressaltado por Neil Andrews, as partes não devem interferir no julgamento, a menos que possam demonstrar que os juízes exerceram seus poderes de forma a ferir princípios relevantes.

E mais ainda, as partes, para recorrer dessas decisões do *case management*, tem que obter permissão (do próprio Tribunal de primeira instância), dificilmente será concedida, pois os Tribunais respeitam consideravelmente essas decisões dos juízes, exceto quando incorretas (2009, p. 75).

Ponto importante a respeito do tema, a ser ressaltado, é que o juiz, no sistema jurisdicional inglês, está autorizado pela *Civil Procedure Rules* a adotar qualquer outra medida relacionada ao *case management* não disposta no texto legal, desde que para atender aos *overriding objectives*. Ou seja, o juiz não está limitado a seguir apenas as prescrições legais, tendo de fato liberdade na condução dos processos, a fim de alcançar aqueles objetivos, já citados. Porém, se algum procedimento judicial estiver prescrito em lei de forma categórica, sem possibilidade de flexibilização, o juiz não poderá alterá-lo, ainda que para o alcance dos *overriding objectives* (SILVA, 2005, p.72).

Da mesma forma e almejando o mesmo fim, a lei também lhe permite aplicar ou relevar sanções às partes e proferir *injunctions* independentes de requerimento. E, ainda, permite deixar de aplicar a sanção legal para os erros procedimentais cometidos pela parte ou abreviar e estender os prazos para os atos processuais (SILVA, 2005, p. 72).

De fato, o objetivo preponderante dos *case management* é "garantir que cada caso utilize não mais que uma parcela proporcional dos recursos do Tribunal e das partes, que as verdadeiras questões em disputas sejam identificadas logo no início do processo e o Tribunal e as partes se concentrem nelas e que a ação seja tratada de forma diligente" (ANDREWS, 2009, p. 75).

Sobre os resultados do *case management* inglês, Paulo Eduardo Alves da Silva diz que

recentíssima pesquisa elaborada pelo *Department for Constitutional Affair (The research Unit)*, sob responsabilidade dos professores John Peysner e Mary Seneviratne, publicada em novembro de 2005, analisa os resultados do *case management* inglês a partir de entrevistas realizadas entre 2003 e 2004 com juizes, funcionários da justiça e advogados. Entre suas principais conclusões, a resolução de conflitos baseada nesse mecanismo gerou qualidade ao sistema, alterou a mentalidade dos operadores, reduziu o volume de demandas, aumentou o índice de acordo e, por outro lado, aumentou o custo geral da resolução judicial" (2005, p.73).

E ressalta, sobre a redução de litígios, que as cortes inglesas assistiam uma tendência de aumento do número de litígios (em 1997 processavam cerca de 2,20 milhões de demandas judiciais e em 1998, 2,24 milhões). A partir de então, verificou-se uma queda crescente: 2.0 milhões em 1999, 1.8 milhões em 2000, 1.7 em 2001, 1.6 em 2002 e 1.5 em 2003 (SILVA, 2005, p. 74).

Essa queda no volume de ações, segundo estudiosos do sistema de justiça inglês, se deu principalmente por três motivos: primeiro porque a premissa do *case management* é que os conflitos sejam resolvidos antes do processo judicial ou logo no início dele; segundo porque as CPR admitem que o advogado faça acordo antes da formalização do processo e com isso deixe de incluir na negociação o valor das custas processuais, buscando depois em juízo o pagamento apenas desse valor; em terceiro porque as *Civil Procedure Rules* admitem que a parte, ainda que vencedora na ação, seja incumbida do pagamento das custas processuais, caso não comprove ter tentado a negociação anterior (SILVA, 2005, p.75).

Registrou-se, além disso, um aumento geral de 60% no percentual de ações finalizadas através da formalização de acordo e em alguns tribunais, esse índice foi de 80% e, em contra-partida, um aumento dos custos envolvendo o processo, em relação ao período anterior à edição das CPR, o que continua a ser um grande problema ao sistema de justiça deles (SILVA, 2005, p.75-76).

Paulo Eduardo Alves da Silva ressaltou, ainda, que "os efeitos acolhidos na Inglaterra parecem ser de maior intensidade que nos Estados Unidos" e que justamente em razão dessas diferenças em relação aos dois sistemas é que "a condução de processos judiciais é mais uma racionalidade que uma ferramenta técnica", já que "como racionalidade, ela tende a produzir mais resultados em sistemas carentes dessa racionalidade que em sistemas que já a apresentam enraizada na postura dos operadores" (2005, p. 77).

#### 6.2.4 Aplicabilidade dos *Case Management* ao Sistema Judicial Brasileiro

Segundo a melhor doutrina nacional que versa sobre o tema, a forma tem como primordial função "indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento" (OLIVEIRA, 2006, p. 8).

Porém, não se trata apenas de ordenar o procedimento, mas também de atuar na importante função de prever e disciplinar o próprio poder do órgão jurisdicional e, dentro dessa perspectiva, o formalismo processual acaba atuando também como garantia de liberdade dos indivíduos contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado.

Daí o entendimento ora defendido, com espeque nessa parcela da doutrina nacional, que não seria adequado fazer em nosso país, o gerenciamento de processos, tal como são feito nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, sob pena de comprometer a igualdade entre as partes e o equilíbrio entre essas e o Poder Estatal.

Segundo Carlos Alberto Alvaro Oliveira, que se dedicou profundamente ao estudo do formalismo processual (conforme já ressaltado alhures) se se deixar ao juiz a escolha do procedimento, em cada caso levado à tutela do Estado, poderia até fazer periclitar a igual realização do direito material, na medida em que a discricção do órgão judicial quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional, implicaria no risco de se conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito (2006, p. 0809).

E complementa:

Não bastasse isso, se constrangido o órgão judicial de cada processo a elaborar para o caso concreto, com grande desperdício de tempo, os próprios princípios com a finalidade de dar forma ao procedimento adequado, permaneceria inutilizável o tesouro da experiência colhida da história do direito processual (2006, p. 09).

Na realidade, a grande preocupação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e possivelmente da grande parte dos estudiosos nacionais, em relação ao

tema, seria justamente o fomento do conflito entre dois valores aparentemente contraditórios: o formalismo processual - em seu aspecto positivo, como fator de segurança ao sistema- e a busca pela efetividade e justiça na decisão. Por isso assevera o referido autor que

esse constante trabalhar do órgão judicial com a incapacidade de previsão pela lei de todas as hipóteses possíveis, com a generalização da regra e ainda com fatores fáticos incertos e inconstantes, agravado pelos diversos graus de sua capacidade pessoal, tanto na coleta do material probatório quanto na sua seleção e avaliação, evidencia de forma bastante clara os riscos sempre presentes de um conflito entre o valor do formalismo e o da justiça na solução do caso trazido a consideração (OLIVEIRA, 2006, p. 21).

Também Ovídio A. Batista da Silva já manifestou seu posicionamento contra a aplicabilidade dos *case management* ao nosso sistema jurisdicional, dizendo que "os inconvenientes desnecessitam ser alinhados, bastando aduzir-se que imperaria a incerteza e a insegurança, a par de dificultar o trabalho dos juízes, contribuindo, ao menos em nosso meio, para a perenização dos processos" (2002, p. 221).

Segundo o referido autor, a necessidade de organização de um sistema lógico, acessível e seguro para as formas processuais é imperiosa, embora não divirjam há séculos os doutrinadores sobre as dificuldades da tarefa. E como já dito anteriormente, o sistema preferível é o da legalidade das formas, com os temperamentos possíveis (SILVA, 2002, p. 221 )<sup>18</sup>.

Não se pode esquecer que entre os países adeptos do sistema da *Common Law* e os adeptos da *Civil Law* existem gritantes diferenças sociais, culturais e até estruturais (no que tange ao próprio Poder Judiciário), que acabam também condicionando e impossibilitando a aplicação, nos países que adotaram o segundo sistema, de determinados institutos previstos no primeiro.

Na realidade o que se percebe ao analisar especificamente os sistemas jurisdicionais norte-americano e inglês (sem a pretensão, obviamente, de aprofundar em peculiaridades e características, o que fugiria ao objetivo ora proposto) é que os cidadãos e a sociedade como um todo tem grande confiança nos representantes do Poder Judiciário, não colocando óbices à concessão de amplos poderes aos juízes, já que sua atividade se legitimaria pelo objetivo comum de

---

<sup>18</sup> Vide capítulo 3, item "3.3".

pacificação social e também, ainda que indireta e conseqüentemente, de crescimento econômico.

Não se crê, porém, que essa confiança nas instituições políticas e jurídicas exista também em nosso país, sendo esse, sem dúvida, mais um forte argumento para a inaplicabilidade do gerenciamento de processos, pelo juiz, ao nosso sistema jurisdicional, tal como ocorre nos países acima citados.

Essa ausência de credibilidade no Poder Judiciário nacional e também em seus representantes é tão patente que em diversos anos consecutivos o Brasil vem tendo mau desempenho no relatório do Índice de Percepção de Corrupção (IPC) feito pela ONG "Transparência Internacional"<sup>19</sup>.

Segundo esse relatório, o país teve esse ano, índice de 3,7 em uma escala que vai de zero (países vistos como muito corruptos) a dez (considerados bem pouco corruptos) e ficou esse ano em 69º lugar nesse ranking, com a participação de 178 países. E como dito, tal quadro vem se repetindo já há vários anos, já que em 2009 ficou em 75º lugar, com participação 180 países e no ano de 2008 em 80º lugar, também com a participação da mesma quantidade de países<sup>20</sup>.

Com o propósito de avaliar a confiabilidade dos brasileiros especificamente no Poder Judiciário, a Fundação Getúlio Vargas-FGV, juntamente com o IBRE - Instituto Brasileiro de Economia - desenvolveu o ICJBrasil<sup>21</sup> (Índice de Confiança na Justiça), que avalia trimestralmente a percepção e a confiança dos cidadãos no Judiciário, em 7 capitais (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, Recife, Brasília e Porto Alegre), cujas regiões metropolitanas representam 1/3 da população brasileira, segundo dados do Censo de 2000 do IBGE.

---

<sup>19</sup> A referida ONG utiliza o web site: [www.transparency.org](http://www.transparency.org).

<sup>20</sup> Apenas para que se tenha uma melhor idéia a respeito dos índices do IPC, no panorama mundial, averigou-se que pelo terceiro ano consecutivo os países que obtiveram maior pontuação foram a Nova Zelândia e a Dinamarca (com 9,3 pontos) e em contra-partida, menor pontuação, a Somália (com pontuação de 1,1) Afeganistão e Mianmar (ambos com 1,4). Entre os países latino-americanos, o Brasil aparece em 6º lugar, a frente do Chile, Uruguai, Porto Rico, Costa Rica e República Dominicana. Canadá e Barbados lideram o ranking das Américas, enquanto o Haiti, Paraguai e a Venezuela aparecem em último lugar. Em média o Brasil obteve nota de 3,89 e ntre os anos de 1995 a 2010. E esses resultados, sem dúvida, refletem a estabilidade política e o funcionamento das instituições públicas em cada um desses países avaliados.

<sup>21</sup> O ICJBrasil é composto por dois subíndices: (i) um subíndice de percepção, pelo qual é medida a opinião da população sobre a Justiça e a forma como ela presta o serviço público; e (ii) um subíndice de comportamento, pelo qual procura-se identificar se a população recorre ao Judiciário para solucionar determinados conflitos. Sob a coordenação da Prof. Luciana Gross Cunha, o ICJBrasil é publicado trimestralmente por meio dos seus relatórios, pela "DIREITO GV".

E segundo o último relatório divulgado (referente ao terceiro trimestre do ano de 2010), 89% dos entrevistados afirmaram que o Poder Judiciário resolve os conflitos de forma lenta ou muito lentamente, 77% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos e 69% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar.

Outros três problemas apontados pelos entrevistados e que envolvem diretamente a figura do magistrado foram: a falta de honestidade (63% dos entrevistados consideram o Judiciário nada ou pouco honesto), a parcialidade (61% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é nada ou pouco independente) e a falta de competência para solucionar os casos (55% da população entrevistada classificam o Judiciário como nada ou pouco competente). Na declaração espontânea sobre o quanto confiam no Poder Judiciário, apenas 33% dos entrevistados responderam que ele é confiável ou muito confiável - mesmo percentual verificado no segundo trimestre de 2010.

Assim, da análise dos recentes resultados do IPC e do ICJBrasil, ora narrados, percebe-se que incontestavelmente não há segurança e confiabilidade nos órgãos públicos de nosso país, em suas mais variadas esferas e especialmente no Poder Judiciário (ressaltando que o ICJBrasil identificou que abaixo do Poder Judiciário, apenas os partidos políticos, o Congresso Nacional e a polícia civil tem maior índice de rejeição e ausência de credibilidade, dentre diversas outras instituições, tais como as Forças Armadas, Igreja Católica, emissoras de televisão, imprensa e o Governo Federal)<sup>22</sup>.

Consequentemente, essas dificuldades inexistentes nos Estados Unidos da América e Inglaterra (ou pelo menos não na mesma escala apontada aqui no Brasil), se tornam também nítidos óbices à aplicação, em nosso sistema, de determinados institutos lá existentes e que apresentam bons resultados, tal como os *case management*.

Conclui-se, de todo o exposto, que não há impedimento para que se dê ao juiz, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, como meio de melhor tutelar o direito material - porém desde que a própria lei lhe confira esse poder, em cada hipótese em concreto e não de forma generalizada, tal como ocorre nos *case management* (ressalvando que no caso do sistema jurisdicional inglês, como já dito anteriormente, não há

---

<sup>22</sup> Disponível em: [www.virtualbib.fgv.br](http://www.virtualbib.fgv.br). Acesso em: 5 out. 2010.



permissão para que o juiz contrarie o texto legal caso exista um determinado procedimento já previsto para aquela hipótese).

E dentro desse contexto, se mostra precipitada (e porque não dizer inoportuna) a alteração legal que se pretende introduzir em nosso ordenamento, constante no anteprojeto do novo Código de Processo Civil, abaixo transcrita (referente ao futuro art. 107). Vejamos:

"Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

V - adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;

Veja-se, desse modo, que sob argumento da necessidade do nosso ordenamento ter "um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo<sup>23</sup>" a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do novo Código pretende conceder ao juiz amplos poderes para a realização da adequação procedimental, de forma generalizada, sem fixar qual a forma e os critérios para tal adaptação (limitando-se a colocar como limites a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa).

Evidente, portanto, que se houver aprovação do artigo 107, tal como consta no anteprojeto, a lei estará autorizando o juiz a agir de forma discricionária, dando a ele poderes semelhantes aos concedidos aos juízes dos sistemas norte-americano e inglês, para fazer o gerenciamento de processos, porém com a ressalva de que nesses sistemas, os juízes tem diretrizes e regras a seguir, assim como sofrem constante e verdadeira fiscalização de sua atividade, não havendo espaço ao arbítrio e muito menos à tendenciosidade e corrupção.

Fica consignado nesse estudo, dessa forma, posicionamento contrário a aprovação do art. 107 do novo Código de Processo Civil, com a redação tal como consta no anteprojeto, por todos os diversos motivos já alinhados alhures, aos quais se reporta nesse momento (e especialmente por entender se tratar de infração aos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal - ainda que

---

<sup>23</sup> Frase usada pela própria Comissão, na exposição de motivos do anteprojeto. Disponível no site: [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)

com a ressalva feita no texto, em relação à observância do contraditório e da ampla defesa).

Resta se fazer, assim, a seguinte pergunta: será que não podemos "pagar um preço" muito alto, futuramente, por esse Código de Processo Civil com "potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo"?

## 7 CONCLUSÕES

As análises expostas neste trabalho sobre os mais importantes princípios imperantes no Estado Democrático de Direito, bem como sobre o princípio da adaptabilidade do procedimento às exigências da causa (surgido de estudos formulados pela doutrina italiana) e ainda, sobre o papel atualmente desenvolvido pelo formalismo no processo, possibilitam algumas conclusões, abaixo transcritas (sem a pretensão de exaurir o tema e servindo muito mais como estímulo ao debate):

- 1) Em que pese as transformações sociais e a evolução no estudo do Direito, continua inegável a importância da atuação da lei também no Estado Democrático de Direito, não apenas em relação ao seu conceito formal, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucionalmente qualificado (e daí a relação da legalidade com o princípio da legitimidade);
- 2) Diante da importância da lei nessa forma de Estado, acima mencionada, os juízes, como responsáveis pela prestação jurisdicional, não podem decidir senão mediante a aplicação, ao caso concreto, das normas e princípios existentes, de maneira a assegurar às partes igualdade de tratamento e segurança jurídica;
- 3) O princípio do devido processo legal, muito mais do que servir de garantia à observância do contraditório e da ampla defesa às partes, exige tanto do legislador quanto do juiz a concreta observância de certas diretrizes capazes de oferecer aos litigantes suficiente nível de segurança quanto ao que cada um pode esperar do andamento do processo. Do mesmo modo, ele exige também que a cada um dos sujeitos do processo sejam oferecidas oportunidades previamente conhecidas para a realização de atos - o que constitui fator de segurança para todos os envolvidos na prestação jurisdicional. Como conseqüência, é imperioso concluir que o próprio procedimento, como conjunto de atos ordenados, é também por isso um dos aspectos do devido processo legal;

4) A lei, ao definir os atos do processo, disciplinando o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado deverá estar em conformidade com o modelo pré-estabelecido (inclusive para que haja segurança e estabilidade nas relações sociais), determina que desvios ou omissões quanto a esse "plano de trabalho" constituem violações ao princípio do devido processo legal;

5) Em que pese a existência de diversos posicionamentos a respeito da definição do processo, entende-se que o que melhor capta os ideais do Estado Democrático de Direito é o difundida pelo italiano Ellio Fazzalari. Para ele, procedimento seria uma seqüência de normas, atos e posições subjetivas, que se encadearão até a realização do ato final, na qual a norma precedente - que estabelece uma conduta valorada como lícita ou devida - é pressuposto para realização da conseqüente. E o processo seria um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades (2006, p. 119). Ou seja, dessa definição extrai-se que o elemento caracterizador do processo é o contraditório, determinante da participação simétrica dos sujeitos do processo, no *iter* procedimental.

6) Sobre a regulação das formas procedimentais, prevalece atualmente o entendimento doutrinário que defende haver apenas dois sistemas, a saber: o da liberdade das formas (onde não há uma ordem legal pré-estabelecida para a prática dos atos, competindo aos sujeitos do processo - partes ou juiz - determinar a cada momento qual o ato processual a ser praticado) e o sistema da legalidade das formas (onde o lugar em que cada ato processual tem cabimento se encontra rigidamente pré-estabelecido em lei). Indiscutivelmente, cada um desses sistemas apresenta vantagens e desvantagens, porém acredita-se que o segundo é o que melhor atende às finalidades do Estado Democrático de Direito, já que dá maior segurança e previsibilidade às partes, durante o curso do

processo (ainda que a princípio imponha um gasto maior de tempo para a sua finalização, se comparado com o sistema da liberdade das formas, onde poderiam os sujeitos eventualmente suprimir atos ou fases desnecessárias).

7) O formalismo processual não tem como objetivo fazer mais complicado ou menos compreensível o desenvolvimento do processo, mas, muito pelo contrário, fazê-lo mais simples e mais rápido, enquanto obriga às partes a reduzir suas atividades ao mínimo essencial e se servir de modos de expressão tecnicamente apropriados. Porém, mais do que ordenar a atividade das partes no processo, o formalismo também disciplina o poder do juiz e, nessa perspectiva, atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado;

8) Ainda sobre o formalismo processual, ao contrário do que geralmente se pensa, ele é considerado pela doutrina mais atenta o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança no processo. E o primeiro elemento citado (efetividade) decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (já que a desordem e a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz, como se almeja) enquanto o segundo elemento (segurança jurídica) decorre do seu poder disciplinador;

9) O devido processo legal constitui expressão constitucional do formalismo, na medida em que o informalismo excessivo (em que as partes poderiam se prejudicar com o arbítrio do Estado) e o excesso de formalismo (em que o conteúdo - o direito material e a justiça - correm o risco de periclitarem por razões de forma) estabelecem os seus limites extremos;

10) Em resumo, pode-se afirmar que são funções do formalismo processual: a) indica as fronteiras para o começo e o fim do processo; b) estabelece dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo; c) empresta previsibilidade ao procedimento; d) disciplina os poderes do juiz; e) controla os eventuais excessos de uma parte em face da outra; f) forma e valoriza o material fático de importância para a decisão da causa.

Como conseqüência, é forçoso concluir que não se deve repudiar o formalismo (necessário ao bom andamento do processo) mas, sim, o apego exagerado a esse, que faz com que alguns magistrados e operadores do direito acabem por favorecer a impunidade, desviando o Poder Judiciário e o processo de seu curso natural, que é a busca da pacificação social e da justiça na decisão que será proferida;

11) Incontestável a contribuição da teoria criada pelo alemão Niklas Luhmann para o Direito, na medida em que ressaltou a importância do procedimento na esfera administrativa, judiciária e executiva, vinculando a legitimidade das decisões, em qualquer uma dessas esferas, à observância deste. Isso porque inegavelmente existe uma necessidade de observância do procedimento, já que esse foi o meio escolhido pelo legislador para assegurar o modo de ser do exercício da jurisdição; porém, em que pese se reconhecer importância aos ensinamentos de Luhmann, perfilha-se do entendimento de que o que legitima a outorga da tutela jurisdicional é a participação que o procedimento propicia às partes (ou seja, a efetiva oportunidade delas participarem e influírem no convencimento do juiz), em associação com a observância da legalidade inerente à garantia do devido processo legal e não apenas a mera observância do procedimento previsto em lei;

12) A instrumentalidade do processo deve ser entendida como uma forma de conceber o processo não como um fim em si mesmo, mas como instrumento de transformação da sociedade, de garantia de aplicabilidade efetiva das normas materiais previstas em lei, assim como de pacificação social e permissão de participação real dos cidadãos nos destinos do Estado, que, sendo "Democrático de Direito", deve lhe assegurar tais valores. Diante disso, não há como se negar ser ela um importantíssimo avanço processual e necessária ferramenta para o fornecimento de uma adequada tutela jurisdicional. Entretanto, tal premissa deve ser analisada e interpretada de forma sistemática, sem esquecer os princípios

ínsitos ao nosso sistema jurídico (legalidade, devido processo legal e segurança jurídica) e ainda, a necessária utilização da técnica processual. Por isso, conseqüentemente, defende-se nesse estudo não ser a instrumentalidade do processo um válido argumento a autorizar a inobservância do procedimento legalmente previsto, pelo magistrado, ainda que seja sua intenção dar maior efetividade e celeridade ao processo.

13) O princípio da adaptabilidade (ou da elasticidade) do procedimento significa a oportunidade dada às partes e ao juiz da causa, para, a cada etapa de *iter* processual, escolher um dos múltiplos caminhos a seguir, segundo as necessidades do caso em concreto. Porém o referido princípio não significa aceitação da liberdade das formas ou poder discricionário do juiz, sendo na realidade uma combinação do princípio da legalidade com o da pluralidade das formas, onde tanto o juiz quanto as partes devem seguir as formas estabelecidas em lei, podendo escolher, em cada caso, entre os vários tipos que se encontram à sua disposição;

14) E considerando o que verdadeiramente significa o princípio da adaptabilidade do procedimento às exigências da causa, conforme transcrito acima, conclui-se pela possibilidade de sua aplicação em nosso ordenamento, já que isso não importaria infração ao princípio da legalidade (ou seja, desde que fique claro que o referido princípio não confere às partes e ao magistrado poder generalizado para alteração ou adequação procedimental, mas apenas e tão somente quando a lei assim os autorizar, em cada caso específico).

15) O gerenciamento de processos feito pelo juiz, caso a caso, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra (chamados de *case management*), tem como objetivos proporcionar uma rápida, eficiente e menos custosa resolução dos conflitos e para tanto, são utilizados diversos meios, tais como a resolução alternativa de conflitos e a flexibilização do procedimento judicial às peculiaridades da causa.

16) Em que pese os objetivos absolutamente legítimos do *case management* (os quais sem dúvida se reconhece), perfilha-se do

entendimento de que não pode ser aplicado ao nosso sistema jurisdicional, por diversos motivos tanto de ordem estritamente jurídica (infração aos princípios da legalidade e do devido processo legal, já que não haveria observância à anterior previsão legal e tampouco segurança jurídica - pois as partes poderiam vir a ser surpreendidas em relação ao rito, durante o curso do processo), quanto de ordem estrutural e social (por sermos adeptos do sistema da *Civil Law*, que tem características totalmente distintas do sistema da *Common Law* e ainda, pela patente ausência de credibilidade dos cidadãos no Poder Judiciário e nos próprios magistrados, não autorizando a concessão de poder tão amplo a estes).

17) Não se defende no presente trabalho, portanto, a impossibilidade de adaptação do procedimento às exigências da causa, mas sim, que essa adaptação tem limites a serem observados, que constituem os maiores valores insertos em nosso ordenamento (legalidade, segurança jurídica, devido processo legal e contraditório) -obstaculizando, assim, a concessão de amplo e generalizado poder ao magistrado para exercer tal mister. Como conseqüência lógica desse posicionamento, defende-se a liberdade do juiz em adequar o procedimento às exigências da causa sempre que necessário para o alcance do direito material à parte, mas, desde que haja permissão legal expressa e específica para tanto;

18) Vigentes no sistema determinados modelos procedimentais, a eles deve necessariamente conformar-se o procedimento de todo processo, sob pena de ocorrência de nulidade processual e possível ilegitimidade dos provimentos jurisdicionais a serem produzidos. Dessa conclusão se extrai que a previsão constante no anteprojeto do novo Código de Processo Civil (art. 107), que concede ao juiz poder generalizado para "adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito" pode significar enorme risco à integridade de nosso sistema jurisdicional e aos maiores valores nele insertos, defendendo-se nesse estudo, portanto, posicionamento contrário à aprovação do referido artigo.



## REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 7, n. 27, jul.-set. 1982.
- \_\_\_\_\_. Transformações do processo civil em nosso tempo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 7, 1976.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. Nulidade processual e instrumentalidade do processo (a não intervenção do Ministério Público e a nulidade do processo). *Revista Justitia*, São Paulo, v. 52, abr.-jun. 1990.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BEZERRA, Paulo Cesar santos. *Acesso á Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. *A dimensão do princípio da proporcionalidade na tutela constitucional do processo civil*. 2005. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo. São Paulo.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil: estudos sobre o processo civil*. Campinas: Bookseller, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *Direito processual civil e penal*. Campinas: Peritas Editora e Distribuidora Ltda, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Instituições do processo civil*. Campinas: Servanda, 1999. v.1-2.

CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1994. v. 61.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2002. v.1,3.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v.3.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2001, v.1-2.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 11.ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 38, n. 150, abr./jun. 2001.

FARIA, José Eduardo. *A crise do judiciário no Brasil*. In: LIMA JR, Jayme Benvenuto. Independência dos juízes no Brasil: aspectos relevantes, casos e recomendações. GAJOP: Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares. Recife: Bagaço, 2005.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRANCO, Fernão Borba. A fórmula do devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 94, n. 24, 1999.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

\_\_\_\_\_. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common Law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 163, set. 2008.

GONÇALVES, Aroldo Pinto. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.2.

GRINOVER, Ada Pelegri. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

LACERDA, Galeno. Conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil, Porto Alegre: *Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 28, 1983.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Ed. Intelectos, 2003, v.I.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LUHMANN, Nicklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília. 1969.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 26 out. 2010.

MEDEIROS, Luiz Cesar. *O formalismo processual e a instrumentalidade: um estudo a luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. *O formalismo processual e suas conseqüências na realização do direito: a prevalência da forma no processo civil em detrimento do direito garantidor do bem da vida*. Disponível em: <<http://www.tjsc.gov.br>>. Acesso em: 8 jun. 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 102, abr.-jun. 2001.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JR. , Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. (Org.) *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 137, jul. 2006.

\_\_\_\_\_. Mitidieiro Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v.1.

\_\_\_\_\_. Garantia do contraditório. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 21 out. 2010.

PAMPLONA, Danielle Anne. *Devido processo legal: aspecto material*. Curitiba: Juruá, 2004.

PASSOS, Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo sobre o tema*. In: \_\_\_\_\_. *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Atlas, 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SENE, Leone Trida. O excesso de formalismo processual e seus reflexos negativos na prestação da tutela jurisdicional. *Revista Jurídica Unijuris*, Uberaba, n. 1, 1998.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Ovídio Araújo Batista. *Teoria geral do processo civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1983.

\_\_\_\_\_. Da função à estrutura. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 158, abr. 2008.

SILVA, Ovidio Araújo Batista; GOMES, Fabio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Condução planejada dos processos judiciais: a racionalidade do exercício jurisdicional entre o tempo e a forma do processo*. 2005. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A efetividade do processo e a reforma processual*. Conferência proferida no II Congresso Nacional de Direito Processual Civil, em Porto Alegre, 1993.

THEODORO JR, Humberto. *Direito e processo: direito processual civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito e processo: direito processual civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

**BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

ARAGAO, Egas Dirceu Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*, v.358, n. 97, nov./dez. 2001.

BALEEIRO, Jedor Pereira. Processo e procedimento. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlandia, v. 20, n. 1/2, dez. 1991.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática cosntitucional transformadora*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERMUDES, Sergio. Procedimentos em matéria processual. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, v. 4, n. 5, fev. 1991. Rio de Janeiro: Defensoria Pública, 1991.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPPELETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais 1997.

\_\_\_\_\_. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Atuais reformas do processo civil Italiano e brasileiro: reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo*, v. 17, abr.-jun. 1992.

DALLARI, Dalmo. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DIDIER JR, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso a justiça. *Revista de Processo*, v.27, n.108, out.-dez. 2002.

DUARTE, Francisco Carlos. Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 148, jun. 2007.

FONTES DE ALENCAR, Luiz Carlos. A federação brasileira e os procedimentos em matéria processual. *Revista do Centro de Estudos Judiciários - CEF*, Brasília, n. 13, jan./abril. 2001.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 153, nov. 2007.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do processo civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GEMAQUE, Silvio César Arouck. O sistema judicial inglês. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 21, n. 8, ago. 2009.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*, São Paulo, v.51, n. 305, mar. 2003.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. Dinamarco Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson. *Fundamentos constitucionais do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDEIROS, Luis César. *O formalismo processual e suas conseqüências na realização do direito: a prevalência da forma no processo civil em detrimento do direito garantidor do bem da vida*. Disponível em: <www.tjsc.gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 102, abr.-jun. 2001.

\_\_\_\_\_. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. *Revista de Processo*, v.32, n. 150, ago. 2007.

\_\_\_\_\_. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, v.19, abr.jun. 1994.

\_\_\_\_\_. O Neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, abr. 2005.

MULLER, Mary Stela; CORNELSEN, Juice Mary. *Normas e padrões para teses, dissertações e monografias*. 6.ed. Londrina: Eduel, 2007.

NALINI, Jose Roberto. *O juiz e o acesso a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RAMOS JR., Galdino Luiz. *Princípios constitucionais do processo: visão crítica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

STUM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TEISHENER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

XAVIER, Trícia Navarro. O ativismo do juiz em tema de prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 159, maio 2008.