

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

Rudinei Baumbach

**Adequação procedimental e
eficácia dos direitos fundamentais processuais**

**Brasília – DF
Abril de 2013**

Rudinei Baumbach

**Adequação procedimental e
eficácia dos direitos fundamentais processuais**

**Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Mestre em
Direito, no programa de Pós-Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília**

**Orientador: Prof. Dr. Ítalo Fioravanti
Sabo Mendes**

**Brasília – DF
Abril de 2013**

Rudinei Baumbach

Adequação procedimental e eficácia dos direitos fundamentais processuais

**Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Mestre em
Direito, no programa de Pós-Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília**

**Orientador: Prof. Dr. Ítalo Fioravanti
Sabo Mendes**

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes

Membro: Prof. Dr. Guilherme Fernandes Neto

Membro: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Membro suplente: Prof. Dr. Valcir Gassen

Dedico

este trabalho à memória de Vinícius Fiorini, Plínio Westphal e Eduardo Sette Brüggemann, amigos que fiz ao longo da jornada em diferentes momentos, e que partiram prematuramente.

Agradeço

aos professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília,

pelos conhecimentos transmitidos,

aos profissionais da Secretaria da Faculdade,

pelo eficaz auxílio nas questões correlatas,

aos colegas de curso,

pelo fraternal e produtivo companheirismo,

aos servidores da biblioteca do Supremo Tribunal Federal,

pelo precioso apoio nas pesquisas,

aos amigos e familiares,

pela compreensão, paciência e incentivo,

e, em especial, **ao Prof. Dr. I'talo Fioravanti Sabo Mendes,**

pela agradável convivência, valioso ensino e inestimável orientação.

Entretanto, aí está, visível a olho nu. A incapacidade dos juristas para recobri-la com os conceitos e as fórmulas que estejam em concordância com as novas necessidades decorre, principalmente, da fidelidade às matrizes filosóficas do Direito privado, tal como foram fundidas ao calor dos ideais triunfantes no crepúsculo do século XVIII. A persistência dessa filosofia, a despeito dos ataques que lhe dirigem os juristas modernos, explica, em grande parte, o atraso técnico, pois os processos sugeridos para a sua renovação visam essencialmente a harmonizar as novas soluções com o fundamento teórico sobrevivente. Os juristas insurgem-se, com maior ou menor veemência, contra o *individualismo jurídico*, mas, no fundo, conservam o respeito, a admiração e o fervor por essa harmoniosa racionalização de interesses privados. Não externam confessadamente esses sentimentos. Procuram, antes, dissimulá-la. Sente-se, porém, que os conservam, porque, nas suas dissecações mais arrojadas, suspendem o bisturi sempre que percebem que vão atingir a ponto vital. O individualismo, com efeito, permanece com uma força de atração, que, simultânea e paradoxalmente, desencadeia impulsos de ódio e amor. A veneração que ficou para com a concepção contra a qual investem hoje não provém da tendência conservadora dos juristas, salientada, com razão, pelos que conhecem as resistências dos cultores do Direito às inovações. O *conservantismo* resulta, em grande parte, da influência pertinaz da doutrina que floresceu no século XIX, de que não se libertaram mesmo os que a condenaram e, ainda hoje, a criticam.

Orlando Gomes, na década de 1950

Ouve-se não raro de juristas consagrados e magistrados experientes a afirmação de que o processo civil que hoje é praticado encontra-se muito distantes [sic] das concepções vigentes no século XIX. Alude-se à célebre “escola da exegese”, que dominou a doutrina e a prática européias durante o século XIX, e ao próprio racionalismo, que lhe servira de fundamento como se fossem velhas reminiscências de um passado longínquo. Imaginar hoje que o juiz seja apenas “boca da lei”, como no século XVIII pretendia Montesquieu, depois de tudo o que se escreveu e de todas as vicissitudes que marcaram o trágico século XX, afigura-se, para a grande maioria de nossos juristas, uma grosseira heresia, fruto de ingenuidade, quando não de uma indesculpável ignorância.

Este modo de pensar o Direito Processual Civil talvez seja um dos ardis mais astuciosos a impedir sua evolução. Enquanto formos mantidos na ilusão desse falso progresso, estaremos apaziguados e satisfeitos com os prodígios de nossa modernidade, no campo legislativo e doutrinário. Afinal, exorcizada, que teria sido, a concepção que fazia do juiz um simples oráculo da “vontade do legislador”; definitivamente superada a doutrina que dizia ser o Judiciário um “poder nulo”, posto que incumbido de apenas declarar o que dissera o legislador; eliminada a ilusão de que a sentença seja somente declaratória, como pretendia o supostamente superado século XIX – mito que a Filosofia do Direito, especialmente no campo da hermenêutica, desfez nos últimos cem anos –, para reconhecer que a sentença tem uma dose significativa de *vontade*; que afinal o Poder Judiciário exerce função criadora de direito; se todo esse progresso foi conseguido a custa do trabalho incessante da doutrina dos processualistas, então não se lhes deverão acusar de responsáveis pela crise vivida pelo Poder Judiciário. Eles teriam dado a contribuição que se lhes poderia exigir.

O discurso, no entanto, torna-se logo suspeito, por uma razão óbvia. Nossas instituições processuais não apenas são idênticas às concebidas pela velha doutrina, como, em suas linhas mestras, reproduzem princípios, categorias e institutos praticados pelo direito romano decadente. Teríamos, ao que se supõe, conseguido o prodígio de transformar tão profundamente o pensamento jurídico e o estilo judiciário, sem que nada fosse alterado, preservando, em seus mínimos pormenores, as instituições e as práticas do antigo direito.

Ovídio A. Baptista da Silva, nos anos 2000

É preciso dominar a tendência do espírito para sobrevalorizar as construções do passado, como é necessário controlar a sua inclinação contrária para a apoteose do momento em que vive.

São duas tensões antagônicas que podem produzir equilíbrio, se a força da tradição não inspirar imaginários medos e fobias ingênuas, e se a força do progresso não despertar fúrias iconoclastas ou “fugas para a frente”.

A precipitação da evolução jurídica é menos nociva do que a mumificação das idéias defuntas.

Orlando Gomes, outra vez

Resumo

Esta dissertação examina o regime procedimental do direito processual civil brasileiro, enfocando o aspecto relativo ao grau de flexibilidade, especialmente para o manejo judicial, do rito legalmente previsto. Haja vista a evolução legislativa e doutrinária das décadas recentes, constata-se, panoramicamente, que o sistema processual pátrio vem passando por uma transformação que conduz, com resultados já apreciáveis, a um modelo procedimental relativamente maleável, circunstância que torna desatualizadas as lições, ainda divulgadas, que pregam legalismo e rigidez ritual. A crescente ductilidade procedimental é devida, entre outras variáveis, à inserção de cláusulas gerais na legislação processual, à ascensão da normatividade constitucional e, correlatamente, à progressiva proeminência dos princípios e dos direitos fundamentais. Apresentam-se no trabalho, ademais, diversas razões favoráveis a que os procedimentos devam ser maleáveis e a que as normas processuais devam ser interpretadas e aplicadas, na medida do possível, de sorte a que se obtenha flexibilidade procedimental. Sob a influência desses argumentos, sugere-se uma releitura da legislação vigente, extraindo-se no plano legal uma cláusula geral autorizadora, em certas circunstâncias, da adequação judicial do procedimento. Como contraponto, indicam-se os limites à flexibilização judicial do rito, que são impostos sobretudo pela necessidade de ligar a devida importância às regras legalmente previstas. À guisa de conclusão geral, afirma-se que o regime procedimental do processo civil brasileiro já é, pode ser, e deve ser mais maleável do que sustentam, ou divulgam, as preleções convencionais.

Palavras-Chave: Teoria geral do processo. Direito processual civil. Procedimento. Flexibilidade procedimental. Adequação procedimental.

Abstract

This master's thesis in law examines the proceedings regime of the Brazilian civil procedure law, focusing on the aspect related to the degree of flexibility, especially to judicial handling, of the track legally established. Taking into account the legislative and jurisprudential evolution of recent decades, it is found, panoramically, that the national procedural system has been undergoing a transformation which leads to, with already appreciable results, a proceedings model relatively malleable, circumstance that renders outdated the lessons, still taught, that preach legalism and procedural rigidity. The proceedings growing ductility is due, among other factors, to the introduction of general clauses in the procedural legislation, to the rising of constitutional normativity, and, in correlation, to the progressive preeminence of principles and fundamental rights. In the work are presented, furthermore, several arguments for why tracks should be malleable and for why procedural rules should be interpreted and applied, to the possible extent, so as to obtain proceedings flexibility. Under the influence of those reasons, it is suggested a reinterpretation of the legislation in force, by which extracting on the legal level a general clause authorizing, in certain circumstances, judicial adaptation of proceedings. As a counterpoint argument, the limits of procedural judicial management are pointed out, which are imposed above all by the need of recognizing the due importance of rules legally set down. By way of a general conclusion, it is asserted that the proceedings regime of the Brazilian civil procedure law already is, can be, and should be more malleable than advocated, or announced, by conventional teachings.

Keywords: General theory of procedure. Civil procedure. Proceedings. Proceedings flexibility. Proceedings adaptation.

Sumário

Introdução	11
1 Notas sobre o movimento geral de flexibilização do direito	26
1.1 Uma transformação generalizada	26
1.2 Expressões técnicas da flexibilização	35
1.3 Elementos de teoria geral dos princípios	43
1.3.1 <i>O (res)surgimento</i>	43
1.3.2 <i>Correntes conceituais</i>	46
1.3.3 <i>Questões problemáticas</i>	50
1.4 O caso do direito processual civil	54
2 Adequação do processo e flexibilidade procedimental	66
2.1 Processo e procedimento	66
2.2 Instrumentalismo, adequação e flexibilidade	76
2.3 Tipologia da adequação procedimental	80
2.4 Adequação procedimental legal	81
2.5 Adequação procedimental convencional	89
2.6 Adequação procedimental judicial típica	91
2.7 O (sub)princípio da adequação procedimental	96
3 Adequação procedimental judicial atípica	104
3.1 Colocação do problema	104
3.2 A rjeza da lei e (conforme) a doutrina convencional	107
3.3 A rebelião da prática contra a rigidez ritual	111
3.4 Aspiração e, agora, produção doutrinária de flexibilidade	124
3.5 Razões para a flexibilidade procedimental	135
3.5.1 <i>Recuperar a coerência sistêmica</i>	135
3.5.2 <i>Viabilizar o acesso à justiça</i>	138
3.5.3 <i>Combater o mecanicismo processual</i>	143
3.5.4 <i>Importância do exame do caso</i>	145
3.5.5 <i>Derrotabilidade normativa</i>	150
3.6 Direito alienígena e gerenciamento processual	158
4 Fundamentos dogmáticos da adequação atípica	169
4.1 Eficácia dos princípios constitucionais	169
4.2 Relendo a legislação infraconstitucional	176
4.3 A importância da lei e o valor das regras	178
4.4 Notas sobre a estrutura técnico-operativa	186
4.5 Dificuldades e riscos da flexibilização	194
4.6 A flexibilidade do direito em perspectiva	201
Conclusão	207
Referências	224

Introdução

Ao longo da última década, tem surgido em nosso meio uma razoável produção doutrinária que enaltece e vindica, com maior ou menor ousadia, flexibilidade procedimental no âmbito do direito processual civil. Consta-se um conjunto de movimentos paralelos e imbricados, que confluem, apesar das eventuais divergências, na conclusão de que é preciso suavizar a rigidez do regime procedimental brasileiro. Inicialmente, a flexibilidade era objeto de rogo dirigido ao legislador, bem a ser alcançado *de lege ferenda*. Mais recentemente, ela é, também, produto dogmático que se obtém *de lege lata* por meio de releituras da legislação existente, em contexto de mudanças metodológicas.

Esquemáticamente, identificam-se três correntes acalentadoras da tendência, que de fato se mostra, aliás, cada vez mais vigorosa. Uma delas resgata aulas de Galeno de Lacerda, lecionadas em meados da década de 1970, segundo as quais o processo, por ser instrumento, deve ser adequado subjetiva, objetiva e teleologicamente. Outro impulso se desenvolve a partir da ampla perspectiva, que abrange o aspecto procedimental, consistente no chamado gerenciamento de processos. Terceira vertente surge naturalmente nas coordenadas da mais nova, reforçada, constitucionalização do processo civil.

Mesmo que tenham surgido de modo independente, essas diferentes abordagens, superpostas desde sempre, tendem a se fundir rapidamente ao compartilharem, como está a acontecer, a linguagem dogmática pós-positivista, de que, aliás, originalmente se vale, e em que se baseia, a terceira frente exigente de flexibilidade procedimental. O avanço da normatividade constitucional, inclusive em relação aos preceitos principiológicos, força necessariamente, não importa o que digam as preleções clássicas, algum grau de disponibilidade do rito legalmente previsto. Se a força normativa da Constituição aumentou, então o vigor do preceito legal, por certo também o alusivo a procedimento, diminuiu relativamente.

Mais profundamente, o que está em curso, ainda que ninguém tivesse notado, é uma virada revolucionária em torno do que é (ou do que deva ser) o nosso regime procedimental. Nos marcos do processualismo, a cristalização de ritos detalhados em normas legais absolutamente indisponíveis era circunstância a ser elogiada. No instrumentalismo, o valor da minudência da lei e da intangibilidade do rito já era algo de que se desconfiava.

Contemporaneamente, o mesmo pendor é intensificado, com o que surge, claramente, a aspiração por flexibilidade e disponibilidade, para maneio judicial, da norma de procedimento.

É nesse contexto que se insere a presente dissertação, por meio da qual será examinado, portanto, o regime procedimental contemplado no direito processual civil brasileiro, enfocando-se o estatuto central do sistema, ou seja, o Código de Processo Civil. Rigorosamente, a temática pertence à teoria geral do processo e seria acomodável, assim, em uma teoria geral do Estado. Ter-se-á em consideração, entretanto, o processo civil, para cujo âmbito não de valer, sem a necessidade de reparos ou ajustes, as conclusões que vierem a ser alcançadas.

Não se almeja, porém, construir soluções dogmáticas para específicos problemas procedimentais, mas sim aportar subsídios para o enfrentamento de todos eles, especialmente quando manejados à luz do caso concreto. No geral, tratar-se-á de reunir e sistematizar ensinamentos que, na maior parte, já estão razoavelmente vulgarizados no meio especializado. Portanto, a contribuição que ora se oferece não terá originalidade, embora talvez venha a exhibir, aqui e ali, observações autênticas.

A pesquisa será estruturada a partir dos seguintes problemas: Em que contexto metodológico se insere a temática alusiva à adequação procedimental? O clamor por flexibilidade ritual é ocorrência fortuita ou manifestação tópica de uma tendência geral? Qual a relação entre instrumentalismo, adequação do processo e flexibilidade procedimental? Como seria possível organizar uma tipologia da adequação procedimental? De fato existe o cognominado princípio da adequação procedimental? Como ele deve ser entendido, e operado, dogmaticamente? Conforme a interpretação convencional, clássica ou instrumentalista, qual o regime procedimental previsto na legislação brasileira? Pode o juiz adequar o procedimento quando não haja norma legal que autorize a medida?

A maior parte da investigação tratará, especificamente, desse último ponto, constitutivo, de fato, do cerne do trabalho. Diante do caso concreto, pode o juiz dispor da norma procedimental, prevista na lei, que se revelar inadequada? Em termos gerais, pode o juiz, à míngua de expressa autorização, adequar para o caso o procedimento previsto abstratamente? Quais fundamentos sustentariam a tese de que os procedimentos devem ser flexíveis e de que as normas procedimentais devem ser tidas como relativamente disponíveis? Dogmaticamente, como seria possível fundamentar a superação da rigidez procedimental legal? Em que condições, e sob quais fundamentos, o juiz poderia adequar o procedimento ao

arrepio da solução estipulada legalmente e/ou concebida tradicionalmente? Há necessidade de empregar norma constitucional? Ou se pode encontrar base legal para a decisão?

Sob o impulso dessas inquietações, cuidar-se-á de traçar, no primeiro capítulo da dissertação, um brevíssimo panorama contextual, fragmentário, relativo às transformações por que vem passando a metodologia jurídica nas últimas décadas. O direito atravessa um período de distensão epistemológica, com a superação daqueles cânones cientificistas que até há pouco dominavam, amplamente, o saber dogmático. Com efeito, não é acontecimento casual o fato de a flexibilização procedimental ter despertado cada vez mais o interesse dos estudiosos de processo nos últimos anos. Ao contrário, a circunstância pode ser facilmente enquadrada no contexto de uma evolução generalizada na direção de um direito dúctil, fenômeno que compõe o multifário cenário pós-positivista e neoconstitucionalista.

Para colocar em perspectiva o tema central do trabalho, far-se-á inicialmente uma rápida apresentação daquele movimento geral de flexibilização do direito. Serão apontados alguns dos fatores que levam a semelhante panorama, no qual o pensamento jurídico adquire crescente ductilidade. Ver-se-á que as modificações do direito decorrem de causas remotas, cujas raízes mais profundas estão no campo filosófico. Os conceitos de razão e de ciência passam atualmente por mudanças, transformação que acaba por se refletir na seara jurídica. Nesse quadro é que opera a chamada constitucionalização do direito, que também afeta o campo processual.

No tópico seguinte, serão referidos os mecanismos técnicos que viabilizam, no plano dogmático, a instalação de um direito dúctil. São os produtos técnicos das mudanças que partem desde o âmbito filosófico. Além da positivação de regimes complexos por meio de disposições precisas, presencia-se a multiplicação de normas abertas, notadamente de cláusulas gerais. Elas acarretam uma transformação radical na dogmática jurídica, que até recentemente estava habituada a teorizar e manejar apenas normas casuísticas.

Os princípios jurídicos, talvez a maior das coqueluches pós-positivistas, merecerão tratamento individualizado, pois detêm particular importância entre os meios de suavização do direito. Nas últimas décadas, testemunha-se um rápido e vigoroso crescimento do direito principiológico. Voltam os princípios do ostracismo e se posicionam, logo, no centro do palco. Nessa evolução, tornam-se normas jurídicas em caráter pleno, juntando-se às regras. Apesar disso, ou justamente em função disso, percebe-se que há, porém, uma generalizada confusão em torno da matéria, a começar pela definição do conceito de

princípio. Serão lançados alguns comentários acerca do panorama, dos abusos que exhibe e dos perigos com que flerta.

Finalizando o capítulo inicial, empreender-se-á uma exploração nos confins do processo civil com o fim de recolher alguns dos exemplos mais ilustrativos da dinâmica de ductilização naquele contexto, que, por certo, não poderia deixar de refletir, cedo ou tarde, as transmutações sofridas pelo direito como um todo. Surgem normas processuais abertas, a exemplo das relativas à antecipação da tutela e ao regime para a execução das obrigações de fazer e de não fazer. Os princípios jurídicos processuais adquirem crescente carga normativa. Penetra na dogmática processual a linguagem dos direitos fundamentais, como passam a ser referidos, também, os dispositivos que consagram os princípios processuais constitucionais. Para alguns estudiosos, número crescente, vive-se uma nova etapa metodológica da ciência processual.

No segundo capítulo, já tateando a temática central da dissertação, irá ser realizada, para começar, uma análise sobre os conceitos de processo e de procedimento como idealizados, historicamente, no âmbito da doutrina processual. Será notado que as coirmãs categorias são, contemporaneamente, constitucionalizadas e, ainda, reaproximadas. A seguir, apresentar-se-ão os termos pelos quais podem ser relacionadas as noções de instrumentalismo, adequação do processo e flexibilidade procedimental. Neste ponto parecerá oportuno abordar a confusão terminológica que caracteriza a bibliografia que trata da flexibilização ritual. Na dissertação, irão preferencialmente ser usados os verbos “adequar” e “flexibilizar”, e os respectivos substantivos.

Adiante, desenvolver-se-á uma proposta para a classificação dos casos em que se verifica a adequação do procedimento, que será organizada mediante dois critérios, quais sejam, agente que realiza a adequação e existência de previsão normativa expressa que autorize a providência. Identificar-se-á, assim, a adequação procedimental legal, a adequação procedimental convencional, a adequação procedimental judicial típica e a adequação procedimental judicial atípica. Neste trabalho, será considerada como adequação judicial atípica do rito aquela que se leva a efeito muito embora não haja regra legal que nitidamente faculte a medida e/ou que se concretiza ao arrepio das soluções teórico-dogmáticas convencionais.

Na sequência, à luz do nosso direito positivo, examinar-se-ão, com viés predominantemente descritivo, essas diferentes hipóteses de adaptação procedimental, exceto a última, que será esquadrihada separadamente. A adequação procedimental legal se

manifesta em dispositivos específicos e, sobretudo, por meio de procedimentos diferenciados para certas causas. Será de interesse analisar, em especial, o prestígio gozado, ao longo da história, pelo procedimento ordinário, por um lado, e dos procedimentos especiais, por outro. O rito comum, outrora glorificado, passa por uma fase de descrédito, que já se protraí por algumas décadas.

Sobre a adequação procedimental convencional, importará detectar o baixo espaço outorgado em nossa legislação para que as partes possam colaborar, ao menos, na definição da forma pela qual deve ser resolvido o conflito que as vincula. Trata-se de arranjo ideológica e epistemologicamente ultrapassado, conforme aponta, também, o prisma analítico baseado no direito comparado. Em referência à adequação procedimental judicial típica, será conveniente destacar a penetração, na legislação processual civil, de cláusulas gerais processuais, que terminam por romper, em certo sentido, com a racionalidade subjacente à existência de um procedimento comum e de outros especiais.

O capítulo será concluído com a afirmação, lastreada em exercício indutivo a partir da legislação examinada, de que existe um (sub)princípio da adequação procedimental positivado na lei pátria. Serão agregados alguns subsídios com o fim de especificar-lhe o perfil dogmático, que vai adquirindo, pelas mãos da doutrina corrente, estofo constitucional, porquanto o princípio passou a ser estreitado a direitos fundamentais processuais. Esse íntimo entrelaçamento com o direito constitucional, de resto, far-se-á presente ao longo de toda a dissertação. Pretende-se conduzir uma investigação constitucionalizada e, assim, em linha com os rumos metodológicos atuais, como apontados pela doutrina coeva.

No terceiro capítulo, irá ser enfrentado o problema alusivo à possibilidade de o juiz manipular o procedimento mesmo quando não haja nítido dispositivo legal que faculte a providência. É a adequação procedimental atípica, que se processa *extra legem* ou, quando menos, ao arrepio do convencionalismo em torno do assunto. Depois de colocado o problema, far-se-á uma breve exposição acerca do regime procedimental – rígido, minucioso e, por cima, indisponível – subministrado por nossa legislação infraconstitucional, nos termos em que é interpretada pela doutrina clássica e, ainda que contrariada, também pela literatura instrumentalista.

Constatar-se-á que a prática revela, porém, uma espécie de revolta contra a (real ou imaginada) rigidez procedimental, pois está repleta de saídas extravagantes em relação ao que prevê a lei, conforme entendida convencionalmente. Há um fosso entre a teoria e a realidade do foro. Como em muitos outros pontos, aqui será oportuno lembrar a tese,

defendida por muitos, de que o nosso direito e ciência processual civil estão, ou estavam até recentemente, dominados por pressupostos, ideológicos e epistemológicos, fixados no século XIX. É em razão disso, na hipótese de Ovídio A. Baptista da Silva, que surgem esses hiatos entre o que querem os livros e o que se verifica nos tribunais, que às vezes se veem forçados a transgredir os cânones teóricos tradicionais com o fim de atender às necessidades do tempo presente.

Em seguida, será rememorado que a doutrina anda indisposta com os exageros formalistas da lei desde os albores do instrumentalismo, clamando por flexibilidade procedimental. No início, a minudência e a rigidez da lei eram motivos para sugestões de reformas no direito positivado. Hoje em dia, costuma-se recorrer ao discurso constitucional com o fim de produzir, dogmaticamente e *de lege lata*, flexibilidade ritual. Percebe-se a normatização e constitucionalização, dinâmica em curso, do princípio da adequação procedimental.

Paralelamente a isso, neste passo será conveniente, também, estudar as ideias acerca de procedimento cultivadas pelo instrumentalismo *vis-à-vis* às propostas emergentes na doutrina mais recente, captando-se a mudança havida no sentido do *due process of law*. No instrumentalismo, o contraditório é acolhido no conceito de processo como uma espécie de exigência político-constitucional. Atualmente, o processo é definitivamente soldado ao contraditório e, também, a todos os demais princípios constitucionais pertinentes, concebidos, ainda, como direitos fundamentais processuais. Tocar-se-á, novamente, na constitucionalização dos conceitos de processo e de procedimento.

Adiante, será coligida uma farta gama de argumentos, hauridos de diferentes perspectivas, pela flexibilidade da norma e na aplicação da norma procedimental. Nesta altura, merecerão destaque as razões situadas no plano mais especulativo, algumas das quais, embora jurídicas, dificilmente acomodáveis no mundo dogmático, concebido esse em sentido convencional, estrito e estreito. Não faltam argumentos favoráveis a que os procedimentos sejam maleáveis e a que as normas procedimentais sejam compreendidas, interpretadas e aplicadas, na medida do possível, de sorte a que se obtenha flexibilidade procedimental.

Tratar-se-á de enfeixar aportes para sustentar a tese que constituirá, de certo modo, o fio condutor da dissertação. Em primeiro lugar, argumentar-se-á que a nossa legislação processual foi profundamente transformada em algumas áreas, que ficaram mais de acordo com as aspirações contemporâneas. Em outros campos, porém, entre eles o alusivo a procedimento, a lei permaneceu fiel a premissas ideológicas e epistemológicas superadas. O

resultado é um sistema incoerente, cujo reparo passa por um esforço de revisão de certos cânones tradicionais. Em matéria de procedimento, isso implica forcejar por flexibilidade, cumprindo testar os limites do que é possível fazer, dogmaticamente, com a legislação existente.

Na sequência, será rememorado que o direito fundamental de acesso à justiça pressupõe o exame do mérito e, sendo o caso, a factual tutela do direito material, fins para os quais não colabora uma lei instrumental minudente, que abre ensanchas a que o processo se torne um campo de batalha sobre si próprio. Para o bem da Constituição, é preciso rever aquele enorme valor que às vezes se atribui às formalidades da lei, costume que, aliás, decorre de pressupostos falsos, que aproximam formalismo e grandiosos valores. Sucede que não há, na realidade, como será argumentado, nenhuma relação simplista entre, de um lado, forma e formalidades e, de outro, justiça, liberdade e segurança jurídica.

Depois disso, lançar-se-á a hipótese de que a tese que advoga legalismo, minudência e rigidez procedimental induz a mecanização do rito e, sob certo aspecto, escusa os juízes que não acompanham o desenrolar do processo. A indisponibilidade e a rjeza do procedimento, real ou figurada, faz supor que o rito seja questão resolvida pelo legislador. Fantasia-se que é a lei que desata o problema procedimental. Logo, não há motivo para devotar muita atenção ao curso do processo. Basta seguir a lei. Não é preciso refletir. Tal falsa representação deve colaborar para a robotização do funcionamento do sistema judiciário, que por vezes atua protocolarmente em vez de mirar a efetiva distribuição da justiça.

Tópico correlato, avante será recordado que a metodologia jurídica contemporânea liga extrema importância ao exame do caso concreto, fruto desse da superação daquelas tendências abstracionistas, conceitualistas e normativistas. Não se cogita de soluções definitivas no plano abstrato, como se o labor prático pudesse ficar reduzido à mecânica verificação da correspondência entre fato e norma. Um e outro aspecto se definem reciprocamente, aliás, o que também demonstra a necessidade de examinar o caso, algo que se relaciona diretamente à condição falível de todas as normas jurídicas.

Com efeito, as circunstâncias concretas podem, no limite, desautorizar um preceito que seja, no seu relato abstrato, plenamente idôneo e claramente constitucional. As normas jurídicas são, todas elas, falíveis e derrotáveis. A solução natural sugerida pelos dispositivos (aparentemente) incidentes pode ser problematizada e superada por meio de melhores argumentos, eles que, de início, talvez sequer fossem objeto de consideração. Em matéria de procedimento, isso tudo erige a exigência de que o caso seja devidamente

analisado desde logo e a cada momento do *iter*, avaliando-se a competência da solução procedimental abstratamente prevista.

Também será trazida uma breve notícia do direito forâneo, centrada no cenário luso e inglês, ponto em que será oportuno apresentar a perspectiva gerencial para a condução de processos. Pode-se adiantar que estão vencidas há pelo menos dez anos aquelas lições que, em tom fatalista, asseguram ser a legalidade das formas uma solução universalmente adotada. A tendência internacional é, claramente, no sentido da liberdade procedimental, algo que se insere, muitas vezes, na moldura de uma transformação mais abrangente por que passam alguns sistemas de justiça, com a adoção de uma racionalidade inversa àquela que inspira o burocratismo formal, que ainda nos comprime. De outra perspectiva, constata-se que a visão comparatista oferece outro conjunto de razões em prol da flexibilidade ritual.

No quarto e derradeiro capítulo, inicialmente irá se prosseguir ainda com o robustecimento da vasta coleção de argumentos abonadores da flexibilidade procedimental, agora em contexto sempre estritamente dogmático. Serão estudadas as funções eficaciais dos princípios reconhecidas hodiernamente pela doutrina comprometida com aqueles postulados ditos pós-positivistas. No fundo, neste ponto será explicitada e, assim, devidamente fundamentada uma premissa que orientará o trabalho desde o início. É fenômeno recente, aliás, o reconhecimento da normatividade das disposições principiológicas e constitucionais. As funções eficaciais dos princípios constituem um dos notáveis produtos dogmáticos brotados nos marcos do pós-positivismo. A matéria merece ser analisada, ainda que rapidamente.

Soa apropriado chamar a atenção desde logo para o fato de que a flexibilização procedimental é uma imposição, inelutável, advinda da normatividade, na extensão hoje admitida, dos princípios consagrados constitucionalmente como direitos fundamentais processuais. Em outras palavras, a aquisição de plena força normativa pela Constituição e seus princípios veio a tornar disponível em algum grau, de intensidade maior ou menor, a norma sobre procedimento situada no nível infraconstitucional. Só essa evolução recente da metodologia jurídica já produz o efeito de tornar desatualizadas, quando menos, virtualmente todas as lições sobre matéria procedimental enunciadas antes de 1990.

Já no plano legal, projetar-se-á que a flexibilidade possa ser obtida por meio de releituras criativas das normas existentes, para o que colabora, inclusive, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Mais do que isso, será argumentado que uma interpretação sistemática consegue formar uma norma aberta, à moda de uma cláusula geral, que obraria

como válvula geral de escape à rigidez da lei. Ao que parece, a associação dos poderes do juiz na direção do processo com o postulado da instrumentalidade das formas autoriza a exegese, heterodoxa para os marcos habituais, de que o rito seja, na verdade, relativamente disponível para o juiz. Nessa proposta, idealiza-se que o magistrado possa, *de lege lata* e mesmo sem recorrer à normatividade constitucional, adequar o procedimento às circunstâncias do caso incomum. Os pressupostos teóricos para essa solução já estarão devidamente explicitados e fundamentados naquela altura. Ali se cuidará de articulá-la em termos rigorosamente dogmáticos, ainda que estranhos ao convencionalismo.

Caso a existência de tal preceito viesse a ser reconhecida, aliás, deixariam de existir, a rigor, casos de adequação procedimental atípica ou, ao menos, o significado de tais situações seria bem diferente. Isto é, para aquela dicção da lei, não há nada de censurável, em princípio, nas saídas procedimentais que desafiam a doutrina corrente (ou há pouco corrente), supondo-se que tenham atendido a certos pressupostos. Por motivo de clareza analítica e lealdade científica, o convencionalismo foi tomado por referência na escolha do nome que foi atribuído – adequações atípicas – às flexibilizações rituais que ocorrem sem base legal evidente e, no mínimo, sob o olhar desconfiado do tradicionalismo em matéria de procedimento.

Será lembrada, em seguida, a importância da lei e o valor das regras, categorias que parecem estar com baixo prestígio em certas vertentes contemporâneas do pensamento jurídico. A ênfase que venha a ser conferida ao discurso constitucional e principiológico ao longo da dissertação não deve ser compreendida como desprezo à lei e às regras. Sob certo aspecto, buscar-se-á uma solução de equilíbrio entre o novo e o antigo, entre filo e misoneísmo. Defende-se a relativa disponibilidade da norma procedimental, mas também se afirma que na falta de melhores razões deve-se seguir o rito abstratamente definido pela lei. Preserva-se um ingente espaço para o legislador em matéria procedimental. Mas é repelida, abertamente, a suposição de que ele deva ser o senhor absoluto do assunto.

Adiante, virá uma rápida exposição acerca da estrutura técnico-operativa da adequação procedimental atípica. Aqui se tratará, na maior parte, de resumidamente esquematizar as constatações atingidas mais cedo, desta feita tendo em mira, diretamente, o labor dogmático. Serão oferecidas diretrizes gerais, úteis na grande maioria dos casos, para a operação dogmática da adequação judicial do procedimento. Ressalte-se que são adminículos para o manejo de todos os problemas procedimentais, não uma solução definitiva para qualquer deles. Dentro dessas diretrizes, analisar-se-ão os pressupostos da flexibilização, a

necessidade de consultar as partes antes de efetivar a providência e, também, o especial dever de motivação implicado na decisão que resolver adequar o procedimento, com a indicação dos meios comumente hábeis para a sua fundamentação.

Prosseguindo, serão esquadrihadas algumas das críticas, notadamente as formadas pelo prisma pragmático, que podem ser suscitadas pela proposta de adequação judicial do rito. Mesmo que se desse por resolvido o problema no plano teórico-dogmático, sem dúvida nenhuma que ainda sobriariam muitas dificuldades à adaptação procedimental. As condições organizacionais da justiça, a formação do bacharel e a cultura burocrática formam sérios obstáculos. Existem alguns riscos, ademais. Ver-se-á, porém, que as objeções, conquanto sirvam para inspirar uma saudável desconfiança, não chegam a invalidar a tese de que o juiz deve, quando tenha condições ao menos, conduzir ativamente o processo, explorando a flexibilidade existente, inclusive aquela não reconhecida pela opinião tradicional.

Finalmente, estudar-se-á brevemente o assunto à luz do direito projetado, exercício que será adstrito à composição de um quadro geral, que permita visualizar os prováveis contornos da legislação futura. Como se poderia profetizar, as reformas, tanto do processo coletivo como do individual, miram um procedimento mais maleável. O direito em perspectiva contempla a escritura do princípio da adequação procedimental, aspecto que cumpre destacar. Com isso, aquela válvula geral de escape à rigidez da lei adquiriria um desejável corpo textual, algo que viria a facilitar sobremaneira o discurso suavizador do regime procedimental. A opção metodológica por concentrar a análise do direito em perspectiva em um tópico se justifica, ao menos, pelo fato de que a reforma pode demorar a sair, talvez anos ou mesmo décadas.

Para trilhar esse roteiro, a investigação se valerá de um marco teórico heterogêneo, que exprime no contexto do trabalho, nada obstante, um sentido de unidade. Em um plano mais geral, estarão a teoria da argumentação de Neil MacCormick e a teoria dos princípios, notadamente como articulada e sistematizada por Humberto Bergmann Ávila. Já no campo do direito processual, servem como referência Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e, muito especialmente, Luiz Guilherme Marinoni. Sobre o tema específico, despontam os trabalhos de Fernando da Fonseca Gajardoni e Paulo Eduardo Alves da Silva, ambos decorrentes, de resto, de teses de doutoramento defendidas com êxito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tem que ser mencionadas, ainda, as

obras de Gustavo Zagrebelsky e Ovídio A. Baptista da Silva, cada uma fundamental, à sua maneira, para o desenvolvimento do trabalho.

Naturalmente, a investigação não se apoiará apenas nos autores a que se conferiu um merecido realce. Será realizada uma abrangente exploração bibliográfica, que provavelmente redundará no exaurimento da literatura brasileira que se desenvolve especificamente a partir da ótica da adequação procedimental. Além dos aportes doutrinários, a investigação terá por fonte a legislação brasileira, notadamente a Constituição Federal e o Código de Processo Civil, com as emendas e reformas pertinentes. O direito alienígena também será estudado, posto que sem maiores aprofundamentos.

Como se observa, a pesquisa será construída, essencialmente, de acordo com os traços que caracterizam a dogmática jurídica, uma forma de saber que atualmente, no contexto estatal, toma como ponto de partida, ordinária e principalmente, os textos que compõem a legislação de um determinado país. Coloca-se em consideração uma questão técnico-jurídica, pertinente ao direito posto brasileiro, muito embora se pretenda desenvolver o estudo em um plano de abstração acima daquele em que se resolvem específicos problemas dogmáticos. De toda a sorte, a decidibilidade de conflitos está na alça de mira, ainda que mediatamente.

Embora tenha perfil dogmático, a investigação será feita sem muito dogmatismo ou, de outro modo, a questão dogmática será explorada zeteticamente. Não se terá nenhum pejo em empregar saberes que não seriam, conforme os puristas, estritamente jurídico-dogmáticos. Aliás, essa deve ser a tendência corrente. À medida que se estreitava no contexto de uma realidade cada vez mais complexa, a dogmática jurídica perdia relevância e funcionalidade. Ao invés de repelir, presentemente cuida de absorver, ainda que nos seus termos, outras formas de conhecimento, jurídicos e não jurídicos. As normas principiológicas, agora muito valorizadas, disponibilizam à dogmática um vasto canal de comunicação com o ambiente.

Mais precisamente, pode-se afirmar que a pesquisa será multidisciplinar, embora sempre cingida ao campo jurídico. Para fundamentar o argumento central do trabalho, que vindica maior flexibilidade procedimental, serão recolhidos subsídios da filosofia do direito, da teoria geral do direito, do direito constitucional, do saber que enfoca a administração da justiça e, ainda, da dogmática processual civil, em especial daquela mais recente, dita pós-positivista. O diálogo constante com o direito constitucional, particularmente, caracterizará a atividade investigativa. Entretanto-se o desiderato de colaborar, em setor específico, com o corrente movimento de constitucionalização do direito processual.

Nesta altura, vem a propósito advertir que não se quer realizar aprofundadas pesquisas bibliográficas sobre cada um dos variados temas tateados na dissertação, tampouco oferecer contribuições que tenham particular valia no contexto que lhes seja próprio. Não se ambiciona, por exemplo, colaborar com a teoria dos princípios, nem com os estudos sobre os compromissos ideológicos do processo civil, nem com a definição dos termos pelos quais deve ser organizada, dogmaticamente, a relação entre lei e Constituição. Sobre esses e outros tópicos, tratar-se-á, realmente, de enfeixar adináculos para sustentar a proposta central do trabalho, confiando-se, assim, nas posições sustentadas pelos estudiosos a quem recorreremos.

Aquelas sondagens contextuais servirão, também, para explicitar as bases do método dogmático emergente, que orienta boa parte da produção bibliográfica dos últimos dez anos no ambiente especializado do processo civil. O direito passa por uma fase de mudanças, que já revela alguns resultados mais ou menos consolidados. A teoria dos direitos fundamentais, a teoria dos princípios e a chamada constitucionalização do direito, aspectos intimamente relacionados, constituem um novo arcabouço dogmático, para o qual também confluem muitos outros elementos. Antes, um direito legalista e centrado nas regras. Hoje, um direito constitucionalizado e preocupado com os princípios.

Não parece claro, ainda, como está exatamente, e como vai ficar finalmente, a relação entre Constituição e lei, e entre regras e princípios. São tempos curiosos. A dogmática debate os próprios dogmas, que são informes, incertos e volúveis. O modelo dogmático emergente está em formação, é fluido e impreciso. Sabe-se o ponto de partida, e que a viagem não terminou. O destino, se ele existe, é por todos desconhecido. Em tais condições epistêmicas, mostra-se conveniente explicitar aquelas premissas que, em tempos normais, não são objeto de preocupação.

De certa maneira, pretende-se divisar uma posição que se encontre na região em que fica o ponto de equilíbrio entre o reacionarismo legalista e a iconoclastia constitucionalista. Isso se reflete diretamente na apreciação do específico objeto de análise. O discurso constitucional e principiológico acarreta, necessária e naturalmente, maior flexibilidade no manejo das normas procedimentais fixadas na lei. Ao vocalizá-lo, porém, reputa-se necessário considerar devidamente a importância das leis e das regras. Donde, afinal, uma espécie de compromisso. Sabe-se que essa ambição de agradar a todos costuma causar justamente o efeito contrário. O reacionário poderá ver absurda e inaceitável iconoclastia. O iconoclasta, insustentável e ultrapassado reacionarismo. Apesar de tudo, vamos naquela linha, que se afigura prudencial, embora possa ser acusada de pusilanidade.

A propósito, a dogmática processual é também afetada, muito claramente, por aqueles influxos que caracterizam o atual contexto da metodologia jurídica. Ao longo da última década, veio a surgir uma arejada produção doutrinária, em que se verifica, em graus variados, um sentido mais forte de Constituição e uma robustecida força normativa dos princípios. Muitos já identificam uma nova etapa metodológica na ciência processual, que não representa muito mais, na verdade, do que uma manifestação localizada daquele conjunto de transformações que, no quadro geral, costuma responder pelos nomes de pós-positivismo e/ou neoconstitucionalismo, apesar dos eventuais nuances conceituais. Aliás, entre os que identificam esse novo quadro metodológico – formal-valorativo, neoprocessualista ou de um modelo constitucional de direito processual –, há os que afirmam ser o processo a categoria central de análise, verificando-se, ademais, uma reaproximação entre os indissociáveis conceitos de processo e de procedimento.

Não há surpresa em que o direito processual tenha sido atingido pelas mudanças vivenciadas, em gênero, pela metodologia jurídica. Mais cedo ou mais tarde, apesar do seu enclausuramento e conservadorismo conceitual, haveria que ser tocado por essa força transformadora irresistível que envolve o conceito de direito. A circunstância, de resto, complica um pouco a vida dos estudantes. Aulas de dois ou três anos atrás podem já estar desatualizadas. Muitos andam evoluindo nas suas opiniões. Elevam-se os princípios constitucionais, tomados também como direitos fundamentais, movimento que força uma recalibração diminutiva do valor da legislação infraconstitucional. No contexto, mesmo preleções relativamente recentes sofrem importantes revisões, reemergindo substancialmente modificadas.

Quanto à temática específica, aliás, há um problema adicional. A bibliografia instrumentalista é decididamente indecisa, com o perdão do trocadilho, quando se trata de definir uma postura legalista ou constitucionalista acerca do procedimento. Mostra-se, no particular, transicional. Em certo momento, pontifica que seguir o procedimento fixado na lei é postura imprescindível, comandada pela exigência de um *due process of law*. Alguns parágrafos depois, porém, esclarece que não é bem assim, pois o que importa mesmo é permitir o contraditório, prestigiando também os demais princípios constitucionais do processo. Nesse quadro, é muito fácil tomar parte da exposição como se fosse a lição completa, compreendendo-se mal, assim, o autor que se está a analisar.

Lutaremos para evitar esse deslize, como procuraremos trabalhar com as aulas mais atualizadas. Apesar do esforço, talvez venhamos a falhar. Adiantam-se as desculpas para

a eventualidade e, também, para a hipótese de termos mal interpretado ensinamentos que seguimos, ou que comentamos, ao longo do trabalho. As eventuais críticas que se fizer sempre terão intuito construtivo. São sinal de prestígio e vigor, na verdade, dos entendimentos debatidos e problematizados. Geralmente não há, propriamente, uma crítica, mas sim uma observação retrospectiva que consegue avistar, dados os parâmetros epistemológicos e ideológicos correntes, defeitos em lições pretéritas, que, por certo, estavam muito bem-ajambradas no contexto histórico em que surgiram. É preciso valorizar o passado, não insistir, nem se enganar, que se trata do presente.

Cumpra observar, também, que a monografia presumirá como leitor ideal aquele familiarizado com a teoria geral do processo, com o direito processual civil e com o direito constitucional, e que tenha, ademais, alguns conhecimentos sobre a teoria dos princípios. Em grande medida, quer se aplicar, não debater, lições disseminadas ou que vem se disseminando, embora subsista o temor de que nem sempre será possível resistir ao desejo de lançar ao menos umas breves notas excursivas sobre aspectos que são, na realidade, premissas do estudo, vinculadas ao marco teórico. Seja como for, o certo é que não se fará um trabalho para jejunos, fins para os quais convém, realmente, adotar aquela abordagem dos manuais, com acentuadas preocupações sistemáticas e conceitualistas, em uma exposição horizontalizada. A dissertação será dirigida, porém, aos experientes e, assim, rege-se por um pendor ensaístico, crítico e reflexivo, mergulhando em um específico tema.

Panoramicamente, pode-se dizer que a hipótese geral da pesquisa realizada, e que ora vem a lume, radicou na proposição de que o regime procedimental do processo civil brasileiro já é, pode ser, e deve ser mais maleável do que sustentam, ou divulgam, as preleções convencionais. A investigação teve como ponto de partida, realmente, uma postura heurística. Os estudos realizados sobre a matéria, no entanto, foram tornando claro que a suspeita estava correta. No lugar das dúvidas e hesitações, surgiram certezas e convicções. A hipótese que se queria averiguar convolou-se em uma tese que se vai sustentar. Na verdade, é quase sempre isso que se passa nas monografias jurídicas, algo muito mal disfarçado por aquele falso purismo científico, censor da franqueza.

Na doutrina corrente, ainda é encontrada a visão segundo a qual a norma de procedimento seria, em nosso meio, absolutamente indisponível. Flexibilidade admitida seria só aquela clara e especificamente deferida pela lei, que deve ser detalhada. Seguir o rito legal constituiria, ademais, coisa muito valiosa e importante, defesa imprescindível contra o arbítrio judicial e, assim, penhor inalienável da segurança jurídica e da liberdade individual. Até

mesmo o *due process*, megaprincípio constitucional, serve de fundamento para a observância da norma procedimental legal. Apesar do advento do instrumentalismo, com suas censuras à rigidez e minudência da lei, essa concepção, conforme se desconfia, mantém-se sobranceira, sem tantos ajustes, na imaginação de quase todos os que não tiveram a oportunidade de refletir sobre o assunto, como era o caso, aliás, do presente monografista.

A despeito do aparente vigor e atualidade daquele modo de idealizar o procedimento, tentar-se-á provar ao longo desta dissertação, palmilhando-se o itinerário descrito logo acima, que se trata de tese superada, repleta de equívocos e, por cima, produtora de efeitos deletérios. Superada, porque a evolução legal e doutrinária já sepultou, ainda que não tivesse pretendido, o velho, empedernido, regime procedimental brasileiro, como havido e pensado até o final da década de 1970. Só falta adquirir maior consciência do feito e, a partir disso, providenciar, de início, maior congruência discursiva. Equivocada também, porque ingenuamente justifica o legalismo com norma constitucional e, por cima, supõe que as formas garantem justiça, liberdade e segurança. Esse simplismo é tipicamente oitocentista, tempo a que remonta a concepção clássica sobre procedimento, que preza legalismo, minudência e rigidez. Deletéria ademais, porque exige e leva à passividade judicial, à mecanização irrefletida do rito e, enfim, à parvoíce procedimental. Essas ousadas afirmações serão, claro, devidamente desenvolvidas e justificadas na dissertação, cada uma a seu tempo.

Fizemos estas últimas observações empregando um mal situado tom conclusivo com o consciente e específico propósito de provocar e, desta forma, convidar o estudioso que teve paciência para chegar até aqui a que prossiga com a leitura. Assim como nos aconteceu ao enfrentarmos a temática reflexivamente, cremos que aqueles que nos honrarem com a exploração dos resultados da pesquisa, que aparecem adiante, terão ao menos a vantagem de adquirir uma mais apurada consciência sobre alguns equívocos mais ou menos nítidos, que, não obstante, passam generalizadamente despercebidos nestes tempos de frenéticas mudanças, em que o acerto de ontem é o erro de hoje e talvez, quem sabe, o acerto de amanhã. Sigamos em frente.

1 Notas sobre o movimento geral de flexibilização do direito

1.1 Uma transformação generalizada

Os princípios emergem célere e irresistivelmente entre as preocupações centrais da ciência jurídica. A novel legislação civil surge repleta de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, normas abertas. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade podem ser outros que não a nulidade *ex tunc*. O mérito administrativo já não é totalmente refratário à judicialização. O juiz pode antecipar os efeitos da tutela.

Aparentemente fortuitas e desconexas, todas essas novidades no reino jurídico podem muito bem ser compreendidas como exemplos particularmente eloquentes de uma mesma relevante mutação paradigmática, perpassante de todos os ramos da ciência, que poderia ser chamada de ductilização, flexibilização ou ainda suavização do direito. Tal desenvolvimento segue aceleradamente, pelos quatro cantos do universo jurídico, por meios bastante variados. Basta a observação atenta para perceber a mudança em curso e o seu amplíssimo alcance.

Nos exemplos referidos, percebe-se claramente o vetor ductilizante comum a todos, embora com características próprias em cada qual. Antes o direito das regras, com sua operação rigorosa, subsuntiva. Hoje o direito das regras e dos princípios, esses com sua atuação ponderada. Antes um Código Civil fechado, casuístico e totalizante. Hoje um maleável, principiológico e operativo. Antes inconstitucionalidade equivalente à nulidade. Hoje a cisão entre as variáveis. Antes a insindicabilidade do mérito administrativo. Hoje a possibilidade, com limites incertos, de sua fiscalização judicial. Antes tutela, em termos práticos, só na execução, outro processo. Hoje a possibilidade de antecipação tutelar, atendidos certos requisitos.

Enfim, o direito está-se suavizando aos poucos, em evolução que é generalizada, afetando todo o tráfego jurídico. Não parece haver, de fato, área que siga alheia ao processo. Com esforço, podem-se identificar algumas searas que, pela própria natureza, não combinam bem regimes maleáveis, a exemplo das pertinentes à incriminação penal e à incidência tributária. As poucas exceções que se poderia levantar, entretanto, não teriam capacidade para

por em xeque a avaliação de que o direito vai assumindo uma plasticidade inusitada na história recente.

A propósito, o quanto há de ineditismo nessa afirmação de um direito suave, em vez de um direito rígido? O direito assume uma feição heterodoxa ou, ao contrário, retoma agora, sob certo aspecto, uma silhueta, digamos, historicamente mais tradicional? As indagações se anunciam pertinentes ao remeter, diretamente, à etiologia subjacente à flexibilização contemporânea do direito. O que provoca e embala a instalação de um direito dúctil?

A questão é complexa. Admite respostas formuláveis por diferentes pontos de vista, cada qual merecedor de um estudo distinto. São relevantes, pelos menos, os ângulos da filosofia da ciência, da filosofia do direito e da teoria geral do direito. Em outras palavras, a matéria pode ser enfrentada partindo-se desde os mais remotos fatores que levam, no fim das contas, às mudanças verificadas no direito ou, no outro extremo, desde os produtos legislativos e dogmáticos emergentes das transformações assim condicionadas.

Por aqui serão apenas referidas algumas contribuições alusivas à temática, que constitui, de resto, um pequeno capítulo do informe, intricado e inacabado livro da pós-modernidade¹. O direito pós-positivista é a face jurídica da contemporânea pós-modernidade. Nele se espelham todas as angústias, incertezas e dúvidas que caracterizam o cenário geral. Observa-se, assim, que a flexibilização do direito, como traço das quadras jurídicas pós-positivistas, não opera autonomamente. Antes, reflete transformações mais profundas, havidas no conceito de razão e no conceito de ciência, tudo no rumo da superação de reducionismos operados na modernidade.

Em lição que é válida para o direito em geral, Judith Martins-Costa conclui que o novo Código Civil foi informado por uma transformada concepção acerca da racionalidade. Não mais a *ratio* monológica, totalitária e fechada do Iluminismo, que ignora as substanciais desigualdades verificadas na realidade concreta. Mas sim uma racionalidade sensível, substantiva, processual e comunicativa, capaz de apreciar valores e medir a idoneidade das normas. Uma razão que transcenda o matematicamente lógico e o burocraticamente

¹ Eduardo Bittar identifica em 1968, notadamente por causa dos protestos de maio na França, o marco histórico do nascimento da pós-modernidade, que é caracterizada, entre tantos elementos, por uma ubíqua sensação de crise, pela incapacidade de gerar consensos e pela revolta contra o imperialismo da racionalidade moderna. A obra apresenta a configuração da modernidade e da pós-modernidade, amplamente referindo as já várias leituras acerca destes tempos transicionais (*O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, cap. 2 e 3).

instrumental². Em suma, uma “racionalidade elástica, não-axiomática, e, bem assim, flexível, que conduza a um método jurídico dotado das mesmas virtudes”³.

Com efeito, soa mesmo evidente que a ciência jurídica, no conjunto, vai aos poucos, mas celeremente, revestindo-se dos caracteres que individualizam aquela racionalidade pós-moderna. A suavização do direito é prova concreta disso. Dentro do quadro geral, o despontar dos princípios jurídicos exsurge, sem dúvida, como símbolo maior da tendência. As regras jurídicas operam segundo uma metodologia rígida, bivalente. Aplicam-se ou não se aplicam, tudo ou nada, válido ou inválido. Já os princípios instauram uma tônica contemporizadora, ponderada. Aplicam-se na extensão das possibilidades jurídicas e fáticas, tem eficácia maior ou menor, dependente do contexto.

Gustavo Zagrebelsky identifica nos princípios, justamente, a referência decisiva para a compreensão da razão subjacente ao direito na atualidade, direito que concebe como uma ciência prática⁴. A ductilidade (*ductilidad*, na tradução espanhola, *mitezza*, no original italiano) é a imagem que deve ser utilizada caso se pretenda resumir em uma só palavra, o mais proximamente possível, o caráter do direito nos Estados constitucionais da atualidade. Está em referência, sobretudo, o caráter não absoluto que deve ser reconhecido nos diferentes princípios e valores consagrados nos textos constitucionais, necessidade fundamental para viabilizar a própria preservação de sociedades pluralistas, carentes de um fundamento único totalizante capaz de garantir coesão social. Donde a exigência de uma dogmática “líquida” ou “fluida”, que saiba relativizar princípios e valores, para que possam coexistir⁵.

Aliás, hoje em dia o direito parece ser compreendido mais como um saber prático do que como uma ciência teórica; mais como uma experiência discursiva do que um conjunto de normas; mais como um objeto a construir do que um a meramente conhecer; mais como um campo objeto de argumentação do que de demonstração. Aí estão evoluções significativas, por força das quais a metodologia jurídica contemporânea se afasta de

² MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; MAZZEI, Rodrigo (coords.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006, cap. I, p. 23-5 e 31-7.

³ MARTINS-COSTA, Judith, Culturalismo e experiência no novo Código Civil, op. cit., p. 33.

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 9. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 120-6. Essa valiosa monografia tem em vista o “Estado constitucional” que se vem construindo na Europa desde o pós-Segunda Guerra Mundial. Trata-se da implantação, a sério, do constitucionalismo no Velho Mundo, algo que também ocorre no Brasil, muito pela influência europeia, notadamente a partir da Constituição de 1988. Nessas condições, as avaliações de Zagrebelsky servem, sem tantas adaptações, ao cenário brasileiro.

⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 14-8.

premissas epistemológicas relacionáveis ao positivismo. Ao fim e ao cabo, volta ao palco a *juris prudentia*, retrocede a *scientia juris*.

A contraposição entre essas duas formas de conceber o direito, como ensina Zagrebelsky, tem um profundo significado originário, que já não se percebe hoje em dia. A *scientia juris* constitui uma racionalidade formal e especulativa, presidida por oposições qualitativas, verdadeiro ou falso, tudo ou nada. A *prudentia juris* é orientada aos conteúdos, tem natureza prática e segue um critério que vai do menos ou mais apropriado, oportuno, adequado ou produtivo⁶. Está claro que o direito contemporâneo vai se ornando, cada vez mais, dos caracteres próprios da *prudentia juris*.

Na linguagem atual, a atenção ao possível no manejo dos princípios costuma ser referida por “razoabilidade”, expressão que remete àquilo que se conhecia como “prudência” na operação do direito. Como requisito objetivo ao pensamento jurídico, a razoabilidade exige uma particular postura espiritual por parte do jurista, que deverá saber construir soluções conciliatórias diante das circunstâncias concretas que se apresentarem. Com ela é que se devem resolver conflitos principiológicos, bem assim as situações em que se constate uma tensão entre a regra posta e as exigências singulares do caso concreto⁷.

O reconhecimento da importância do caso concreto para a determinação da solução jurídica aplicável reintroduz, como diretriz geral, a ideia de equidade na atuação do direito. Livre de fundamentos jusnaturalistas, ela ressurge hoje no contexto da positivização constitucional de direitos fundamentais e de princípios de justiça. Com o fim da onipotência da lei, a equidade passa a caracterizar o direito em seu conjunto, servindo a comandos constitucionais. A lei já não vale só porque é lei. Tem que atender, em cada caso, as exigências impostas por uma Constituição onipresente. Sob tais condições, próprias da contemporaneidade, renasce a equidade como postulado metodológico da ciência jurídica⁸.

Aliás, há ainda como falar, propriamente, em ciência do direito? A questão pode degenerar, facilmente, em uma inútil “guerra de palavras”, que convém evitar. Não parece haver dificuldade nenhuma em conceber o direito como uma ciência desde que fique claro – e isso é o que importa – que já não se trata mais daquela ciência cartesiana, matemática, lógica

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 123.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 123 e 147.

⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 148. Semelhantemente, Eros Roberto Grau constata o renascimento da equidade, rebatizada de “proporcionalidade” ou “razoabilidade”. Inspirado em Franz Neumann, afirma, categórico, que a “proporcionalidade não passa de um novo nome dado à equidade” (*Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 193). Trata-se, a bem dizer, de uma faceta importante do resgate do direito como *prudentia*.

e formal. Não prosperou o projeto, que em retrospectiva avulta tão ousado quanto ingênuo, de transformar o direito em um saber apodíctico, organizado à moda das ciências da natureza, *more geometrico*⁹.

Mais amplamente, é o próprio conceito moderno de ciência que é posto na alça de mira. A imagem tradicional do conhecimento científico, como um saber objetivo, certo, infalível e universal, erige uma concepção de ciência como demonstração. Tendo problematizado esse arranjo, de bases cartesianas, Claudia Rosane Roesler indica, diante de suas inconsistências, que, no contexto atual de reabilitação da filosofia prática, “devemos transferir a ciência do campo da argumentação e procurar compreender seus procedimentos como um conjunto de fatores historicamente construídos, implicados numa discussão entre interlocutores concretos em situações igualmente determinadas”¹⁰.

Nessas condições, não faz tanta espécie a concepção segundo a qual “científico é o saber que se sabe precário, que não se julga absoluto, que sabe ter de expor com plausibilidade a fundamentação de tudo o que afirma. Leis científicas, por definição, são temporárias. Serão refutadas”¹¹. Consciente das próprias limitações, esse saber “funda-se no permanente debate público acerca de seus próprios fundamentos e, assim, é precário, contingente e sempre aprimorável”¹². Uma vez tornada clara a base convencional de qualquer ciência, não há razão para manter o complexo de inferioridade decorrente de uma suposta

⁹ Está muito claro, porém, que essa concepção racionalista, embora evanescente, ainda se faz sentir em muitas áreas, com maior ou menor intensidade. Na obra *Processo e ideologia*, cuja primeira edição é de 2004, Ovídio A. Baptista da Silva sustenta, convincentemente, que ainda partem dela as diretrizes que orientam a nossa legislação processual e o saber dogmático produzido em torno dela, com efeitos deletérios diversos. O racionalismo moderno, com seu direito *more geometrico*, não foi abandonado pelo processo (Cf.: *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 – Prefácio e introdução sintetizam a tese desenvolvida na obra). Em artigo sobre o mesmo tema, o saudoso mestre pontifica, expressivamente, que 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. Uma espécie de oráculo da Lei. Os que desempenham atividades forenses *funcionam* nesse contexto. Tem-no como princípio *estruturante* de seu mister” (Da função à estrutura. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 99). O trágico produto do racionalismo, que permanece entre nós, apenas entre os juristas, “foi dar-nos um ‘juiz irresponsável’, metódica e institucionalmente irresponsável, cuja missão está limitada a declarar as injustiças cometidas pelo legislador” (Ibid., p. 98).

¹⁰ ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 47.

¹¹ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 26.

¹² CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme, *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito...*, op. cit., p. 27.

indigência do saber jurídico quando comparado com o conhecimento das ciências naturais e exatas¹³.

Enfim, quer em referência à razão quer em relação à ciência, o quadro contemporâneo pode ser visto como uma negação de sinédoques modernas, que fizeram da razão lógica a razão, e da ciência dedutiva a ciência, em ambos os casos tomando a parte pelo todo. Sob esse aspecto, a pós-modernidade mostra-se como uma época de distensão epistemológica, com a superação dos modelos rígidos engendrados pelo racionalismo iluminista. Como negação ao irracionalismo entrevisto na pós-modernidade, a razão toma novos contornos, amadurecidos e realistas. Trata-se, como disse Luhmann, do “iluminismo do Iluminismo”¹⁴.

Na teoria do direito, a transição epistemológica da demonstração à argumentação está bem adiantada. Talvez se devesse fixar o marco inicial desse desenvolvimento na ressurgência do interesse na argumentação jurídica, que resgata a tradição da tópica e da retórica antigas, algo que se deve especialmente aos trabalhos, publicados na década de 1950, de Theodor Viehweg (*Topik und jurisprudence*, de 1953, traduzido para o português sob o título *Tópica e jurisprudência*), Chaim Perelman (*La nouvelle rhétorique: traité de l'argumentation*, de 1958, escrito em colaboração com Olbrecht-Tyteca – *Tratado da argumentação*) e Stephen Toulmin (*The uses of argument*, de 1958 – em vernáculo, *Os usos do argumento*)¹⁵.

Essas obras pioneiras tiveram papel fundamental, sobretudo, na abertura de “um novo (ou relativamente novo) campo de investigação, em ter servido como precursoras das atuais teorias da argumentação jurídica”¹⁶. Durante as últimas décadas, o estudo da

¹³ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme, *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito...*, op. cit., p. 26-7.

¹⁴ Apud CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme, *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*, op. cit., p. 27. Como avaliado por Judith Martins-Costa, a “razão tem sido rejeitada quando tomada como uma sinédoque: à palavra ‘razão’ parece ter sido colocada a etiqueta da razão cartesiana, ou da razão formal, submetida exclusivamente à jurisdição da lógica formal, ou da razão instrumental, ocupada com os meios, e não com os fins” (Culturalismo e experiência no novo Código Civil, op. cit., p. 32). Em termos gerais, a filósofa brasileira, amparada especialmente em Habermas, firma posição pela releitura do conceito de razão, insurgindo-se contra as inclinações irracionais e relativistas ensaiadas na pós-modernidade (Ibid., cf.: p. 31-3).

¹⁵ Prefaciando o *Tratado*, com o objetivo de situá-lo contextualmente, Michel Meyer sintetiza magistralmente: “Hoje, o fim das grandes explicações monolíticas, das ideologias e, mais profundamente, da racionalidade cartesiana estribada num tema livre, absoluto e instaurador da realidade, e mesmo de todo o real, assinala o fim de uma certa concepção do *logos*. Este já não tem fundamento indiscutível [...]. Entre o ‘tudo é permitido’ e ‘a racionalidade lógica é a própria racionalidade’, surgiu a Nova Retórica e, de um modo geral, toda a obra de Perelman” (In: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. XX).

¹⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 118.

argumentação teve um notável desenvolvimento, passando a constituir “um dos principais centros de interesse da atual teoria e filosofia do Direito”¹⁷.

A teoria da argumentação propriamente dita toma forma no final da década de 1970, com o surgimento de alguns modelos teóricos, avançados por diferentes filósofos. Na opinião de Manuel Atienza, as propostas de Neil MacCormick e de Robert Alexy são “as que têm maior interesse e talvez também as que foram mais discutidas e alcançaram maior difusão”¹⁸. Curiosamente, embora “provindo de tradições filosóficas e jurídicas muito diferentes, [...] eles chegam, no final, a formular concepções da argumentação jurídica essencialmente semelhantes”¹⁹.

As teorias da argumentação integram a complexa paisagem, multifacetada e em evolução, a que se convencionou rotular de “pós-positivismo”. Da ótica constitucionalista, em avaliação extensível a praticamente todos os rincões do direito, Luís Roberto Barroso apregoa que, na aplicação de normas abertas e princípios jurídicos, “o fundamento de legitimidade da atuação judicial transfere-se para o processo argumentativo e a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional”²⁰. Para o constitucionalista, a expressão “pós-positivismo” materializa uma “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética”²¹.

Na apreciação de Barroso, o pós-positivismo se refere, portanto, a um conjunto amplo e inacabado de reflexões acerca do direito, que se processa sob a constatação da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo. Considerado metafísico e anticientífico, o jusnaturalismo exauria a sua função no exato momento em que triunfava, com a incorporação do direito racional às grandes codificações oitocentistas. Acabou empurrado para a margem da história com a onipotência do positivismo jurídico no século XIX, esse que, embalado pelo mito da razão idealizado pelo positivismo filosófico,

¹⁷ ATIENZA, Manuel, *As razões do direito...*, op. cit., p. 118.

¹⁸ ATIENZA, Manuel, *As razões do direito...*, op. cit., p. 118. A teoria de Alexy veio a lume em 1978, no volume intitulado *Theorie der juristischen argumentation. Die theorie des rationalen diskurses als theorie der juristischen Begründung* (Na tradução brasileira, *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*). A de MacCormick foi apresentada na obra *Legal reasoning and legal theory*, também de 1978 (*Argumentação jurídica e teoria do direito*). Em *Rethoric and the Rule of Law (Retórica e o Estado de Direito)*, de 2005, MacCormick revisa o trabalho de 1978, atualizando o seu modelo teórico.

¹⁹ ATIENZA, Manuel, *As razões do direito...*, op. cit., p. 118.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 386-7.

²¹ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 386.

pretendia construir um saber jurídico que espelhasse as características das ciências naturais. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, pavimentaram o caminho para que, sob o pálio da lei, se processassem as mais abomináveis atrocidades²².

Significativamente, a decadência do positivismo é associada à derrota dos regimes fascistas, que promoveram a barbárie em nome da lei. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, “a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”²³. Sob tal pano de fundo, o pós-positivismo desenvolve-se, de certo modo, como uma síntese entre jusnaturalismo e juspositivismo. Na apreciação de Mauro Cappelletti, a “Constituição pretende ser, no direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo”²⁴, regresso consciente, porém, da superação do “direito natural entendido como *absoluto* e *eterno*”, firmando-se em seu lugar um “jusnaturalismo *histórico*, direito natural vigente”²⁵.

A propósito, mencione-se que não há como compreender as idas e vindas da metodologia jurídica contemporânea sem constatar o irresistível avanço do constitucionalismo a partir do pós-Segunda Guerra Mundial no Velho Continente e, mais tarde, também no Brasil e alhures. Para acentuar a cisão operada com esse desenvolvimento, Zagrebelsky e outros

²² BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo II, p. 19-27.

²³ BARROSO, Luís Roberto, *Temas de direito constitucional*, op. cit., p. 27. Quando menos, é duvidosa a bem vulgarizada tese que relaciona nazismo e juspositivismo. O positivismo kelseniano, pura forma, admitiria de fato qualquer conteúdo, ao que parece. Mas o pós-positivismo também tem semelhante habilidade, escondida na face obscura dos princípios. A penetração da moral no direito não garante o valor dos valores... As observações de Daniel Sarmento tocam também outros pontos: “Como um não-positivista, tenho a necessária imparcialidade para criticar os equívocos da doutrina brasileira nas suas invectivas contra o positivismo, que muitas vezes caracterizam verdadeira ‘falácia do espantalho’: ataca-se não a própria teoria positivista, mas uma distorcida caricatura dela. Duas afirmações erradas, que eu mesmo já fiz em textos anteriores, são muito frequentes: a de que o positivismo recusa a aplicação dos princípios, e a de que ele teria sido a Filosofia do Direito cultivada na Alemanha nazista. Quanto ao primeiro ponto, não há nenhuma incompatibilidade lógica entre positivismo e princípios, desde que os princípios estejam devidamente incorporados na ordem jurídico-positiva. [...] No que tange ao segundo ponto – a chamada *reductio ad hitlerum* – os estudos mais autorizados de História do Direito comprovam que não foi o positivismo a teoria jurídica dominante no nazismo, mas uma espécie de jusnaturalismo de inspiração hegeliana, que se insurgia contra o formalismo e recorria com frequência a conceitos muito vagos para justificar a barbárie, como os de ‘comunidade popular’ (*Volksgemeinschaft*)” (O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 60).

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 129.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 129. Zagrebelsky compreende a questão de modo bastante parecido (Cf.: *El derecho dúctil*..., op. cit., p. 114-6).

preferem designar por “Estado constitucional” a particular forma de Estado de Direito surgida nas últimas décadas, como fruto daquela evolução²⁶.

O quadro é costumeiramente referido, também, por “neoconstitucionalismo” e se confunde, em boa medida, com o pós-positivismo. O reconhecimento da força normativa da Constituição, com seus vistosos princípios, constitui uma das estrelas mais brilhantes da constelação pós-positivista. Na visão de Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo concretiza o marco filosófico do neoconstitucionalismo, em cujas coordenadas teóricas se localiza, com outros elementos, o reconhecimento da força normativa da Constituição e dos princípios como espécie normativa. No Brasil, o neoconstitucionalismo se desenvolve mormente a partir da Constituição de 1988. Trata-se da chamada constitucionalização do direito, que em poucos anos, em velocidade assombrosa, revolucionou a metodologia jurídica no cenário nacional²⁷.

Antes de seguir para a análise das expressões técnicas por meio das quais assoma, na superfície da dogmática, o processo de flexibilização do direito, convém destacar, à guisa de remate, o estreito vínculo entre os diversos fenômenos mencionados ao longo do ensaio desenvolvido no presente tópico. O mito da razão moderna, ilimitada e onipotente, cai por

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 21-4. A respeito, já se apurou que apesar “das ambigüidades que sugere, a expressão ‘Estado constitucional’ vem sendo utilizada por autores como Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, dentre outros, para representar aqueles Estados que, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, adotaram constituições rígidas, caracterizadas pela previsão de um catálogo de direitos fundamentais e de mecanismos de controle de constitucionalidade. A marca distintiva desses Estados é a constitucionalização do ordenamento jurídico através das normas de direitos fundamentais, que traduzem para a linguagem normativa as opções éticas e políticas da sociedade” (VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007, p. 69). Tal opção terminológica poderia ser criticada, já que o constitucionalismo permeia o direito estadunidense há cerca de duzentos anos, a partir das bases lançadas no célebre e sempre citado caso *Marbury x Madison*, sem que a circunstância crie embaraços, pelo que consta, ao uso do tradicional termo *Rule of Law*.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./maio 2007, *passim*. Esse importante ensaio é fundamental para a compreensão do assunto, que é objeto de vastíssima literatura, repetitiva. Diga-se, a propósito, que há muitos “neoconstitucionalismos” como há tantos “positivismos” e “pós-positivismos”. As expressões não têm um sentido unívoco, claro ou estabilizado. Nada obstante, as diversas teorias, heterogêneas, vinculadas ao neoconstitucionalismo têm alguns pontos em comum, que consubstanciam o vetor epistemológico das ingentes transformações recentes da metodologia jurídica. As mudanças inseridas no cenário pós-positivista são assim sintetizadas por Daniel Sarmiento, resumo parecido, aliás, com aquele de Luís Roberto Barroso: “(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teoria da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário” (O neoconstitucionalismo no Brasil..., op. cit., p. 31-2). Esse trabalho é também de excepcional qualidade, em particular na exposição sobre as origens do neoconstitucionalismo e a recepção do movimento no Brasil e ainda, muito especialmente, nas críticas que articula em relação às propostas pós-positivistas mais radicais, que fazem pouco caso das regras e do papel institucional do Legislativo e do Executivo, deslumbradas que estão com os princípios e com o ativismo judicial (Ibid., p. 52 et. seq.).

terra, arrastando consigo o modelo de ciência a que oferecia sustentação. A razão que resta, com a qual se pode refundar o conceito de ciência, mostra-se plástica e discursiva, cônica das próprias imperfeições.

Nesse contexto, o positivismo toma seu lugar nas estantes da história, com o que desaparece a ideia de direito como ciência lógico-dedutiva. A *scientia juris* cede o lugar à *juris prudentia*, que ressurge, claro, dentro das condições próprias da pós-modernidade. Nas quadras pós-positivistas, em que se observa uma sublimação de elementos jusnaturalistas e juspositivistas, o direito toma um caráter eminentemente flexível. Reconhece a necessidade de atender as exigências do caso concreto, afastando-se da aplicação a qualquer preço da regra positivada. E o faz sob o amparo da normatividade da Constituição, que impõe, com seus princípios e direitos fundamentais, parâmetros com os quais se comensura a idoneidade das soluções do legislador infraconstitucional.

Deste plano dogmático e estrutural, a flexibilização do direito pode ser rastreada, em síntese, na crescente normatividade da Constituição, circunstância que força uma aplicação sempre ponderada das regras positivadas na legislação ordinária. A *prudentia* se afirma também na aplicação dos princípios, sobretudo no nível constitucional, ainda mais quando está em questão a necessidade de criar, pelo direito, condições para que se obtenha algum patamar de coesão social nestas sociedades contemporâneas, marcadamente plurais, fragmentárias e centrífugas. Esse espírito prudencial do nosso tempo se traduz, concretamente, em certos mecanismos dogmáticos, tema de que trata o item seguinte.

1.2 Expressões técnicas da flexibilização

O pendor prudencial infunde, em gênero, que a prática jurídica adquira certa plasticidade. Tecnicamente, a flexibilização toma formas das mais variadas. O avanço da jurisdição constitucional já traduz, de certa maneira, um expediente ductilizante de largo espectro. A lei não se aplica a todo custo. Se transbordar das balizas constitucionais, mesmo das impostas fluidamente por meio de princípios jurídicos, haverá que ser posta de lado. A importância atribuída ao exame do caso concreto, em substituição ao ânimo de extrair a solução apenas da interpretação da lei, também inspira e exige certa flexibilidade.

Como é natural, a inclinação teórica, para assim dizer, ecoa no plano prático, com o que surgem, ou se fortalecem, mecanismos bastante variados, que comprovam e especificam a tendência geral. Não é apenas nas alturas filosóficas e jusfilosóficas que se capta um projeto

de direito flexível. De lá apenas partem as forças que redundam no processo de suavização da ciência, algo que no Brasil se desenvolve, com velocidade crescente, sobretudo a partir da Constituição de 1988. A dinâmica perpassa a produção legislativa do direito, a atuação dos tribunais e a construção do saber dogmático.

As expressões técnicas da flexibilização do direito podem ser sistematizadas, esquematicamente, em três grandes grupos, que se justapõem. Em primeiro lugar, os preceitos ductilizantes pontuais, de perfil casuístico. Em segundo lugar, as normas de contextura aberta, especialmente as cláusulas gerais. Em terceiro lugar, os princípios jurídicos, reconhecidos como normas. As regras pontuais e as normas abertas são, quase sempre, fruto da atividade parlamentar, problema do legislador. Os princípios jurídicos são, preponderantemente, matéria do constituinte e do jurista. Em razão disso, e por terem maior importância, os princípios serão examinados em maior profundidade, no tópico seguinte. Neste, faremos um breve estudo das flexibilizações tópicas e das normas abertas.

Para começá-lo, calha rememorar que, tradicionalmente, a norma jurídica é compreendida como um comando pelo qual se descreve uma determinada situação fática (*fattispecie*, tipo, hipótese de incidência, preceito primário) à qual se vincula certa repercussão (consequente, dispositivo, sanção, preceito secundário). É a mais que conhecida técnica do “se, então”. Nessa concepção, a norma jurídica constitui-se de uma proposição hipotética, “na qual se prevê um fato (F) ao qual se liga uma consequência (C), de conformidade com o seguinte esquema: *Se F é, deve ser C*”²⁸. Verifica-se um arranjo estruturado de “maneira binada, articulando logicamente dois elementos que denominamos, respectivamente, *hipótese* ou *fato-tipo* (*Tatbestand*, em alemão; *fattispecie*, em italiano); e *dispositivo* ou *preceito* (*Rechtsfolge*; *disposizione*)”²⁹.

Além disso, tanto a descrição da hipótese quanto a do dispositivo haveriam que ser, segundo a tradicional ótica casuística, vazados em termos bastante precisos. A hipótese deveria ser estipulada em linguagem fechada, com a delimitação clara do modelo de fatos a que alude. E também o dispositivo teria que conter uma específica indicação da consequência jurídica a ser imposta no caso de se verificar a ocorrência do fato ideado no tipo. Com a utilização da técnica de regulamentação casuística, leciona Judith Martins-Costa, nota-se nas

²⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 93.

²⁹ REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, op. cit., p. 100. O grande jusfilósofo critica os autores que, sob a influência de Kelsen, concebem ser a norma jurídica sempre redutível a esse modelo. Para ele, apenas as normas de conduta se estruturam como juízos hipotéticos (Ibid., p. 93-96). Aquilo “que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser *uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*” (Ibid., p. 95).

normas uma perfeita especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*. O legislador fixa, de modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos, de modo que, em face da tipificação de condutas, que promovem, pouca hesitação haverá do intérprete para determinar o seu sentido e alcance. Este poderá aplicar a norma mediante o processo mental conhecido como subsunção. Há uma espécie de prefiguração, pelo legislador, do comportamento marcante, a ser levado em conta pelo intérprete, uma vez que o legislador optou por descrever a factualidade³⁰.

A suavização do direito pode operar, posto que limitadamente, dentro desse modelo casuístico. Não se chega a esse resultado por meio da previsão de diferentes hipóteses em uma mesma norma, pois aí se teria, simplesmente, mais de uma regra dentro de um mesmo invólucro. Algum nível de flexibilidade pode ser obtido, aí sim, com a estipulação de alternativas no preceito secundário, ou pela positivação de uma regra, com exceções, que também tem exceções, ou seja, pela adoção de regras ou conjunto de regras que apresentem opções para o julgador ou estatuem um regime particularmente complexo.

Não haveria grande interesse, nem seria praticável, em fazer um levantamento exaustivo das alterações legislativas verificadas nas últimas décadas que produziram, por aqueles meios, uma pontual flexibilização do direito. Parece oportuno, de toda a forma, referir brevemente alguns casos remissíveis, ainda que em parte, ao modelo de regulação por *fattispecie*. Tome-se, por exemplo, o disposto no art. 18, § 1º, do CDC, que defere ao consumidor, para a hipótese de não ser sanado o vício do produto no prazo de trinta dias, a escolha entre três alternativas, a saber, substituição do bem, restituição da quantia paga ou abatimento proporcional do preço.

Outra hipótese de ductilização tópica, em alguma medida reconduzível aos baldrames próprios da técnica casuística, pode ser observada no novo regime da execução provisória, no que tange à necessidade de caução para o levantamento de depósito em dinheiro. Em regra, o levantamento depende de caução idônea (art. 475-O, III). Excepcionalmente, entretanto, a garantia pode ser dispensada, como nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito (art. 475-O, § 2º, I). Nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça também pode ser dispensada a caução, salvo, porém, quando a dispensa possa manifestamente resultar em risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação (art. 475-O, § 2º, II).

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistemática e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 297.

Mais um exemplo, o art. 27 da Lei 9.868/1999 disciplina que o Supremo Tribunal Federal poderá, ao declarar a inconstitucionalidade, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Por meio do preceito se “introduziu significativa alteração na técnica de decisão de controle de constitucionalidade”, em “fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade, que corresponde à tradição brasileira”³¹. A quebra do dogma da nulidade redonda, da ótica que aqui se adota, em certa flexibilização na jurisdição constitucional, que se percebe no fato de que a regra, agora, passa a ser excepcionável, possibilidade autorizada em disposição expressa.

Quer dizer, “o princípio da nulidade continua a ser regra, também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação tendo em vista a análise fundada no princípio da proporcionalidade”³². De fato, ele “somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base em uma ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social”³³. Além do mais, vê-se que se a regra é única (pronunciamento da nulidade *ex tunc*), as exceções possíveis são várias: declarar a nulidade *ex nunc, pro futuro* ou mesmo deixar de pronunciá-la, apesar do reconhecimento da inconstitucionalidade³⁴.

A bem dizer, os dois últimos exemplos são apenas parcialmente acomodáveis na moldura característica da legislação por *fattispecie*. Assim o é porque as normas referidas, embora estruturadas na forma regra-exceção, não exprimem enunciados com a especificidade com que se revelam as disposições verdadeiramente casuísticas. Em certos pontos, há um grau de indefinição irreconciliável com o modelo típico da regulação que singularizava aquelas codificações oitocentistas. Em caso de “risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação”, não se poderá dispensar a caução para o levantamento de dinheiro nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (CPC, art. 475-O, § 2º, II, *in fine*). São “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” que abrem ensanchas a que a declaração de

³¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1181.

³² BRANCO; COELHO; MENDES, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1204.

³³ BRANCO; COELHO; MENDES, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1204.

³⁴ BRANCO; COELHO; MENDES, *Curso de direito constitucional*, op. cit., cf.: p. 1205-6. A propósito, rememore-se que as técnicas de controle de constitucionalidade também vão ficando cada vez mais flexíveis e complexas, mormente na fiscalização da omissão inconstitucional.

inconstitucionalidade não conduza, eventualmente, à pronúncia de nulidade (Lei 9.868/1999, art. 27).

Tais disposições, nos pontos destacados, constituem exemplos de normas de contextura aberta, cuja positivação, muito mais do que a sofisticação do modelo casuístico, rende uma mudança estrutural na metodologia jurídica. Exemplos não faltam. O novo Código Civil é particularmente pródigo em figuras do gênero. Tomemos duas, bem eloquentes, para ilustrar o fenômeno. Ele prescreve que a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421) e que os “contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (art. 422). A vagueza dessas normas é tão evidente quanto notável. Nada há como conceituar, propriamente, o sentido da “função social do contrato” ou dos “princípios de probidade e boa-fé”.

Cada vez mais comuns e relevantes, os *standards*, as normas em branco, as máximas de conduta, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais consagram filosoficamente e viabilizam dogmaticamente, junto com os princípios, a prática de um direito flexível, aberto sistemicamente e sensível à apreciação do caso concreto³⁵. Da perspectiva legislativa, são técnicas de regulação no atacado, para apreender situações variadas e, ademais, segundo uma fórmula capaz de resistir ao decurso do tempo e a correlata evolução social. Pelo olhar do julgador, são normas de hipótese de incidência elástica ou de consequência jurídica indefinida, cuja aplicação requer um exercício concretizador a ser operado à luz dos dados factuais envolvidos e, também, dos princípios jurídicos pertinentes, notadamente os de estatura constitucional.

Essas normas elásticas ou abertas constituem, no dizer de Zagrebelsky, o suplício de toda visão estritamente positivista do direito e o xodó de todo o crítico de semelhante concepção³⁶. Está em perspectiva, novamente, aquela transformação global da ciência

³⁵ Com o foco adotado neste ponto, cingido à evidenciação de que a disciplina jurídica vai se flexibilizando, podemos dispensar maiores refinamentos conceituais. A respeito, remetemo-nos ao erudito estudo de Judith Martins-Costa (*A boa-fé no direito privado...*, op. cit., cap. 4), que aparta, v. g., cláusulas gerais de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados, no qual também se capta um conceito amplo de cláusula geral: são elas que “constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquetipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo” (Ibid., p. 274).

³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 136. No original, em passagem na qual se demonstra que às vezes a lei não oferece resistência à necessidade de atender às circunstâncias do caso: “Esto sucede sobre todo con las normas «elásticas» o «abiertas», es decir, las que utilizan las llamadas «cláusulas generales», cruz de toda concepción estrictamente positivista del derecho y de la función judicial y delicia de todo crítico de la misma”.

jurídica, com a superação de cânones fixados no longínquo século XIX. Tratando do modelo de código civil, Judith Martins-Costa pondera, em lição de alcance geral, que ele “na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista”³⁷. Sua linguagem “não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística”³⁸. Na avaliação de Humberto Ávila, com os desenvolvimentos havidos especialmente desde meados do século XX, abandona-se o culto à lei, que “não só passa a ser entendida de outra forma – seu sentido é dado, também e, sobretudo, diante do caso concreto –, como ela mesma passa a ser redigida de outra forma. Reforma-se a legislação, mediante a utilização de novas técnicas legislativas, entre elas a da cláusula geral”³⁹.

A mudança de técnica legislativa está, de fato, no vértice do complexo processo de transformação da cultura jurídica. Cada vez mais, surgem normas que “fogem ao padrão tradicional, enucleado na definição, o mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação puntual e pormenorizada de suas consequências”⁴⁰. Nesse contexto, verificam-se por vezes normas que contêm termos imprecisos, os conceitos jurídicos indeterminados, ou que apenas delimitam uma vaga moldura, constituindo as chamadas cláusulas gerais. Ambos os casos materializam resultados intencionais da técnica legislativa⁴¹. Significativamente, o modelo das cláusulas gerais, talvez pela relevância da categoria, já foi contraposto à elaboração casuística de hipóteses legais. E o direito a que elas se referem foi chamado de equitativo, em contraste com o direito estrito⁴².

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado...*, op. cit., p. 285.

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado...*, op. cit., p. 285.

³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (org.). *Faculdade de direito da PUCRS: O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 418-9.

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado...*, op. cit., p. 285-6.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado...*, op. cit., p. 285-6. Não é que as codificações liberais não tivessem cláusulas gerais. Sucede que a “sua utilização *enquanto tal* e bem assim a teorização acerca do tema se dará pioneiramente na Alemanha” no pós-Primeira Guerra Mundial, dali se estendendo “a outros países com acentuado vigor” (Ibid., p. 291 e 294). A viragem é facilmente notada na circunstância de que, no geral, a positivação de normas abertas transmutou-se de vício em virtude. Por aqui também seria possível vislumbrar um signo da ascensão do constitucionalismo, de certa maneira: como observa Judith Martins-Costa, a técnica legislativa típica das constituições passou a inspirar o legislador na codificação do direito civil (Ibid., p. 285).

⁴² ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Batista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 228 e 208. Relatando que a pretensão iluminista de alcançar absoluta segurança jurídica por meio do rigor na elaboração das normas já vacilava no século XIX, English anota, em síntese precisa, que as leis “são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e agir de um modo semelhante ao do legislador. E

As cláusulas gerais atuam tecnicamente como metanormas, pois remetem o julgador a critérios determináveis fora de si mesmas, no próprio ordenamento, nas circunstâncias do caso ou no quadro social. Com isso, pavimentam o caminho a que determinada hipótese legal possa contemplar uma ampla gama de casos cuja especificação competirá aos tribunais. Em outras hipóteses, o desenvolvimento jurisprudencial se dará em torno da consequência jurídica decorrente da incidência da norma, porque a lei não a estabelece determinadamente⁴³. Em suma, nas palavras de Judith Martins-Costa:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a *ressistematização* destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico⁴⁴.

Nas cláusulas gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados, explica Karl Larenz, “apresenta-se somente um quadro muito geral que o juiz, no caso concreto, terá de preencher mediante uma valoração adicional”⁴⁵. Nessas hipóteses, não é possível ao juiz “fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer”⁴⁶. Essas pautas carecidas de valoração, a exemplo da “boa-fé”, de uma “justa causa”, de um “prazo razoável”, não são simplesmente vazias de conteúdo. Contêm “sempre uma ideia jurídica específica que decerto se subtrai a toda a definição conceptual, mas que pode ser clarificada por meio de exemplos geralmente aceites”⁴⁷. Refletem a consciência jurídica geral, a que os tribunais funcionam com caixa de ressonância. Posta em relação a uma situação concreta, a cláusula geral é injetada de conteúdo adicional e concretizada para o caso, em especificação do seu sentido que serve de exemplo para hipóteses futuras⁴⁸.

Com efeito, a aplicação das normas abertas cobra uma estrutura analítica diferente daquela clássica, do modelo subsuntivo, em que se realiza um raciocínio silogístico, no qual a

assim continuará a ser no futuro” (Ibid., p. 206-7). A contraposição entre cláusula geral e casuística é desenvolvida por Judith Martins-Costa, que considera que o contraste deveria ser, a rigor, entre a casuística e as normas abertas, gênero a que se vinculam as cláusulas gerais (*A boa-fé no direito privado...*, op. cit., p. 296-303).

⁴³ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado...*, op. cit., p. 299.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado...*, op. cit., p. 303.

⁴⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 164.

⁴⁶ LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 164.

⁴⁷ LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 310-1.

⁴⁸ LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 311.

lei obra como premissa maior e os fatos como premissa menor. No emprego daquela modalidade normativa, tem-se um processo de concreção, que “consiste num conjunto de atos tendentes a preencher, valorativamente, as normas, atribuindo-lhes sentido diante do caso concreto, com base em valores sistemáticos e problemáticos”⁴⁹. Em uma palavra, as cláusulas gerais são concretizadas em vez de subsumidas.

Evidentemente, a multiplicação das cláusulas gerais e, em geral, das normas abertas acarreta um maior grau de maleabilidade na operação do direito. Por outro ângulo, percebe-se que elas incrementam os poderes do julgador. Ainda que toda interpretação importe, em maior ou menor grau, em um exercício criativo de integração valorativa, o certo é que, em comparação com os preceitos casuísticos, diante das cláusulas gerais “compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas, por igual, *criando direito*, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as conseqüências”⁵⁰.

Sem uma *fattispecie* rigorosa, diferentes situações, muitas vezes substancialmente diversas, podem ser remetidas a uma mesma norma. Igualmente importante, sem uma consequência geometricamente pré-definida, pode o julgador especificar a solução que parecer mais adequada à luz da situação concreta e dos princípios que concorrerem na hipótese. Ao revés de pretender fixar soluções taxativas para problemas precisos, o direito se abre ao exame do caso concreto para que, a partir daí, construa-se uma decisão que seja justa, concretizando a cláusula geral. Essa contextura maleável é também reconhecida nos princípios.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann, Subsuncão e concreção na aplicação do direito, op. cit., p. 448. Para o estudioso, toda aplicação do direito implica uma atividade concretizadora, que se dá em maior intensidade no caso das normas abertas. Não é possível atingir identidade conceitual entre fato e norma, como pretende a técnica subsuntiva, senão mediante reflexões prévias de corte sistemático, problemático e valorativo. A subsunção passa, portanto, pela concreção (Ibid., cf.: 422-9).

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado...*, op. cit., p. 330. Já não se disputa que todo ato de interpretação e de aplicação do direito tem uma carga criativa maior ou menor. Há tempos, Mauro Cappelletti fazia um balanço sobre o assunto, pontificando que embora “a interpretação jurídica seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século [XX]”. Com a revolta contra o formalismo, houve “o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e mostesquiniana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva ‘inanimada boca da lei’” (*Juízes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993, p. 31 e 32).

1.3 Elementos de teoria geral dos princípios

1.3.1 O (res)surgimento

Nestes tempos de transformações metodológicas, com a Constituição tomando de vez, como realidade prática, o ápice do sistema, o discurso jurídico acaba assimilando questões valorativas, o que faz na sua linguagem própria, pela mediação dos princípios⁵¹. E como diz Zagrebelsky, é “próprio dos princípios e dos valores a capacidade para relativizar-se a fim de se conciliarem reciprocamente”⁵². A flexibilização do direito acontece por causa, especialmente, do expedito e irresistível retorno dos princípios a um lugar no centro do palco jurídico. Trata-se provavelmente de uma das mais relevantes mudanças recentes na teoria do direito.

Não faz tanto tempo, aos “princípios gerais do direito” era reservada uma posição acentuadamente subalterna no raciocínio jurídico. O conhecido art. 4º do Decreto-Lei 4.657/1942, antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, hoje rebatizada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não deixa dúvidas a respeito, prevendo que, quando “a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”⁵³. Na interpretação prevalente, era de rigor seguir a ordem predisposta na lei ou, ao menos, a gradação estabelecida constituiria a regra⁵⁴. Na teoria, os

⁵¹ Como elucidativamente expõe Neil MacCormick: “Para cada valor V, há um princípio de acordo com o qual V ou pode ser, ou deve ser (na ausência de considerações contrárias), ou deve normalmente ser, ou ainda, necessita ser (na ausência de considerações mais importantes) perseguido ou realizado. [...] Princípios jurídicos dizem respeito a valores operacionalizados localmente dentro de um sistema jurídico estatal ou de alguma ordem normativa análoga” (*Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 251).

⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 125. No original: “[...] es propio de los principios y de los valores su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente.”

⁵³ O art. 126 do Código de Processo Civil dispõe, semelhantemente, que o “juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito” (Redação dada pela Lei 5.925/1973). O texto do anteprojeto do novo Código de Processo Civil é bem diferente: “Art. 108. O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os princípios constitucionais e as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. É duvidosa, no mínimo, essa aparente cisão entre princípios constitucionais e princípios gerais de direito.

⁵⁴ Como apurava Miguel Reale, alguns intérpretes, entre os quais o insigne Clóvis Beviláqua, entendiam que “haveria uma enumeração excludente, de tal modo que, em primeiro lugar, se deveria recorrer à analogia; a seguir, ao costume e, por fim, aos princípios gerais”. Reale critica essa interpretação, que acusa de ser vinculada à tese da supremacia absoluta da lei (*Lições preliminares de direito*, op. cit., p. 315). Depois de passar em revista um amplo repertório de posições, Wilson Alves de Souza concluiu, ainda em meados da década de 1980, que “a maioria dos autores adota o ponto de vista de que a função primordial dos princípios jurídicos é a de inspirarem o legislador”. Notava ainda que “outro tanto de autores observa que a função dos princípios é meramente interpretativa na medida em que servem como meio de integração do Direito”, e que terceiro grupo, com o qual concordava, “atribui aos princípios jurídicos verdadeira função normativa, colocando-os como uma das fontes

princípios entravam em cena, assim, apenas na falta de regra para o caso, na inutilidade do recurso à analogia e na ausência de costume em torno da matéria. Tinham uma função eminentemente residual, portanto, servindo à integração do ordenamento jurídico, último entre os meios do gênero.

Contemporaneamente, em especial a partir das obras seminais de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, já não é mais assim⁵⁵. A temática vem ocupando os holofotes. Os princípios jurídicos, constata Rodolfo Vigo, “têm adquirido uma importância notável no campo da teoria geral e da filosofia do direito, a ponto de que com justiça já se pôde falar em um nova ‘idade de ouro’ dos princípios”⁵⁶. Descendo do plano mais especulativo, o direito principiológico rapidamente se espalha na teoria e prática jurídicas, embrenhando-se na dogmática para logo chegar aos tribunais. Deve ser tarefa impossível, nestes dias, encontrar um trabalho acadêmico que não empregue, ao menos uma vez, o termo “princípio”. Também as petições iniciais, contestações e sentenças, ao menos as que tenham de lidar com problema de alguma complexidade, costumam surgir crivadas de princípios.

A qualificação dos princípios como normas jurídicas, sem rodeios e vacilações, materializa o elemento estruturante do renovado papel que lhes é atribuído na ciência do direito. Como afirma Eros Grau, categórico, os “princípios, todos eles – os explícitos e os implícitos –, constituem norma jurídica”⁵⁷. Assim, norma jurídica “é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios – entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais do direito”⁵⁸.

Outra descoberta notável pertence ao mesmo contexto. Uma coisa é o texto normativo, outra é a norma que se constrói a partir dele. Humberto Ávila, baseando-se em Riccardo Guastini, elucida que normas “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos

formais do Direito” (Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*, v. 50, n. 2, p. 166-179, fev, 1986, p. 168).

⁵⁵ Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas obras serão referidas mais adiante, são os principais responsáveis pela centralidade dos princípios na teoria do direito atual. É a eles que se deve a distinção forte entre princípios e regras, baseada na estrutura da norma, passo indispensável na elevação dos princípios à condição de espécie normativa. Muitos outros estudiosos, entretanto, produziram aportes significativos ao reposicionamento dogmático dos princípios. Pode-se citar, entre outros, Jean Boulangier, Josef Esser, Karl Larenz e Vezio Crisafulli. Sobre a evolução doutrinária e as diversas contribuições, vale consultar os estudos de Eros Grau (*Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*, op. cit., p. 161-88, especialmente) e de Paulo Bonavides (*Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, cap. 8).

⁵⁶ VIGO, Rodolfo L. *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: De Palma, 2000, p. 1. No original: “En las dos últimas décadas, el tema de los principios ha adquirido una importancia notable en el campo de la teoría general o de la filosofía del derecho, a tal punto que con justicia se ha podido hablar de una nueva ‘edad de oro’ de los principios”. Foi Luis Prieto Sanchís, referido por Vigo, quem qualificou o momento como uma nova “idade de ouro dos princípios”.

⁵⁷ GRAU, Eros, *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*, op. cit., p. 49.

⁵⁸ GRAU, Eros, *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*, op. cit., p. 49.

construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”⁵⁹. Há casos de norma sem dispositivo e de dispositivo do qual se extrai várias normas. Não há correspondência biunívoca “entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”⁶⁰.

Retomando o fio da meada, constata-se que o reconhecimento dos princípios como normas revela-se como causa e consequência, concomitantemente, do irrefreável impulso do direito principiológico. Paulo Bonavides descreve um panorama do movimento que, pela convação dos princípios gerais em princípios constitucionais, culmina no traço que, de fato, “é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço da sua normatividade”⁶¹.

Na fase jusnaturalista, “os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa, de idéia que inspira os postulados de justiça”⁶². No período positivista, que se estende desde o século XIX até meados do século XX, os princípios entram já nos Códigos, “como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como ‘válvula de segurança’, que ‘garante o reinado absoluto da lei’”⁶³. Essa é a concepção que iluminou a redação quer do art. 4º do Decreto-Lei 4.657/1942 da outrora chamada Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, quer do art. 126 do Código de Processo Civil.

No pós-positivismo, os princípios tornam-se normas jurídicas, compondo o gênero a que pertencem também as regras. “De fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade do século XX, se tornaram fonte primária de normatividade”⁶⁴. No cenário brasileiro, a afirmação do pós-positivismo, e a correlata mutação do *status* dos princípios, toma lugar especialmente a partir

⁵⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 30. Sempre perspicaz, Ovídio Baptista relaciona a constatação de que texto e norma são seres diferentes à derrocada do sonho iluminista de um direito perfeitamente claro e seguro (Da função à estrutura, op. cit., p. 99). A propósito, é a cisão entre texto e norma que orienta o discrimine traçado por Judith Martins-Costa entre cláusulas gerais e princípios, estes como normas e aquelas como textos (Cf.: *A boa-fé no direito privado...*, op. cit., p. 323-4, especialmente).

⁶¹ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 257.

⁶² BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 259.

⁶³ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 262.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 283.

da Constituição de 1988, com certo atraso em relação aos movimentos similares verificados alhures, conforme costuma acontecer, aliás⁶⁵.

Interessante observar a mudança terminológica ocorrida nos quadros dessa evolução. A expressão “princípios gerais de direito” é abandonada, sendo substituída por “princípios” ou “princípios jurídicos”, simplesmente. Em si considerado, o objeto referido pelas expressões, entretanto, parece ser, na essência, bastante semelhante, o que explica a constatação, de Paulo Bonavides, de que os princípios gerais do direito “correspondem, em sentido e substância, aos ‘princípios constitucionais’ e às ‘disposições de princípio’, da terminologia mais em voga entre os Mestres do Direito Público contemporâneo”⁶⁶.

A conformação dos princípios na silhueta atual, como normas jurídicas, nasce na filosofia e na teoria do direito. A teorização acerca deles é então apropriada e desenvolvida por constitucionalistas. Não parece, entretanto, que se deva relacionar direito principiológico com direito constitucional. Assim como as regras, os princípios aparecem em todos os patamares da hierarquia jurídica. A matéria é de teoria geral do direito, não de ramo específico da ciência. É evidente, entretanto, que os princípios constitucionais têm lugar de destaque, já que ocupam o pináculo do ordenamento.

1.3.2 Correntes conceituais

A dissociação entre regras e princípios, algo intrinsecamente ligado à conceituação de cada categoria normativa, constitui uma das principais preocupações da teoria dos princípios⁶⁷. Humberto Ávila vislumbra a existência, esquematicamente, de duas correntes doutrinárias ao redor da definição dos princípios. A primeira concepção traça uma

⁶⁵ Tratando do neoconstitucionalismo, Luís Roberto Barroso refere o pós-positivismo como marco filosófico e, quanto ao Brasil, a Constituição de 1988 como marco histórico. No marco teórico, aparece a ascensão dos princípios como elemento essencial, sendo constatado que o “reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos dos pós-positivismo” (Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito..., op. cit., p. 10).

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 273. Outro fenômeno curioso, em parte também terminológico, é o renascimento, já referido, da equidade sob as designações “proporcionalidade” ou “razoabilidade”: a “proporcionalidade não passa de um novo nome dado à equidade” (GRAU, Eros, *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*, op. cit., p. 193).

⁶⁷ Com efeito, a literatura sobre princípios, como seu já infinito volume, tem entre os tópicos prediletos o discríme entre regras e princípios. Rodolfo L. Vigo catalogou nada menos do que 24 critérios para a distinção, advertindo que nem todos tem o mesmo valor, havendo ademais superposições: conteúdo, origem, validade, capacidade explicativa e justificativa, aplicação, tipos de razão, identificação, derrogação, labor que exigem, exceções, destinatários, resolução de contradições, cumprimento, estrutura lógica, incorporação ao sistema, compromisso histórico, localização no ordenamento, operatividade com a lógica formal, aporte à completude do sistema, componentes, funções, coatividade, formulação linguística e capacidade sistematizadora do direito (*Los principios jurídicos...*, op. cit., p. 9-18).

distinção fraca entre princípios e regras, baseando-se no grau de abstração e generalidade. Os princípios seriam mais abstratos e gerais do que as regras. Trata-se da teoria clássica do direito público, difundida no direito administrativo e transplantada para trabalhos de direito constitucional. É essa a tese que subjaz às avaliações que apontam os princípios como alicerces ou vigas mestras do ordenamento jurídico⁶⁸.

Capitaneada por Dworkin e Alexy, a segunda corrente doutrinária estabelece um discrimine forte entre princípios e regras, apartando-os mediante o exame da estrutura normativa. Trata-se da teoria moderna do direito público, que nasce na filosofia e na teoria geral do direito, sendo posteriormente adotada por estudiosos de direito constitucional⁶⁹. Competem a Ronald Dworkin os créditos pelo pioneirismo na percepção de uma diferença estrutural entre princípios e regras. O jusfilósofo norte-americano lançava na década de 1960 um “ataque geral contra o positivismo”, elegendo a variante hartiana como alvo privilegiado. Uma das principais frentes da investida centrou-se na acusação de que “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras”⁷⁰.

Examinando precedentes jurisprudenciais que decidiram casos difíceis, Dworkin concluiu que os padrões normativos adotados não exprimiam o que seria tomado como regra jurídica, sendo representativos, na verdade, de outra espécie do gênero, os princípios jurídicos⁷¹. A partir daí, o jusfilósofo lança as bases da diferenciação estruturalista entre regras e princípios, concentrando-se no modo de aplicação e no relacionamento normativo.

A diferença entre princípios e regras, assevera Dworkin, “é de natureza lógica. [...] As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou

⁶⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 84.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 87. Também Rodolfo L. Vigo vislumbra dois grupos de teorias sobre os princípios. As teorias fracas, que abundam nos marcos do juspositivismo, fazem o aparte entre princípios e regras a partir de critérios quantitativos. Já as teorias fortes apontam aspectos qualitativos a distinguir as referidas modalidades normativas, tendo como implicações, entre outras, o antijuspositivismo, o cognitivismo ético e a compreensão do direito como um saber prático. O autor defende uma teoria forte dos princípios (Cf.: *Los principios jurídicos...*, op. cit., cap. II e IV, sobretudo).

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36. O famoso artigo de Dworkin, *The model of rules*, originalmente publicado em 1967 na *University of Chicago Law Review*, foi incluído, com modificações, na obra que citamos, intitulada *Taking rights seriously* na língua de origem. Talvez uma versão suave do positivismo, permeável à moral, não tivesse grandes dificuldades em acomodar os princípios. No pós-escrito do seu *magnum opus*, Hart argumentou, plausivelmente, que sua concepção de direito não desconhecia os princípios e que as modificações impostas pela crítica dworkiniana, no particular, podiam ser realizadas sem maiores prejuízos ao conjunto de sua teoria. O jusfilósofo não deixou, entretanto, de reconhecer o crédito de Dworkin por demonstrar a importância dos princípios no raciocínio jurídico, confessando um defeito na sua obra, que não se deteve no assunto (HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 334-340).

⁷¹ DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 35-39.

não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”⁷². Os princípios, ao contrário, apenas indicam fundamentos para determinado desfecho, mas não forçam nem especificam a decisão. Exibem uma dimensão de peso ou importância, que deve ser apreciada comparativamente na hipótese de entrelaçamento de princípios. Os conflitos entre regras, por sua vez, são resolvidos pela declaração de invalidade de uma delas⁷³.

Um desenvolvimento original à distinção estruturalista entre princípios e regras foi produzido pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, bastante conhecido dos brasileiros, mormente pela sua teorização acerca dos direitos fundamentais. Quanto aos princípios, sua proposta guarda semelhança com o modelo dworkiniano. A circunstância é reconhecida pelo próprio Alexy, que aponta, entretanto, uma diferença decisiva entre as abordagens. Trata-se da caracterização dos princípios como comandos de otimização⁷⁴. Segundo o jusfilósofo, o “ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização”⁷⁵.

A dessemelhança entre princípios e regras torna-se mais clara nos casos de conflitos entre regras e de colisões entre princípios. Os conflitos entre regras são deslindados por meio da invalidação ou mediante a introdução de uma exceção em relação a uma das normas envolvidas. As colisões entre princípios são resolvidas a partir da consideração das circunstâncias concretas, estabelecendo-se, para o caso, a precedência de um dos preceitos conflitantes. O princípio relegado não é, entretanto, expurgado do ordenamento. Sob outras condições, pode vir a prevalecer. Conflitos entre regras estão no plano da validade. Colisões entre princípios figuram na dimensão do peso⁷⁶.

É também à linhagem estruturalista que se filia a proposta de Humberto Ávila para o *discrímen* entre princípios e regras. Na sua densa e influente *Teoria dos princípios*, depois de passar em revista a evolução doutrinária sobre o assunto e de realizar uma análise crítica dos critérios de distinção entre princípios e regras, o jurista apresenta uma concepção própria para o assunto⁷⁷. Com suas contribuições autênticas, a proposta de Ávila se apresenta,

⁷² DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 39.

⁷³ DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 42-43.

⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 91.

⁷⁵ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 90.

⁷⁶ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 91-4.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., cap. 2.

nitidamente, como um refinamento importante à distinção forte entre princípios e regras, nos marcos, portanto, da fecunda tese dworkiniana.

A dissociação do teórico brasileiro é justificante, abstrata, heurística e em alternativas inclusivas. Justificante, porque privilegia a análise da estrutura das normas, visando fundamentar e controlar racionalmente a sua aplicação. Abstrata, porque visa atender às finalidades que motivam a distinção entre espécies normativas, isto é, pretende antecipar as características da norma para facilitar a interpretação e a aplicação do direito, estruturando, ademais, o ônus argumentativo próprio a cada contexto. Heurística, porque encerra um modelo ou hipótese de trabalho, sem definir qualquer procedimento dedutivo de fundamentação. E em alternativas inclusivas, porque admite a coabitação, em um único dispositivo, de normas distintas⁷⁸.

Ávila assenta seu modelo de dissociação com base nos critérios da natureza do comportamento prescrito, da justificação exigida e da medida de contribuição para a decisão. Além dos princípios e das regras, o teórico identifica entre os labirintos do direito uma terceira categoria normativa. São os postulados normativos, que se subdividem em hermenêuticos e aplicativos. Define regras, princípios e postulados aplicativos do seguinte modo:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. [...] Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. [...] Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas⁷⁹.

Aos poucos, a tese da distinção forte entre princípios e regras vai granjeando ascendência, embora quase sempre venha mesclada com a visão tradicional acerca do assunto. Luís Roberto Barroso já pôde averiguar, pela ótica constitucional, que a “distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio [...] veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática

⁷⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 64-71.

⁷⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 78, 78-9 e 122. Na sistematização do teórico, as seguintes figuras constituem o rol de postulados aplicativos: ponderação, concordância prática, proibição do excesso, igualdade, razoabilidade como equidade, razoabilidade como congruência, razoabilidade como equivalência, e proporcionalidade (Ibid., p. 142-75).

constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas”⁸⁰.

É na direção estruturalista que se entrevê potencial para uma distinção consistente entre princípios e regras, pressuposto essencial para qualquer avanço teórico. Apenas essa concepção, aparentemente, tem capacidade de viabilizar a estabilização de uma função clara para cada espécie normativa na metodologia jurídica. Aliás, não se percebe grande utilidade na discriminação de normas de diferentes espécies se não fosse porque cada categoria opera, ou deveria operar, segundo uma diferente lógica aplicativa.

1.3.3 Questões problemáticas

Além do grave desafio alusivo à distinção entre princípios e regras, a ascensão dos princípios à condição de norma jurídica suscita muitas outras questões importantes, várias mal-resolvidas, algumas absolutamente negligenciadas. Um ponto intrincado diz respeito ao modo de se resolver eventuais embates normativos entre princípio, de um lado, e regra, do outro, ambos válidos. Pode-se constatar que a hipótese envolve, na verdade, princípios contrapostos. Mas essa transmutação do problema não ajuda a resolvê-lo, pois ainda vai sobrar, de um lado, uma regra que concretiza um dos princípios.

Os extremos não parecem sustentáveis. A solução, digamos, positivista, favorável à regra sob quaisquer condições, não pode ser endossada. Esse caminho se incompatibiliza com a necessidade, algo incontornável nas atuais quadras da metodologia jurídica, de levar na devida conta as circunstâncias concretas, em que podem afluir exigências de ordem constitucional na forma de direitos fundamentais. Tampouco merece guarida aquele pós-positivismo exageradamente entusiasmado, inebriado de si próprio, invariavelmente partidário dos princípios. Essa senda desintegra as regras enquanto tais, desconsidera as decisões legislativas e, nesse sentido, se desarmoniza com a democracia⁸¹.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 353.

⁸¹ Humberto Ávila elabora uma consistente crítica às concepções pós-positivistas que não ligam importância à lei e às regras. O autor delinea uma versão do “neoconstitucionalismo” e em seguida passa a fustigá-la. O direito emergente, nessa variante, seria composto preferencialmente por princípios, exigiria ponderação em vez de subsunção, faria mais justiça particular do que geral, e conferiria saliência especial ao Poder Judiciário. Sucede que o ordenamento, na Constituição e abaixo, está repleto de regras, não sendo possível ao jurista ignorá-las para definir outras que, conforme imagina, combinariam mais bem com certos princípios constitucionais. Partindo daí, o teórico fundamenta a acusação, convincente, de que tal modalidade de neoconstitucionalismo flertaria com um direito da ciência em vez de fazer ciência do direito (Cf.: “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 30 set. 2010). Uma proposta acerca das condições de

Percebe-se uma generalizada boa vontade com os princípios e uma correlata indisposição com relação às regras. Essa tendência alimenta-se de suposições equivocadas, a começar pela representação de que os princípios são superiores às regras. Na verdade, não se pode estabelecer uma hierarquia dogmática entre as categorias normativas. Como argumenta Humberto Ávila, cada espécie normativa tem o seu papel no ordenamento, exerce funções e colima finalidades diversas. Ao invés de serem axiologicamente neutras, as regras cristalizam valores, especificando um princípio⁸².

Em termos gerais, a questão reside na definição do nível de rigidez desejável no sistema como um todo e, mais importante, em cada um dos seus capítulos específicos. Um “sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto”⁸³⁻⁸⁴.

Mas é fato que a conotação positiva que, em geral, recobre os princípios faz com que o discurso parcial arregimentado, pragmaticamente, o maior número deles ao seu exército argumentativo. Ninguém vai querer ficar contra, p. ex, o princípio da proporcionalidade, nem adversar o princípio da dignidade da pessoa humana. Esses princípios, e tantos outros, têm uma inegável face obscura, já que cotidianamente são envolvidos em duvidosos exercícios exegéticos. Aludir a um princípio não é fundamentar com base em um princípio. O exame escrupuloso pode forcejar pela desvinculação do princípio à tese que se perfilha. Natural que, no foro, não se veja muito rigor analítico, afinal o interesse das partes é sair vitorioso na lide, não aperfeiçoar a ciência. O desconfortável é constatar que na doutrina e jurisprudência se verifica, muitas vezes, cenário acrítico semelhante.

superabilidade das regras, talvez fixando parâmetros excessivamente rigorosos, pode ser encontrada em outra obra de Humberto Ávila (*Teoria dos princípios...*, op. cit., 112-20). Sobre o assunto, Alexy pondera que “uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida” (*Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 105).

⁸² ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 103-4. Também Luís Roberto Barroso entende que não há hierarquia entre princípios e regras. A regra é resultado de uma ponderação principiológica realizada pelo legislador (*Interpretação e aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 352 e 385). Eros Grau faz questão de deixar bem vincado que as regras “são concreções dos princípios” (*Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*, op. cit., p. 197).

⁸³ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 354. Nesta altura já está mais do que claro que o “neoconstitucionalismo” de Luís Roberto Barroso não é o mesmo “neoconstitucionalismo” que é criticado por Humberto Ávila.

⁸⁴ Na mesma linha, Alexy anota que um “ordenamento jurídico é tão mais rígido quanto mais forte for o caráter *prima facie* de suas regras e quanto mais coisas forem reguladas por meio delas” (*Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 105).

É preciso refrear, o quanto antes, aquilo que Humberto Ávila chamou de euforia do *Estado Principiológico*, com seus exageros, equívocos e obscuridades conceituais⁸⁵. De nada adianta louvar emocionadamente a importância dos princípios sem ter preocupação em saber exatamente o que são eles e quais funções poderiam cumprir no sistema jurídico, conhecimentos apenas obtíveis por meio de uma teoria geral, não pela reflexão acerca de princípios em espécie. O proveito do estudo individual de cada princípio é menor, e até duvidoso, quando a empreitada se faz sem o suporte de uma teoria normativa consistente.

Luís Roberto Barroso considera que a fase de certo deslumbramento com os princípios já foi ultrapassada, tendo o pensamento jurídico “se dedicado à elaboração teórica das dificuldades que sua interpretação e aplicação oferecem, tanto na determinação de seu conteúdo quanto no de sua eficácia”⁸⁶. Tomara que o balanço esteja correto e já tenhamos tomado, realmente, um melhor caminho. Até porque aquela transposição dos princípios do âmbito filosófico para o dogmático, a que alude Barroso⁸⁷, ainda resta inconclusa. Ingressaram os princípios, claramente, na doutrina e na jurisprudência. Mas por enquanto ainda aguardam que se lhes dê um tratamento mais rigoroso.

A ascensão dos princípios na teoria jurídica suscita diversos perigos, algo que não poderá ser devidamente considerado enquanto imperar uma idolatria irrefletida. É certo que os princípios, muitos deles ao menos, encapsulam valores recolhidos no corpo social e absorvidos pela linguagem do direito. Mas a incorporação dos valores ao discurso jurídico nada garante acerca do valor dos valores. Parece inconteste, conforme qualquer bom

⁸⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 23-7. O notável prestígio dos princípios provoca situações curiosas. Essa obra de Humberto Ávila apresenta, na realidade, uma teoria normativa que sustenta a constatação, a partir da qual se estrutura, de que existem três diferentes espécies de normas: regras, princípios e postulados. O título do volume, por razão ou outra, talvez de ordem editorial, é, porém, “Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”. Sobre os descaminhos da metodologia jurídica contemporânea, Daniel Sarmento põe o dedo na ferida ao ponderar, corretíssimo, que “a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões. Se, até não muito tempo atrás, os princípios não eram tratados como autênticas normas por aqui – só tinha bom direito quem podia invocar uma regra legal clara e precisa em favor de sua pretensão – com a chegada do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, passou-se em poucos anos da água para o vinho. Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas – e positivismo hoje no país é quase um palavrão. Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias” (O neoconstitucionalismo no Brasil..., op. cit., p. 60-1).

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 354.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 352.

prognóstico ciente da evolução histórica do direito, que “as futuras gerações, assim como fazem alguns adeptos da escola crítica de hoje, detectarão muitas coisas no Direito contemporâneo, mesmo nos países que vêem a si mesmos como civilizados, que não merecem o título de justiça ou de boa ordem”⁸⁸.

Além do mais, a linguagem dos princípios, por si só, não assegura de forma nenhuma que serão produzidas melhores decisões do que aquelas da época em que se vivia apenas com as regras. Essas viabilizam uma medida mais ou menos certa de justiça para a generalidade dos casos, ainda que redundem frequentemente em resultados aquém do ideal, e que possam produzir, quando aplicadas a qualquer preço, flagrantes injustiças. Já os princípios abrem o campo decisório, para o bem ou para o mal. Eles próprios nada garantem. Apenas o seu correto manejo poderá aproximar o direito da justiça. O risco é, ao invés disso, avizinhá-lo do poder ou da força.

Doutra perspectiva, constata-se que os princípios funcionam como um mecanismo de transmissão de poder, favorecendo o Judiciário em detrimento do Executivo e, particularmente, do Legislativo. Se essa dinâmica for longe demais, são os princípios da democracia e da divisão de poderes que entrarão em estado periclitante. Aliás, o acréscimo do poder dos juízes repercute, de certa maneira, na influência de todos os operadores do direito, circunstância que quiçá excite, ainda que inconscientemente, uma disposição favorável aos princípios, em detrimento das regras.

Talvez os princípios constituam, como suscita Luís Prieto Sanchís, “um dos últimos e mais vistosos artifícios fabricados pelos juristas, capazes de servir igualmente a malabarismos conceituais e a propósitos ideológicos, de valer tanto para estimular certa racionalidade argumentativa quanto para encobrir as mais disparatadas operações hermenêuticas”⁸⁹. Por aí se avista uma pouco conhecida face técnica dos princípios, que podem ser usados racional ou irracionalmente, para o bem ou para o mal, com resultados justos ou injustos. Um direito principiológico, em si mesmo, não torna certo um nível maior de justiça. Vale dizer, ele não garante que as decisões sejam mais adequadas conforme os parâmetros de avaliação que se possa extrair tanto da Constituição como do caso concreto. Não faltam razões para, prudencialmente, manter uma dose de ceticismo.

⁸⁸ MacCORMICK, Neil, *Retórica e Estado de Direito*, op. cit., p. 264.

⁸⁹ No original: Os princípios “tal vez sean uno de los ‘últimos y más vistosos artificios fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas.” Apud Olga Sánchez Martínez (*Los principios en el derecho y la dogmática penal*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 11).

1.4 O caso do direito processual civil

Mais cedo ou mais tarde, o processo civil haveria de espelhar, naturalmente, as transformações por que vem passando o direito como um todo. Também no processo se verifica a multiplicação das normas abertas e a ascensão dos princípios como fundamentais vetores normativos. A ductilização do direito processual tomava corpo no período instrumentalista, com sua ênfase na funcionalidade, e se acentua nos dias atuais, em que os princípios constitucionais se mostram mais presentes do que nunca na dogmática especializada. Também as modificações legislativas recentes, desde pelo menos a reforma de 1994-1995, comprovam a tendência de flexibilização do direito processual. Começemos pela legislação para depois examinarmos as tendências metodológicas inseridas no mesmo panorama.

O Código de Processo Civil de 1973, de certo modo, já surgia desatualizado. Como avalia Cândido Rangel Dinamarco, pela perspectiva do final do século XX, mais atual do que nunca a esse respeito, “não se mostra substancialmente grandiosa a reforma operada mediante a edição do vigente Código de Processo Civil”⁹⁰. Apesar dos avanços relativos à técnica processual, o então novo diploma não repudiava os pressupostos da velha estrutura, ainda refletindo o pensamento processual tradicional. O Código Buzaid foi obra de seu tempo e do estado da doutrina brasileira da época, quando ainda não se tinha plena consciência da revolução ligada à busca da efetividade do processo, tendência revolucionária que brotava na Europa⁹¹.

Por tudo isso, “o vigente Código de Processo Civil não representa uma revolução metodológica, ideológica ou estrutural em relação ao precedente. [...] É um Código *individualista* como o de antes e o estilo de processo e procedimento que oferece é o mesmo”⁹². Aludindo ao período autonomista do direito processual, Daniel Mitidiero pontifica, sem rodeios, que “o nosso Código de Processo Civil, a propósito, é fruto eloquente dessa postura científica”⁹³. Entre os supostos da fase sistemática ocupava lugar a premissa de que o processo qualifica-se, sobretudo, como um saber técnico em vez de uma realidade cultural. Alfredo Buzaid fora enfático na exposição de motivos do Código de 1973, cravando que o

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 23.

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A reforma do Código de Processo Civil*, op. cit., p. 23-4.

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel, *A reforma do Código de Processo Civil*, op. cit., p. 23-4.

⁹³ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 34.

“Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal”⁹⁴.

É o que lembra Mitidiero, ponderando que não “se mostra difícil associar o intento de Buzaid ao de Chiovenda, que, no início do século XX, postulava a assimilação do direito processual civil germânico e austríaco na Itália”⁹⁵. Ambos baseavam-se em uma “mesma idéia central: o processo como fenômeno técnico, como algo em larga medida independente de fatores culturais”⁹⁶. Ao consagrar o processualismo no Brasil, o Código de 1973 revela-se, em uma palavra, oitocentista. Nossa situação é exótica. Vivemos no século XXI sob um Código do século XX, que é bem equipado para atender às necessidades do século XIX.

O Código Buzaid, dado o neutralismo científico que pressupunha, acabou disciplinando o processo civil tendo presente dados sociais da Europa do final do século XIX. As relações sociais e as situações jurídico-materiais que tinha em conta eram as relações do homem do Código Civil de 1916, de Clóvis Bevilacqua, não por acaso ele mesmo considerado um Código Civil tipicamente oitocentista. Não pode causar espanto, pois, o fato de o Código Buzaid ser considerado, em suas linhas gerais, um Código individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica, pensado a partir da ideia de dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela jurisdicional repressiva. É fundamental perceber que o Processualismo impôs à ciência processual uma atitude neutra com relação à cultura. Ao fazê-lo, acabou perenizando determinado contexto cultural. Ao isolar o direito da realidade social, congelou a história no momento de realização de seu intento. O direito processual civil, ao seguir o programa da pandectística, encampado logo em seguida pelo método italiano, veio se reproduzir ao longo de boa parte do século XX a realidade social do século XIX [sic]⁹⁷.

⁹⁴ Uma periodização bem divulgada distingue três fases metodológicas na evolução do direito processual. Em brevíssimo resumo, na fase imanentista (também cognominada de procedimentalista, praxista, civilista e sincrética), direito material e processual se confundiam, inexistindo, a rigor, ciência do processo; no período processualista (também chamado de científico, conceitualista, autonomista ou sistemático), descobre-se a autonomia do processo e constrói-se o notável arcabouço conceitual a que se está habituado; no estágio instrumentalista (ou teleológico), com o foco sobre os escopos do processo, cuida-se de conferir-lhe funcionalidade, reaproximando-o do direito material, mirando efetividade em vez de perfeição lógica e sistemática (Ver, e. g., CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 48-9).

⁹⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco, *Colaboração no processo civil...*, op. cit., p. 24.

⁹⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco, *Colaboração no processo civil...*, op. cit., p. 24.

⁹⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de processo*, São Paulo, v. 35, n. 183, p. 165-194, maio 2010, p. 182. Nesse trabalho, o autor reconstrói a peregrinação, bem conhecida, por meio da qual, pelas mãos especialmente de Chiovenda e Liebman, acaba aportando em terras brasileiras, depois de sair da Alemanha e passar pela Itália, a moderna ciência processual, de origem pandectística e, portanto, científica e abstracionista. É o processo histórico que leva à formação do Código Buzaid (Ibid., *passim*). A sistematização do processo cobrou um preço. Enquanto era feita, o mundo mudava. Esmerada na teoria, a estrutura conceitual, amadurecida, já não servia mais na prática, porque o contexto histórico era diferente daquele suposto pelo cientista (ainda que inconscientemente). Topamos aqui, novamente, com a convincente tese de Ovídio A. Baptista: a legislação e a dogmática processual estão presas ao paradigma jurídico moderno, racionalista, que se desenvolve em torno das filosofias políticas liberais surgidas a partir do século XVII. Entre outros elementos, o paradigma é formado pela adoção de uma epistemologia *more geometrico* para o direito, pela negação da incontornável historicidade do saber jurídico, pela suposição da univocidade da lei, pelo normativismo, pelo abstracionismo, pelo legalismo e pela passividade judicial (Cf.:

Como quer que seja, o certo é que o Código de 1973, desafinado com as tendências metodológicas instrumentalistas que iriam dominar a ciência processual a partir, sobretudo, do começo da década de 1980, logo se revelou como um campo hospitaleiro para reformas de toda a sorte. A dinâmica reformista começou, a rigor, já na *vacatio legis*, com a Lei 5.925/1973, que introduziu uma grande quantidade de retoques no texto⁹⁸. Mas a primeira grande renovação viria a ocorrer somente em 1994 e 1995 por meio das cognominadas minirreformas, notadamente com a Lei 8.952/1994. Outra onda reformativa frutificou em 2001 e 2002, quando foram editadas as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. Terceira rodada veio logo depois, com a edição de diversos diplomas, muitos regulamentadores da importantíssima Emenda Constitucional n. 45/2004, entre eles as Leis 11.232/2005, 11.277/2006 e 11.418/2006⁹⁹.

Além das mudanças havidas no próprio Código de Processo Civil, o sistema processual acolheu diversas outras novidades, algumas dramaticamente relevantes, acomodadas em estatutos esparsos. Exemplo eloquente disso é a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), que incorporou a tutela coletiva de direitos no sistema brasileiro, em mudança verdadeiramente revolucionária. Seria possível lembrar, ainda, das inovações presentes na Constituição de 1988, entre elas a consagração constitucional dos juizados especiais, outra criação importantíssima surgida sob a vigência do Código Buzaid.

Por aqui não se tem o ensejo para realizar uma investigação exhaustiva, ainda que meramente descritiva, das muitas e relevantes transformações por que vem passando a legislação processual civil. Dado o propósito de constatar a perfeita adesão do processo à

Processo e ideologia..., op. cit., *passim*). De fato, parece que boa parte do pensamento processual continua, ou continuava até pouco tempo, dominado por um espírito cientificista e anti-historicista, sob a orientação, ademais, de uma combinação entre legalismo e conceitualismo, cânones arquetípicos, respectivamente, da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos. Aquela referida superação dos reducionismos modernos, adiantada em outras áreas, não avançou tanto no campo processual.

⁹⁸ Essa é a visão de Cândido Rangel Dinamarco, em obra na qual se encontra um rol das principais leis modificadoras do Código de Processo Civil desde o início até a Reforma de 1994-1995, e outro das leis editadas posteriormente, até a Lei 10.444/2002. (Cf.: *A reforma da reforma*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25-9 e 42-43).

⁹⁹ A partir de determinada perspectiva, pode ser questionada a real necessidade de parte das reformas havidas e pretendidas em nosso meio. O problema talvez não esteja nos textos, mas nos seus intérpretes. Como poderia dizer Ovídio Baptista, o paradigma trava a evolução da ciência, mesmo aquela que os textos normativos permitem ou, reformados, determinam. Paulo Eduardo Alves da Silva cogita de que os resultados das modificações da lei processual tenham ficado aquém do esperado em razão da formação legalista e formalista do jurista brasileiro. Os avançados novos institutos acabam enfraquecidos na prática, em que se exprime a cultura jurídica conterrânea, decerto autorizada pelo saber dogmático: “A formação jurídica no Brasil é tradicionalmente legalista-formalista. [...] O próprio resultado das reformas na legislação processual brasileira nas últimas décadas pode ter sido afetado por um tipo de cultura jurídica vigente. Embora os novos institutos sejam tecnicamente avançados, os métodos de trabalho continuaram baseados em uma racionalidade legalista-formal de interpretação e aplicação das formas procedimentais” (*Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32-3).

dinâmica generalizada na direção de um direito flexível, é bastante destacar algumas alterações comprobatórias da tendência, atendo-se ao Código de Processo Civil, umas de relevância notável, outras de menor impacto:

- Atribuição de poder ao juiz para, a qualquer tempo, conciliar as partes (art. 125, IV, do CPC, incluído pela Lei 8.952/1994);
- Generalização do cabimento de antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela (art. 273, na redação dada pela Lei 8.952/1994);
- Positivização da fungibilidade entre pedidos antecipatórios e cautelares (art. 273, § 7º, acrescentado pela Lei 10.444/2002);
- Autorização a que o juiz, para a efetivação da tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer, determine as medidas necessárias, entre elas as constantes da lei em caráter exemplificativo (art. 461, *caput*, e § 5º, novidade da Lei 8.952/2004, redação atual do § 5º dada pela Lei 10.444/2002)¹⁰⁰;
- Possibilidade de serem determinadas as providências que assegurem resultado prático equivalente ao do adimplemento nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461, redação da Lei 8.952/1994);
- Poder de se dispensar a audiência preliminar quando as circunstâncias evidenciarem ser improvável a conciliação (art. 331, § 3º, incluído pela Lei 10.444/2002)¹⁰¹;

¹⁰⁰ Todos lembram de que a primazia da tutela específica nas obrigações de fazer e de não fazer, com o poder de o juiz determinar, em processo sincrético, as medidas necessárias ao cumprimento da sentença e/ou as providências que assegurem o resultado prático equivalente, surgiu primeiro no Código de Defesa do Consumidor, estatuto vanguardista também no campo processual (cf.: Lei 8.078/1990, art. 84). Essa sistemática entrou mais tarde no Código de Processo Civil (art. 461, na redação da Lei 8.952/1994). A preferência pela tutela específica foi consagrada também para as causas pertinentes a obrigações de entregar coisa distinta de dinheiro (art. 461-A, Lei 10.444/2002). Finalmente, com a criação do cumprimento de sentença sacramentou-se de vez o sincretismo entre conhecimento e execução no processo brasileiro: a execução tornou-se fase do processo, ocorrendo *sine intervallo* após a certificação do direito (art. 475-I e ss., Lei 11.232/2005).

¹⁰¹ O artigo 331 do Código de Processo Civil teve várias redações, mudanças que começaram já na *vacatio legis*. Inicialmente, não era prevista audiência de conciliação. Depois, veio a ser obrigatória (Lei 8.952/1994 – no que se revela, aliás, a visão rígida que se tem, ou tinha, sobre o direito procedimental, naquela lógica do tudo ou nada, ou não há ou é mandatório que haja, pois é a lei que resolve o problema, competindo ao juiz aplicar docilmente as soluções definitivas que ela subministra). Finalmente, a audiência torna-se facultativa (Lei 10.444/2002). Paulo Eduardo Alves da Silva examina detalhadamente essa “saga”, em cujo contexto desvela, *v. g.*, distanciamentos e aproximações do sistema brasileiro ao modelo processual, de origem austríaca e endosso chiovendiano, que preza a oralidade e a concentração dos atos, notando que a prática não acompanhou a pretensão legal, fruto da reforma, de recuperar o saneamento oral (*Gerenciamento de processos judiciais*, *op. cit.*, item III.3.2).

– Desnecessidade do reexame necessário em certas hipóteses, como nos casos em que a sentença esteja fundada em jurisprudência dos tribunais superiores (art. 475, §§ 2º e 3º, incluídos pela Lei 10.352/2001).

Não é por acaso que já se tenha concluído que ultimamente “*as cláusulas gerais têm ‘invadido’ o direito processual, que naturalmente sofreu as consequências das transformações da metodologia jurídica no século passado*”¹⁰². Também o processo “necessita de ‘normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto’”¹⁰³. O significado metodológico disso está no rompimento do “tradicional modelo de tipicidade estrita que estruturava o processo até meados do século XX”¹⁰⁴.

Em virtude do grande significado ideológico e metodológico, convém examinar mais de perto, ainda que brevemente, a mudança do regime referente à execução das obrigações de fazer e de não fazer, e também a convalidação da possibilidade de antecipação da tutela em uma espécie de cláusula geral no direito processual civil brasileiro. Iniciando por esta, nota-se a incompatibilidade entre a hipótese de antecipação da tutela e as concepções reitoras do processo civil clássico, assim entendido aquele engendrado no período autonomista da disciplina, claramente moldado segundo os influxos ideológicos ultraliberais do século XIX.

A preocupação do Estado Liberal se atinha, praticamente, à garantia de liberdade dos cidadãos em face do próprio Estado, o que no direito se especificava na obsessão pela segurança jurídica, como concebida na época. Coerentemente, o direito liberal se inclinava por regras precisas e regimes empedernidos, tudo pela certeza do direito e, assim, pela liberdade individual. A razão iluminista, refletida em um conceito cientificista de ciência, combinava muito bem com a inclinação ideológica monolítica de uma sociedade relativamente coesa e estável, organizada conforme o ideário burguês, vitorioso nas grandes revoluções do final do século XVIII, a francesa e a norte-americana.

Acomodada nessas balizas, a sistematização cientificista do processo, de que somos herdeiros, foi estruturada para garantir liberdade política e viabilizar, tanto quanto possível, a realização do valor alusivo à segurança jurídica. Nesse âmbito, o liberalismo mirava, primeiramente, o rigoroso controle do poder dos juízes. A técnica processual tomava

¹⁰² DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, p. 69-83, set. 2010, p. 80.

¹⁰³ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza, Cláusulas gerais processuais, op. cit., p. 80, citando Heinrich Lehmann.

¹⁰⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza, Cláusulas gerais processuais, op. cit., p. 81.

forma consentânea com as inclinações ideológicas do tempo, ainda que os cultores da disciplina imaginassem, enganados, que estavam organizando um saber puramente técnico¹⁰⁵.

O arsenal de mecanismos voltados ao controle dos tribunais incluía, como armas proeminentes, a restrição da tarefa jurisdicional à declaração das palavras da lei e a vedação do exercício de *imperium* pelos magistrados¹⁰⁶. Fiel aos mesmos desígnios, a vedação dos “julgamentos fundados em verossimilhança, ou em parcela das provas que podem ser produzidas”, compunha aquele “sistema que objetivava preservar a liberdade dos cidadãos mediante a restrição dos poderes do Judiciário”¹⁰⁷. Há uma verdadeira “contradição entre a admissão da tutela antecipada e a ideia de que o juiz deve pronunciar a letra da lei”, donde a “impossibilidade da tutela fundada em verossimilhança no procedimento ordinário clássico (que tem origem no direito liberal)”¹⁰⁸.

Por aí se apercebe o caráter realmente revolucionário da mudança operada por meio da positivação do cabimento, em caráter geral, de concessão de tutela antecipada. O procedimento ordinário, com a nova configuração, se desprende das raízes que haviam sido fixadas no século XIX. O poder de antecipar a tutela, em norma claramente aberta, sob a forma, no fundo, de uma cláusula geral referida à existência de “prova inequívoca” e ao convencimento do juiz acerca da “verossimilhança da alegação”, implica uma evidente flexibilização do direito, que se abre a uma possibilidade outrora inexistente, ao menos em teoria¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Essas considerações devem estar de acordo, na essência, com as opiniões, já mencionados, de Ovídio A. Baptista e Daniel Mitidiero sobre a matéria. Ao fazê-las, tomamos por base, especialmente, a obra de Luiz Guilherme Marinoni, que também cuida de explicitar os compromissos ideológicos do processo civil anterior às reformas (*Técnica processual e tutela de direitos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, Parte I). Investigações como essa atendem a um antigo apelo de Mauro Cappelletti, que ponderava ser “indispensável que o processualista tome consciência do fato de que nenhuma técnica jurídica é um fim em si mesmo; e que nenhuma é ideologicamente neutra”. Tratava-se de superar a visão tradicional em torno do processo, “considerado um ramo extremamente técnico do direito, o ramo técnico por excelência”. Como “mera técnica o processo civil tem sido, geralmente, estudado e ensinado”, sendo que “mui raramente são analisados os seus fundamentos ideológicos, as suas premissas filosóficas, e seus reflexos político-sociais” (*Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: SAFE, 2008, v. I, p. 364). Convém registrar que, conforme pensamos, a ideologia liberal fazia todo o sentido no contexto em que foi gestada e, depois, implantada. Estava em questão, pela primeira vez, garantir um espaço para a liberdade individual, o que passava pela domesticação do leviatã. Por isso, a formulação de uma doutrina política favorável a uma rígida separação de poderes. A desconfiança em relação ao judiciário, e seu consequente amesquinamento institucional, é explicada pela venalidade e reacionarismo dos juízes do Antigo Regime. Em seu aspecto nuclear, o liberalismo se mantém como uma evidente conquistista da humanidade. É preciso, porém, mantê-lo atualizado em face das mudanças, sociais, políticas e econômicas, surgidas com o decurso do tempo, o que inclui a sua harmonização com valores enaltecidos mais recentemente.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela de direitos*, op. cit., p. 35.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela de direitos*, op. cit., p. 35.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela de direitos*, op. cit., p. 35.

¹⁰⁹ A positivação da tutela antecipada pode ser lida não como uma novidade na exata acepção do termo, mas como um reconhecimento e extrapolação do que já se verificava na prática, com a expansão do uso alternativo da

Mutatis mutandis, a alteração do regime pertinente à execução das sentenças alusivas a obrigações de fazer e não fazer segue a exata mesma lógica subjacente à criação da tutela antecipada. Trata-se de outra manifestação tópica, para assim dizer, da ampla transformação do processo, que aos poucos se liberta das âncoras fundeadas na ideologia burguesa e passa a incorporar, sem menoscabo aos valores tipicamente liberais, novidades técnicas necessárias em face do clamor pela efetividade. Tudo se desenvolve a partir da constatação de que é preciso atingir um melhor equilíbrio entre segurança jurídica e funcionalidade da tutela jurisdicional, entre garantismo e eficácia tutelar, entre devido processo e acesso à justiça em sentido substancial.

A separação entre os processos de conhecimento e de execução, a tipicidade dos meios executivos e a rígida congruência entre pedido e sentença compunham aquele mesmo cabedal técnico, operador da ideologia liberal, que se apresentava inconciliável com a possibilidade de antecipação da tutela¹¹⁰. De um só lance, as mudanças no regime executivo das obrigações de fazer rompem, ou mitigam, essas três diretrizes normativas, mui caras aos cânones mais tradicionais do processo civil. A execução daquelas obrigações passa a ser realizada *sine intervallo*, em desenvolvimento da mesma relação jurídico-processual em cujo bojo o direito havia sido certificado, dispensada a citação do devedor, medida que antes se

cautelar inominada para o atingimento de tutelas satisfativas. Antes de consciente e original solução legislativa, a positivação da tutela antecipada resultou da percepção dos operadores de que o sistema como estava não servia à tutela de direitos, algo que, constatado em certo momento, resultou naquilo que Marinoni chama de “rebelião da prática contra o processo civil” e, especificamente, na extensão, tecnicamente indevida, da cautelar inominada (Cf.: *Técnica processual e tutela de direitos*, op. cit., cap. 4). Como afirmam Fredie Souza Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, na falta de um “poder geral de antecipação satisfativa”, a solução foi desvirtuar o “poder geral de cautela”. O Judiciário, em aplicação do princípio da adequação, sanou a lacuna legislativa (*Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2, p. 604-5). Parece pertinente à questão do “desvirtuamento” da tutela cautelar a explicação de Ovídio Baptista, geral, para o hiato que existe entre a teoria processual e prática forense: os doutos e seus manuais estão presos ao paradigma racionalista, fixado nos Oitocentos, ao passo que as cortes têm que lidar com as necessidades impostas pela complexa realidade do século XXI. Pela ótica teórica, os tribunais cometem heresias ao criarem soluções que, a bem dizer, atendem às exigências da sociedade contemporânea (*Processo e ideologia...*, op. cit., p. 35-6 e 89-90, em especial). Passagem esclarecedora: “A distância entre o que se diz na Universidade e nos manuais, através da submissão à cristalizada estrutura de nossas instituições, e o que se faz no foro é escandalosa. Aos que se dão o trabalho de meditar sobre o fosso criado entre o ‘mundo jurídico’ e a realidade social poderá parecer, no mínimo, curiosa a crença que envolve a doutrina processual contemporânea de que teríamos conseguido manter o processo civil identificado com o novo mundo deste início do século XXI, valendo-nos dos mesmos princípios, das mesmas estruturas e mesmos instrumentos processuais utilizados pelos juristas do ocaso do império romano. Este prodígio tornou-se possível pela redução do Direito a uma simples estrutura lógica vazia de sentido, enfim ao processo civil abstrato e conceitual. [...] A explicação para essa extraordinária distância criada entre o Direito e a vida social decorre do apego a esse princípio [segundo o qual o Direito seria imune às transformações históricas]. É uma consequência natural das concepções filosóficas e políticas, especialmente políticas, do liberalismo europeu, ao tentar transformar o direito numa ciência abstrata e formal, conseqüentemente invariável, com seu patrimônio conceitual imune às vicissitudes históricas. Resumindo, é a herança racionalista que nos acompanha” (Ibid., p. 90).

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela de direitos*, op. cit., cap. I e p. 85-109, especialmente.

impunha (cf. redação original do art. 632 do CPC com a atual redação do art. 461). Em claro abrandamento da regra da adstrição ao pedido, o juiz passa a poder determinar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (art. 461, redação corrente). E mais, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, ficou o juiz autorizado a determinar as medidas necessárias, algumas citadas na lei a título exemplificativo, abandonada a tipicidade dos meios executivos¹¹¹.

Significativamente, Cândido Rangel Dinamarco acusa que o art. 461 e seus parágrafos encerram “duas transgressões legítimas” “a dois dogmas instalados muito solidamente no sistema do processo civil moderno, que são (a) o da necessária correlação entre a sentença e a demanda e (b) o do exaurimento da competência do juiz a partir do momento em que publica a sentença de mérito”¹¹². Esta transgressão é legítima porque possibilita “agilizar o cumprimento da promessa constitucional de oferecer tutela jurisdicional plena a quem tiver direito a ela (Const., art. 5º, inc. XXXV), sem as delongas do processo executivo e as notórias possibilidades, que o sistema tradicional oferece, para as chicanas do mau devedor”¹¹³. Igualmente, o rompimento daquele dogma é “mais do que razoável, também para efetividade da promessa constitucional de tutela jurisdicional e acesso à justiça”¹¹⁴.

Em análise que capta o espírito das alterações do processo civil desde, ao menos, meados da década de 1980, o ilustre professor Dinamarco, examinando as minirreformas de 1994-1995 e, na sua terminologia, a reforma da reforma de 2001-2002, conclui que as mudanças visam a remover obstáculos ao acesso à justiça, que se concentram em quatro pontos, quais sejam, na admissão em juízo, no modo-de-ser do processo, na justiça das decisões e na sua utilidade. Empolgado por esse desiderato, avesso a conceitualismos, “o movimento reformador trouxe a bandeira da *efetividade do processo* e condiz com o método que privilegia o consumidor dos serviços judiciários, num *processo civil de resultados*, como querem os modernos pensadores e convém a legitimidade político-social do sistema”¹¹⁵. Em

¹¹¹ Essa evolução é também interessantíssima por ilustrar a possibilidade de um mesmo tema ser submetido a um direito por regras (e, assim, rígido) ou a um direito por princípios (flexível, por natureza). Antes, havia uma regra que explicitava os meios executivos disponíveis, comprimindo o juiz a tais parâmetros. Imaginava-se a habilidade de tais meios para o atingimento da tutela, que não era concretizada, caso a suposição não se confirmasse. Agora, sobreleva um princípio que determina que o julgado seja atuado mediante as providências que se mostrarem adequadas, quadro em que terão que ser consideradas as razões, igualmente de corte principiológico, que eventualmente possam obstaculizar o recurso a determinada técnica executiva. Antes meios (regras, vias executivas) para atingir o fim (princípio, tutela executiva). Agora fins (princípio) sem a taxação de meios (regras).

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel, *A reforma da reforma*, op. cit., p. 226.

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A reforma da reforma*, op. cit., p. 227.

¹¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A reforma da reforma*, op. cit., p. 228.

¹¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A reforma da reforma*, op. cit., p. 36.

uma palavra, a lei acolhe o instrumentalismo e abandona o processualismo. O marco dessa transição quiçá devesse ser fixado na criação dos juizados especiais e na introdução da tutela coletiva no sistema processual pátrio, medidas que avançaram em nosso meio, na conhecida sistematização de Mauro Cappelletti, as chamadas ondas renovatórias do acesso à justiça¹¹⁶.

Doutra perspectiva, Teresa Wambier, estudando a insuficiência da dogmática clássica, com seu ferramental lógico e dedutivo, no contexto contemporâneo, caracterizado pela dinamicidade de sociedades pluralistas, considera que, nestes tempos de mudanças na metodologia jurídica, as “alterações se têm dado no modo de conceber e de lidar com o direito e no nível do próprio direito positivo”¹¹⁷. Multiplicam-se na lei, por exemplo, os conceitos vagos, o que acaba implicando “certo amortecimento quanto à vontade de que haja *segurança*, em troca da *efetividade*, notadamente no âmbito do processo”¹¹⁸, para o que serve de exemplo a “alteração do art. 273 do CPC dando à possibilidade de se anteciparem os efeitos da tutela uma abrangência antes desconhecida do nosso ordenamento jurídico”¹¹⁹.

Acaba-se chegando, ainda outra vez, na flexibilização do direito, sem dúvida um traço marcante do período instrumentalista do processo. Aliás, para alguns estudiosos, grupo crescente, já se presencia os albores de uma nova etapa metodológica na ciência, singularizada principalmente por uma espécie de reforçada constitucionalização do direito processual. Para além da tradicional sistematização que distingue o direito processual constitucional (jurisdição constitucional) e o direito constitucional processual (tutela constitucional do processo), a dogmática do processo se impregna de um “espírito constitucional”, de um “modo de pensar constitucional”, de “um sentimento constitucional”.

¹¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 2002. No terceiro capítulo, consta a sistematização, em três grupos, das inovações técnicas surgidas, desde 1965, no contexto da tendência mundial de incremento no acesso à justiça. Na primeira onda, estava em questão garantir assistência aos pobres. Na segunda, viabilizar representação aos interesses coletivos. Na terceira, efetivar o enfoque do acesso, com um variado conjunto de perspectivas, como os métodos alternativos de solução de controvérsias e a criação de procedimentos adequados para certos tipos de conflito. As ondas renovatórias compõem a fase instrumentalista do processo (Nessa linha, CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 49).

¹¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

¹¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito de direito e da ação rescisória...*, op. cit., p. 29.

¹¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito de direito e da ação rescisória...*, op. cit., p. 29. No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno assinala que as reformas do direito processual apontam o avanço da eficiência em detrimento do ideal de segurança em seu sentido mais tradicional. A tensão entre os dois valores é característica geral do estágio corrente da dogmática jurídica, não uma excentricidade do direito processual (*Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 76 e 80).

Como relata Nelson Nery Junior, na experiência brasileira, por causa da instabilidade política e constitucional, com a alternância entre períodos autoritários e democráticos, a Constituição não chegava a adquirir grande importância, sendo “muito comum, pelo menos até há bem pouco tempo, interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do direito tendo-se em conta apenas a lei ordinária principal que o regulamentava”¹²⁰. Nery constata que esse estado de coisas tem mudado e, deveras, a atualidade testemunha nos diversos ramos jurídicos a chamada constitucionalização do direito. Na apreciação de Luís Roberto Barroso, ela implica a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, algo “que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral”¹²¹.

Em referência à atualidade metodológica do direito processual, Daniel Mitidiero, adotando a proposta de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, denomina a abordagem emergente de “formalismo-valorativo”, “porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente aos valores encartados em nossa Constituição”¹²². Aludindo ao instrumentalismo, pondera que hoje se pode “colocar em xeque [a] maneira como se articulam as soluções dos problemas atinentes às relações entre o direito material e o direito processual, entre o processo civil e a Constituição, e a colocação da jurisdição no centro da teoria do direito processual civil”¹²³. Dentre outros aspectos, o jurista destaca que o direito

¹²⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 40. Na mesma linha, aprofundando a matéria, Daniel Sarmento rememora, ao tratar da penetração do neoconstitucionalismo no Brasil a partir da Constituição de 1988, que é “verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém, na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. [...] Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país” (O neoconstitucionalismo no Brasil..., op. cit., p. 43). Logo após a Constituição de 1988, autores como Luís Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève “passam a advogar a tese de que a Constituição, sendo norma jurídica, deveria ser rotineiramente aplicada pelos juízes, o que até então não ocorria. O que parece hoje uma obviedade era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão” (O neoconstitucionalismo no Brasil..., op. cit., p. 44-5).

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito...*, op. cit., p. 33-4.

¹²² MITIDIERO, Daniel Francisco, *Colaboração no processo civil...*, op. cit., p. 47. Uma brevíssima exposição do próprio Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acerca da contemporaneidade metodológica da ciência do processo pode ser encontrada logo no início da sua mais conhecida obra, premiada, em edição recente (*Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21-2).

¹²³ MITIDIERO, Daniel Francisco, *Colaboração no processo civil...*, op. cit., p. 38.

processual civil deve ser encarado na perspectiva dos direitos fundamentais, bem assim que o processo deve ocupar o centro da teoria processual. Realça, ainda, que no Estado constitucional não se pode aceitar soluções injustas preconizadas pela legislação ordinária¹²⁴.

Entre tais elementos, o que mais parece distinguir boa parte da dogmática processual surgida nos anos recentes é a penetração do discurso constitucional. Com o “neoprocessualismo”, denominação alternativa para o movimento, está-se diante de mais um capítulo da constitucionalização do direito, que agora toma assento, com algum atraso, mas rápida e vigorosamente, no campo processual. É a instalação, em ainda outra terminologia, do “modelo constitucional de processo”. O movimento constitucionalizante inclui a absorção da dogmática dos princípios e dos direitos fundamentais, com seus discursos flexíveis¹²⁵. Isto é, a tendência de suavização do direito processual, já verificada na fase instrumentalista, ganha novo impulso. A filtragem constitucional do direito ordinário impõe que a lei seja dúctil¹²⁶.

De uma ótica panorâmica, averigua-se que o direito processual, no seu próprio tempo, reproduz as transformações que perfazem o coevo cenário pós-positivista. Quem olha da Constituição vê o neoconstitucionalismo, quem mira do processo vê o neoprocessualismo (ou o formalismo-valorativo, ou o modelo constitucional do processo). É o mesmo ser, observado, porém, de ângulos diferentes, um geral e de cima para baixo, outro particular e de baixo para cima no ordenamento. Basta confrontar a descrição de Daniel Mitidiero sobre o processo formal-valorativo com o balanço de Barroso sobre o neoconstitucionalismo, trabalhos citados anteriormente, para concluir que se cuida, no essencial, no tanto pertinente, do mesmo fenômeno.

¹²⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco, *Colaboração no processo civil...*, op. cit., p. 38 et seq.

¹²⁵ O novo e prestigioso *status* dos princípios jurídicos e da Constituição no contexto da ciência processual pode ser aferido pela comparação entre a estrutura do Estatuto vigente e a do projetado novo Código de Processo civil. Na lei em perspectiva, tomando-se por referência o texto do anteprojeto, os onze primeiros artigos são destinados, em capítulo específico, aos princípios e garantias fundamentais do processo civil. Eis a eloquente letra do art. 1º: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

¹²⁶ Entre os autores da vanguarda constitucionalizante do processo, seja ela uma nova etapa metodológica ou uma continuidade do instrumentalismo, pode-se arrolar, além dos já citados, Cassio Scarpinella Bueno, com o seu “modelo constitucional do direito processual civil” (*Curso sistematizado de direito processual civil*, op. cit., parte I, cap. 2), Eduardo Cambi, com o seu “neoprocessualismo” (*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, vide, particularmente, tópicos 3.3.8 e 4.3) e, talvez na vanguarda da vanguarda, Luiz Guilherme Marinoni, cuja *Teoria geral do processo* (4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010) já pôde ser reconhecida, por Fredie Souza Didier Júnior, como um símbolo das atuais tendências da ciência processual (Cf.: *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, p. 28, na qual se encontra uma ampla compilação de referências para trabalhos afinados com as tendências metodológicas correntes).

Algo interessante, a constitucionalização do processo não importa, de modo nenhum, no abandono das causas que animavam a metodologia instrumentalista. Continua em pauta a efetividade, a observação crítica do processo e o foco no cidadão jurisdicionado. A passagem do instrumentalismo para o formalismo-valorativo não vem acompanhada, ao contrário do que havia ocorrido na transição metodológica anterior, de uma substancial mutação de finalidades, nem de uma viragem ideológica relevante. São novos meios para os mesmos fins. Quiçá não fosse melhor, assim, considerar que atualmente prosseguimos no instrumentalismo, agora com um aprofundamento da sua tendência de conectar processo e Constituição. Enfim, um instrumentalismo superconstitucionalizado¹²⁷.

¹²⁷ Uma crítica às inclinações mais modernas da ciência processual pode ser lida em um dos últimos trabalhos do grande J. J. Calmon de Passos (Cf.: Há um novo moderno processo civil brasileiro? *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 18, jun./ago. 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 16 nov. 2011). Na sua “arenga biliosa”, o ilustre processualista anota que “é puro jogo de linguagem com propósitos ideológicos chamar de positivismo o dizer do legislador infraconstitucional e subtrairmos dessa qualificação o legislador constitucional. Daí meu empenho em demonstrar o mascaramento que as brancas vestes do neoconstitucionalismo ocultam, impedindo-nos de ver o roxo carregado da dominação dissimulada.” E ainda que “os famosos antipositivistas se tornam exacerbados positivistas quando transferem do dizer do legislador para o dizer do julgador o mesmo tipo de poder e a mesma álea de riscos e encobrimentos, liberando-os, contudo, de legitimação popular” (Ibid., p. 5 e 6).

2 Adequação do processo e flexibilidade procedimental

2.1 Processo e procedimento

No contexto da ciência processual, o vocábulo “processo” é usado com muita frequência em, pelos menos, duas diferentes acepções, ambas tecnicamente corretas, abonadas pelo costume¹²⁸. Em sentido amplo, é sinônimo de “direito processual”, daí que se costuma empregar, indistintamente, “teoria geral do processo” e “teoria geral do direito processual”. Em sentido estrito, o processo constitui, junto com a ação, a defesa e a jurisdição, um dos institutos fundamentais da ciência que leva o seu nome¹²⁹.

Nessa segunda acepção, processo é conceito coirmão de procedimento. A distinção entre as duas categorias constitui tema clássico no pensamento especializado, sobre o qual geralmente o grande processualista não deixa de firmar posição. Nos últimos tempos, o assunto anda relativamente abandonado, algo que se compreende perfeitamente, pois o

¹²⁸ Consoante a síntese de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, a língua pode ser compreendida segundo o enfoque essencialista ou conforme a abordagem convencionalista. Concepção que predomina entre os juristas, no essencialismo busca-se descrever, em conceitos reais, o âmago do objeto. A língua designa a realidade. No convencionalismo o foco é o uso, com a formulação de definições nominais. A língua é tida como um sistema de símbolos, relacionados arbitrariamente com o mundo (*Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 34-9). Dentro dos marcos da filosofia contemporânea e seu giro linguístico-pragmático, o essencialismo anda com pouco prestígio. No direito, entretanto, ainda parece prevalecer. Pergunta-se, v. g., “o que é o processo?” (definição real). A perspectiva convencional indagaria: “como se usa a palavra ‘processo’?” (definição lexical). Ou então: “como devemos usar a expressão ‘processo’?” (redefinição ou definição estipulativa). Neste tópico, em especial, adotaremos, também, a perspectiva convencionalista. Aliás, não temos dúvida sobre a historicidade dos conceitos, de modo que o emprego da ótica essencialista não envolve qualquer compromisso com aquela ambição, metafísica, de formular definições universalmente válidas, no tempo e no espaço. Ovídio A. Baptista censura violentamente o dogmatismo do saber processual, vezo que inspira a naturalização anti-historicista das instituições processuais, assim como induz a supressão de qualquer pensamento crítico (*Processo e ideologia...*, op. cit., *passim*, p. 16-8, 89-92 e 297-304, por exemplo). Excerto bem representativo: o dogmatismo leva à “tendência para conceber as categorias processuais – por isso que apenas conceituais – como se elas fossem eternas. Este pendor pela ‘naturalização’ das instituições processuais constitui propriamente o *dogma*. Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual eminentemente *conceitual*, que se desliga da realidade social. Assim como as grandezas matemáticas não têm história, nem compromissos culturais, assim também imagina-se que a constelação de conceitos jurídicos com que laboram os processualistas possa servir a qualquer sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades culturais. O pensamento dogmático considera natural que as estruturas legais de um processo civil concebido para a sociedade européia do século XIX sirva para a sociedade pós-industrial do século XXI” (Ibid., p. 300). O quadro é exprobrado energeticamente, afinal “hoje ninguém mais tem dúvida de que o Direito é uma construção humana, não havendo uma ordem jurídica previamente inscrita na natureza das coisas; e a lei deve ser apreendida como uma proposição cujo sentido altera-se na medida em que se alterem as variantes necessidades e contingências históricas” (Ibid., p. 1-2).

¹²⁹ Com a defesa juntando-se à ação, à jurisdição e ao processo, a sistematização de Ramiro Podetti é aperfeiçoada: a trilogia estrutural do direito processual transforma-se em quadrilogia. A atualidade desse arranjo pode se verificada, e. g., pelo exame da disposição da vanguardeira *Teoria geral do processo* de Luiz Guilherme Marinoni, organizada em quatro partes, cada qual para um instituto fundamental do processo (op. cit.).

contexto epistemológico é um em que a ciência busca conferir funcionalidade ao direito processual em vez de esmerar os seus conceitos. Além do mais, as definições técnicas de processo e de procedimento estão relativamente assentadas, apesar dos ajustes provocados pelo resgate do procedimento como instituto de primeira grandeza na ciência processual. Nada obstante, parece conveniente, em trabalho sobre flexibilização procedimental, consignar algumas breves observações a respeito da matéria.

É o que se passa a fazer, convindo lembrar, de início, que no período imanentista da teoria processual não se havia descoberto que as atividades do juiz e das partes para o fim de resolver determinada controvérsia consubstanciavam uma relação jurídica autônoma, de natureza pública, distinta do vínculo de natureza material. O conhecimento sobre o processo era estritamente empírico. Não havia ciência a respeito. Em observação retrospectiva, costuma-se dizer que naquela época processo e procedimento confundiam-se, ou que o processo era concebido como um mero procedimento¹³⁰. Nesse estágio, “aludia-se ao processo como ‘*procedura*’ e não ainda como ‘*diritto processual civile*’”¹³¹.

A afirmação, ou descoberta, de que havia na relação entre juiz e partes um liame jurídico diferente do vínculo substantivo entre as partes assinala o surgimento da fase sistemática do direito processual. Deve-se à célebre obra de Oskar Von Büllow, *Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungen (La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, na tradução espanhola), publicada em 1868, a definitiva constatação de que uma coisa é a relação jurídica de direito processual e outra é a relação jurídica de direito substancial. Tem-se nela, na expressiva voz de Cândido Dinamarco, a “certidão de nascimento do direito processual civil”¹³².

A dissociação entre processo e procedimento estava já na obra inaugural do processualismo. Logo no início, Büllow insistia na necessidade de se perceber, superando o falso juízo mantido até então, que os atos das partes e do juiz, além de constituírem um procedimento, encravavam uma relação jurídica de natureza processual. Aí também já estava delineada a noção que ainda hoje orienta a compreensão do nexos entre processo e

¹³⁰ Nesse sentido, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 260).

¹³¹ MITIDIÉRO, Daniel Francisco, *Colaboração no processo civil...*, op. cit., p. 30.

¹³² DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, op. cit., p. 263.

procedimento, isto é, que o processo é uma realidade complexa, a qual pode ser observada, dependendo do ângulo, como um procedimento ou como uma relação jurídica¹³³.

Como é natural nas circunstâncias, o pensamento do período autonomista maravilhou-se com o objeto recentemente inventado, muitas vezes exagerando-lhe o significado, em detrimento uma compreensão mais equilibrada da sua ciência. No assunto em consideração, isso redundou na inclinação de se afastar processo e procedimento. Tendencialmente, visava-se a sinonimizar processo e relação jurídica processual, como se houvesse a possibilidade de o processo existir sem procedimento. Mais que distinguir as categorias, pretendeu-se separar processo e procedimento¹³⁴.

Como esclarece Dinamarco, o procedimento foi rejeitado pelos “processualistas do século XIX e na primeira metade deste [século XX], encantados com a descoberta de que o processo não se reduz à mera seqüência de atos coordenados na cadeira fechada entre a demanda e sentença”¹³⁵. Embora tentassem, jamais “conseguiram demonstrar que o processo fosse algo distinto do procedimento, situado fora dele, e em menos de um século acabou por ressurgir na mente dos processualistas o valor do procedimento no próprio conceito de processo”¹³⁶. Enfim, se na fase imanentista o equívoco estava na redução do processo ao

¹³³ BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 1-9. Vide os seguintes excertos: “Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes ya al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una *relación jurídica*. Esta simple, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida” (Ibid., p. 1). “Pero, nuestra ciencia procesal ha dado demasiada transcendencia a este carácter evolutivo. No se ha conformado con ver en él sólo una cualidad importante del proceso, sino que ha desatendido precisamente otra no menos transcendente: la de relación jurídica del mismo. En lugar de considerar al proceso como una relación de *derecho público*, que se *desenvuelve de modo progresivo, entre el tribunal y las partes*, ha destacado siempre únicamente aquel aspecto de la noción de proceso que salta a la vista de la mayoría: su marcha o adelanto gradual, *el procedimiento*.” (Ibid., p. 3). Por diletantismo, pode-se imaginar o que teria acontecido caso se houvesse reconceituado “procedimento” para que o termo passasse a ser compreendido como abrangente, também, da relação jurídica entretida entre os sujeitos processuais. Nessa história que não houve, o procedimento teria sido compreendido como, digamos, “um conjunto de atos inter-relacionados por meio dos quais, corporificando uma relação jurídica, ação, defesa e jurisdição são exercidas”. Desde Bülow, para enfatizar a novidade, preferiu-se atrelar a relação jurídica processual à expressão “processo”. Com isso a ciência passa a conviver com duas expressões, “processo” e “procedimento”, para aludir a uma mesma realidade empírica, em arranjo, ao menos, discutível. Tivesse havido a reconceituação de “procedimento”, seria ele até hoje, provavelmente, sinônimo de “processo”, algo que não parece impor grandes estorvos ao bom desenvolvimento da ciência.

¹³⁴ Ao lidar com o tormentoso tema alusivo às relações entre direito e moral, Miguel Reale principiava a análise sob a advertência de que o caso era de distinção, não de separação, importando as conexões do mesmo modo que interessam as diferenças (*Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 621-2). Essas ideias assentam como uma luva quando se está examinando processo e procedimento.

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 149.

¹³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 149. O ilustre processualista cataloga as posições de José Frederico Marques e de Moacyr Amaral Santos, ambas lastreadas em lições de João Mendes de Almeida Júnior, como filiadas à corrente que chegou a pensar que o procedimento “e o processo

conceito de procedimento, no estágio conceitualista o problema se situava na disposição de tornar equivalentes processo e relação jurídica processual.

No período instrumentalista, estabiliza-se uma concepção que se coloca a meio caminho das posições extremadas. Assenta-se de vez o caráter complexo do processo, como procedimento e relação jurídica. Aproximam-se os conceitos. A distinção permanece, mas já não se cogita de separar processo e procedimento. Sobrevém, como relata Cândido Dinamarco, “uma reabilitação do procedimento, como instituto processual de primeira importância”¹³⁷. Acomoda-se no conceito de processo, junto com a relação jurídica processual. Chega-se ao que deve ser o estado da arte acerca do assunto, ao menos conforme o pensamento prevalente na ciência processual¹³⁸:

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 sujeitos (relação processual): a observação do fenômeno 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. [...] O processo é a síntese dessa relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam a sua progressão (procedimento)¹³⁹.

Entretanto, não é exatamente essa a ordem de ideias que parece orientar o emprego cotidiano, no âmbito técnico pertinente, dos termos “processo” e “procedimento”. Desse ângulo prevalece, sobretudo, aquela apreciação, também encontrada em doutrina, de que a “noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso jurisdicional). [Já a] noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem”¹⁴⁰.

fossem entidades distintas, conceitual e funcionalmente” (Ibid.). Segundo Dinamarco, deve-se a trabalho de Benvenuto Feliciano, do início da década de 1950, o esclarecimento da matéria, com a percepção do processo como entidade complexa, conglobando procedimento e relação jurídica processual (Ibid., p. 149-50). Na clássica preleção de João Mendes de Almeida Júnior, uma “coisa é o processo, outra coisa é o procedimento: o processo é uma direção no movimento; o procedimento é o modo de mover e a forma em que é movido o acto. [...] Assim, o processo é o movimento em sua forma intrínseca; o procedimento é este mesmo movimento em sua forma extrínseca, tal como se exerce pelos nossos órgãos corporaes e se revela aos nossos sentidos” (*Programma do curso de direito judiciário*: leccionado na Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1910, p. 196-7).

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 149.

¹³⁸ Dizemos pensamento prevalente porque, como sabido, há uma série de propostas acerca da natureza jurídica do processo. Embora predomine, amplamente, a tese de que a categoria encerra uma relação jurídica, há uma variedade de teses alternativas, surgidas ao longo da história. Uma resenha das diferentes concepções pode ser consultada na consagrada obra de Antônio Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco (*Teoria geral do processo*, op. cit., cap. 30)

¹³⁹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 303-4. Já Enrico Tullio Liebman sustentava a noção de que o processo é uma entidade complexa, formada por procedimento e relação jurídica (*Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, v. 1, p. 62-7).

¹⁴⁰ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 298.

Remetendo-se ao conjunto de atos praticados pelos sujeitos processuais, fala-se usualmente, por exemplo, em “processo de conhecimento” (os atos tem como finalidade derradeira um provimento jurisdicional que certificará a existência de um direito) e em “procedimento ordinário” (os atos se arranjam consoante o modelo padrão previsto na lei). Atente-se, porém, que a comuníssima expressão “procedimento recursal” foge à lógica prevalente, pois tem sentido finalístico, empregando a voz “procedimento”. De qualquer forma, percebe-se que é proveitosa a manutenção do uso dos dois termos: um para se referir ao fim visado pelos atos (processo) outro para aludir ao modo como eles se combinam (procedimento). Não houvesse duas palavras, ficaria mais difícil se remeter, *e. g.*, ao “processo de conhecimento que corre sob o procedimento sumário”.

Interessa observar, ademais, que a concepção de processo como entidade complexa formada por procedimento e relação jurídica vem sendo posta em xeque pela doutrina mais atual. Com a crise da teoria da relação jurídica na sua formulação originária – conceitualista, abstracionista e vinculada à ideologia liberal oitocentista –, desta feita é ele que está a perigo de ser esconjurado da definição de processo. O desprestígio da estrutura conceitual centrada na relação jurídica se comunica, como era de se prever, na concepção de processo que a acolhe, quer dizer, a crise da relação jurídica é também a crise da relação jurídica processual¹⁴¹.

Na tese de Elio Fazzalari, processo é procedimento em contraditório, em proposta que, aliás, bem evidencia o resgate da importância do procedimento na ciência processual. A concepção que identifica no processo uma entidade complexa aceita a incorporação do contraditório no conceito de processo, mas rejeita o despejo da relação jurídica processual¹⁴². Assim, apoia-se Fazzalari no que toca à inclusão, no conceito de processo, do “elemento político-constitucional do contraditório. Rejeita-se a sua proposta de excluir a relação processual, pois deixaria aquela rica idéia sem suporte técnico suficiente a explicar a vida real do processo como experiência jurídica”¹⁴³.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, na contemporaneidade do Estado constitucional a tutela de direitos, em termos concretos, constitui a finalidade precípua da jurisdição, que se apresenta e se legitima como uma especificação do dever estatal de proteção

¹⁴¹ A respeito da crise do conceito de relação jurídica e sua repercussão no campo processual, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 404-9.

¹⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 148-62, em que é apresentada a tese de Fazzalari e debuxada a resposta que acolhe o contraditório no conceito de processo, sem dele expurgar a relação jurídica.

¹⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 159-60.

às posições jurídicas definidas no plano do direito substantivo. Donde a exigência de o processo se adequar ao caso concreto para que possa, com deferência aos direitos fundamentais, distribuir efetiva tutela. A ação adquire caráter substantivo e transforma-se em direito fundamental. É o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, que não pode ficar desatendido por lacunas ou falhas na técnica processual contida na legislação ordinária¹⁴⁴.

Nesse quadro analítico, opera-se um realinhamento dos conceitos de processo e de procedimento, que passam a se confundir, praticamente. Afirma Luiz Guilherme Marinoni que o processo, como instrumento da jurisdição, “deve legitimar – pela participação –, deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima”¹⁴⁵. Assim, o “processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional”¹⁴⁶, vale dizer, “o processo, atualmente, é o próprio procedimento”¹⁴⁷, não apenas em contraditório como quer Fazzalari destacando uma exigência incontornável, “mas igualmente o procedimento idôneo às tutelas prometidas pelo direito material e à proteção do caso concreto”¹⁴⁸.

Resumindo a jornada histórica que se vem de analisar, constata-se que processo e procedimento, no período imanentista do saber processual, eram conceitos que se

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., *passim*. Mais em frente, enfocando o procedimento, retomaremos com mais vagar a consistente e atrativa tese do estudioso.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 409.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 412.

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 427.

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 427-8. A temática é retomada pelo autor no capítulo 3 da parte IV, sobre o processo na perspectiva dos direitos fundamentais, em que se aborda especificamente a legitimidade do procedimento e da decisão em função do procedimento, altura donde se tira que as “formas e os fins do procedimento dão significado ao processo, tornando inseparável um e outro. Não há como, nem por que, separar a noção de procedimento da de processo, uma vez que o procedimento que revela os propósitos do Estado constitucional nada mais é do que o processo jurisdicional do Estado contemporâneo” (Ibid., p. 462). O processualista também critica a fase sistemática e seu desprezo pelo procedimento (Ibid., p. 404-12, particularmente). Como aspecto do conceito de procedimento, a relação jurídica, no Estado Constitucional, segundo Marinoni, tem somenos importância. O “processo não pode mais ser visto como uma relação jurídica processual”, algo que “revelaria apenas o aspecto interno e estático do processo” (Ibid., p. 459). Não “há como pretender ver o processo apenas como uma relação jurídica processual. A relação jurídica processual, nos moldes pensados pela doutrina clássica, nada diz sobre o conteúdo do processo. Tal relação jurídica processual pode servir a qualquer Estado e a qualquer fim. Daí a sua evidente inadequação quando se pretende explicar o processo diante do Estado constitucional e dos direitos fundamentais” (Ibid., p. 474). O estudioso não chega a descartar o conceito de relação jurídica *tout court*, mas sim a sua formulação originária. Desde que sensível à realidade do mundo e à eficácia dos direitos fundamentais, o conceito de relação jurídica, assim reformado, manteria o seu lugar no pensamento jurídico. Diz Marinoni que a crítica “à noção de relação jurídica deve ser compreendida em uma perspectiva histórica, isto é, em uma perspectiva que faça ver a ligação do conceito jurídico com os valores do seu momento histórico. É evidente que se pode dizer que a relação jurídica, hoje, pode se abrir a isto ou àquilo outro, ou pode captar a realidade social. Porém, o que se deve deixar claro é a impossibilidade de se tomar a teoria da relação jurídica processual, infiltrada pelos propósitos dos seus edificadores do final do século XIX, como algo prestável a uma teoria processual compatível com o Estado constitucional” (Ibid., p. 406).

confundiam. Na fase sistemática, a definição de processo centra-se na relação jurídica, afastando-se do procedimento. No instrumentalismo, processo e procedimento se avizinham, o último absorvido no conceito do primeiro, dividindo o espaço com a relação jurídica. Atualmente, a tendência é de se intensificar a reaproximação entre processo e procedimento, a ponto de se fundirem os conceitos. Nesse périplo histórico, o fim é parecido com o começo e, por certo, também um recomeço¹⁴⁹.

Há um ponto que merece ser destacado. Desde Fazzalari, verifica-se uma tendência em razão da qual os conceitos de processo e de procedimento, além de se aproximarem, são jungidos a preceitos constitucionais, com o que acabam, de certo modo, substantivados. Ocorre uma espécie de deformalização das definições, que passam a ter conteúdos, ou funções, atrelados a direitos fundamentais processuais (ou, em outra linguagem, a exigências político-constitucionais). É a constitucionalização dos conceitos de processo e de procedimento.

Parece que é nessa exata direção que se deve buscar a construção de um arcabouço analítico adequado para as exigências do nosso tempo. É precisamente isso que fez Luiz Guilherme Marinoni, conforme visto logo acima. A preocupação maior deve estar, pois, na soldagem dos conceitos de processo e de procedimento aos direitos fundamentais processuais. Seguindo essa linha, apura-se que o processo constitui uma relação jurídica, que se desenvolve na forma de um procedimento, por meio da qual atua a jurisdição com o fim de viabilizar o exercício, pelo jurisdicionado, de direitos fundamentais processuais, notadamente aqueles que garantem um processo devido e uma tutela efetiva. Esses devem ser, com efeito, os dois vetores decisivos. O direito fundamental a uma tutela efetiva forceja, geralmente para o proveito do requerente, pela aderência do processo à necessidade de tutelar o direito

¹⁴⁹ A indissociabilidade dos conceitos de processo e de procedimento pode ser inferida de uma maneira heterodoxa, assim digamos. Talvez uma centena de diretrizes já tenha sido aventada para o fim de alumiar a percepção da diferença que haveria entre as categorias, a segunda decerto porque a primeira falhara na sua missão, a terceira porque a segunda também fracassara, e assim sucessivamente. Quer dizer, a existência de tamanha variedade de critérios acaba por provar o contrário do que cada um deles, individualmente, pretendia evidenciar: não é possível separar processo e procedimento. Chega a ter efeitos burlescos a visualização do conjunto, ainda que parcial, das ideias, noções e analogias concebidas para apoiar a compreensão da diferença entre os institutos: procedimento como invólucro e processo como íntima substância, como continente e como conteúdo, dezena e número concreto, ordem dos atos e conjunto dos atos, ordem dos atos e soma dos atos, sucessão dos atos e unidade dos atos, forma extrínseca e sentido finalístico, modo de se mover e direção no movimento, aspecto formal e aspecto substantivo, degraus e escada, caminho percorrido e veículo, tipo de veículo e veículo, procedimento como medida, exoesqueleto, aspecto externo, método de trabalho ou pauta do processo (Grande parte dessa curiosa diversidade de *insights*, sugeridos por diferentes estudiosos, pode ser rapidamente conferida em laborioso estudo de Fernando da Fonseca Gajardoni – *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30-41).

substancial. O direito fundamental a um processo devido assegura, mais usualmente no interesse do requerido, a dimensão garantista do procedimento.

Por outro ângulo, observa-se que a investigação das definições de processo e de procedimento deve autorizar, dentro do foco aqui visado, a conclusão, decepcionante sob certo aspecto, de que não é possível tracejar, para fins operativos, uma distinção consistente o bastante entre os conceitos. Afigura-se impossível a tarefa de esmerar as definições até o ponto em que passassem a servir, porque dissociadas com suficiente rigor, como referência abstrata e genérica para saber-se se o problema colocado é de processo ou de procedimento. Ou seja, a viabilidade da flexibilização cogitada, supondo-se que seja idônea quando tratar apenas do procedimento, não pode ser nem abonada nem descartada à luz dos conceitos de processo e de procedimento.

Averigua-se, de outro prisma, que não há como regular o procedimento sem regular o processo, e vice-versa. Dizendo mais, não há como disciplinar o processo sem de alguma maneira afetar a ação, a defesa e a jurisdição. Isso porque, consoante outra lição bem disseminada, que apresentamos nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, o processo nada mais é do que o “método de trabalho desenvolvido pelo Estado para permitir a solução dos litígios”¹⁵⁰, do qual participam ele próprio “e as pessoas de alguma forma envolvidas na controvérsia. Estes sujeitos passam a se relacionar, praticando atos segundo a ordem e os modelos previamente previstos na lei”¹⁵¹. Assim, ação “e defesa nada mais são que a síntese desses poderes, que se manifestam no procedimento em contraditório, segundo determinada forma. Somam-se à *jurisdição*, que expressa o poder estatal, também materializado nos atos praticados pelo juiz”¹⁵².

¹⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 36.

¹⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, op. cit., p. 36.

¹⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, op. cit., p. 37. O monopólio da jurisdição sobre o processo, como se não pudesse haver processo sem jurisdição, tem um quê de arbitrário (O grande José Frederico Marques, por exemplo, tinha o processo como privativo da função jurisdicional. Cf.: *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1966, v. 2., p. 62-3). Tal concepção foi fixada na fase autonomista da ciência do processo e, portanto, a partir do direito processual (jurisdicional). Soa mais pertinente a posição de um Carlos Ari Sundfeld, firmada pelo prisma de uma teoria geral do Estado, segundo a qual “o processo é o modo normal de agir do Estado”. Há o processo legislativo, o judicial e o administrativo para, respectivamente, as leis, as sentenças e os atos administrativos. O processo é “a contrapartida assegurada aos particulares pelo fato de serem atingidos por atos estatais unilaterais”. Ademais, ele “é técnica para a produção (ou execução) de um específico tipo de atos: aqueles cujos fins são determinados por normas jurídicas, que se busca aplicar”. O publicista trata procedimento e processo como sinônimos, conceituando este como “o encadeamento necessário e ordenado de atos e fatos destinado à formação ou execução de atos jurídicos cujos fins são juridicamente regulados” (*Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 89-97).

Em recente estudo, Fernando Gajardoni cataloga as normas de procedimento em duas subespécies: normas puramente procedimentais e normas acidentalmente procedimentais. A primeira categoria compreende as disposições relativas ao “lugar que cada ato tem no conjunto do procedimento, ou seja, a ordenação formal dos atos”¹⁵³. Entre elas estão as que regulam a ordem dos atos nas diferentes espécies de procedimento e também “as que disciplinam a sequência dos atos a serem praticados pelo juiz na audiência preliminar (art. 331 do CPC); a ordem de produção das provas em audiência (art. 452 do CPC); a ordem do processo nos tribunais (arts. 547 a 556 do CPC)”¹⁵⁴.

Já as normas acidentalmente procedimentais são as relativas ao “modo e prazo de manifestação dos atos processuais das partes, dos magistrados ou da secretaria”¹⁵⁵. São disposições que “dão forma aos institutos regulados nas normas processuais, que como tal não podem ficar sem alma, sem procedimento para sua realização prática”¹⁵⁶. Para Gajardoni, seriam normas dessa natureza, por exemplo, as referentes à forma de apresentação da petição inicial e da contestação, as relativas aos prazos e a maneira de realizar citações e intimações e, enfim, todas as outras atinentes ao rito para a prática do ato em si considerado¹⁵⁷.

Parece que a noção mais elementar de procedimento esteja, realmente, na referência ao “lugar de cada ato no conjunto de atos”¹⁵⁸. Daí dizer-se, *v. g.*, que “o fenômeno chamado ‘processo’ pode ser examinado pelo ângulo dessa sequência de atos ordenados, à qual se denomina ‘procedimento’”¹⁵⁹. Por essa razão podemos endossar, sem titubeio, a proposta de Gajardoni para a caracterização das normas puramente procedimentais. E se são normas procedimentais seguramente, podemos adiantar que, em princípio, serão passíveis de flexibilização por decisão do juiz, nas condições e com base nos fundamentos que serão examinados posteriormente no presente estudo.

Essa apreciação pode ser transmitida às normas que, na tipologia de Gajardoni, são apenas acidentalmente procedimentais, embora aí caibam algumas ressalvas. O gerenciamento de prazos afigura-se perfeitamente possível dentro, estritamente, da ótica da flexibilização procedimental. Porém, o mesmo não poderia ser dito, *e. g.*, acerca dos

¹⁵³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 40.

¹⁵⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 39.

¹⁵⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 40.

¹⁵⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 39.

¹⁵⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 39-40.

¹⁵⁸ Já dizia Francesco Carnelutti, colaborando com o longo rol de critérios para a dissociação entre processo e procedimento: “Processo é o conjunto de todos os atos que se realizam para a solução de um litígio”; “Procedimento é a combinação dos diversos atos que se devem realizar para a solução de um litígio” (*Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. IV, p. 477).

¹⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, op. cit., p. 36.

requisitos da petição inicial, caso o aspecto fosse considerado matéria atinente ao direito de ação. É de se observar, contudo, que a flexibilização do procedimento constitui tema intimamente relacionado à perspectiva, mais ampla, da deformalização do direito processual. No fundo, não há como separar um aspecto do outro. Os argumentos que sustentam a possibilidade de adequação do procedimento, ponto que se enfoca, fundamentam também a flexibilização de normas que, para os mais rigorosos, não seriam procedimentais.

Apesar das dificuldades, há sim como definir alguns âmbitos que, certamente, não são tocados pela adequação procedimental cogitada ao longo desta dissertação. Flexibilização impensável diria respeito às regras que fixam competência absoluta (para se admitir, digamos, o processamento por outro juiz qualquer que não aquele indicado na lei). Também estão decididamente fora do âmbito da flexibilização procedimental as normas alusivas ao início e fim da relação jurídica processual (momento em que se considera proposta a ação, prevenção, coisa julgada). São matérias em que a flexibilidade possível é, estritamente, aquela deferida pela lei.

É de se lamentar que não se consiga avançar mais no objetivo de identificar, em conceito e em gênero, as normas alusivas a procedimento e que em regra seriam, portanto, passíveis de flexibilização judicial, desde que satisfeitos certos pressupostos, consoante a tese a ser sustentada no presente trabalho. As noções transmitidas bastam, não obstante, para autorizar o prosseguimento da investigação, em cujo contexto hão de surgir muitos exemplos, com a sua natural capacidade esclarecedora.

Hoje em dia já não se censura mais as normas abertas, elas que acabam autorizando, no fundo, que a estipulação da regra decisória seja realizada diante do caso concreto. *A fortiori*, deve valer o arranjo que, em vez de solver o problema em um elevado plano conceitual, abstrato e genérico, transfere-o, com alguns adminículos nocionais, para o exame particularizado, ato a ato. Aí não há, de resto, nada de novo. Próximo do tema em consideração, existe a classificação dos prazos em dilatatórios e peremptórios, que só se consegue fazer, também, em análise caso a caso, porque a questão não está regulada na lei.

2.2 Instrumentalismo, adequação e flexibilidade

Em memorável ensaio, publicado em 1976, seminal para a afirmação do instrumentalismo no Brasil¹⁶⁰, Galeno de Lacerda partia da constatação de que o processo, seja ele judicial, legislativo ou administrativo, tem uma nítida natureza dinâmica e instrumental. Posto em relação com o direito material, o processo é instrumento, não forma nem adjetivo¹⁶¹. E todo instrumento “pressupõe um ou mais sujeitos-agentes, um objeto sobre o qual, mediante aquele, atua o agir, e uma finalidade que condiciona a ação”¹⁶².

Para que atinja os seus objetivos, o instrumento deverá atender ao requisito da adequação, que se apresenta sob tríplice aspecto: subjetivo, objetivo e teleológico. É necessário que “o instrumento se adapte ao sujeito que o maneja: o cinzel do Aleijadinho, forçosamente, não se identificava com um cinzel comum”¹⁶³. Ainda, “impõe-se que a adaptação se faça ao objeto: atuar sobre madeira ou sobre pedra exige instrumental diverso e adequado”¹⁶⁴. Mais, “urge que se considere o fim: trabalhar em bloco de granito para reduzi-lo a pedras de calçamento, ou para transformá-lo em obra de arte, reclama de igual modo adequada variedade de instrumentos”¹⁶⁵.

“Assim também”, continuava Lacerda, “há de suceder com o processo, para que possa cumprir a missão de definir e realizar o direito”¹⁶⁶. Com essas lições, o ilustre professor prosseguia mediante a apresentação de exemplos de adequação processual subjetiva, objetiva e teleológica. Adequação subjetiva apontava, entre outras hipóteses, nas variações das normas sobre legitimação das partes, conforme se trate de capaz ou incapaz, de pessoa jurídica de direito público ou privado. Adequação objetiva, nas mudanças do processo em face do grau de disponibilidade do direito material. E adequação teleológica, nas diferenças entre os processos de conhecimento, execução e cautelar¹⁶⁷.

¹⁶⁰ É nesse sentido a avaliação de Daniel Francisco Mitidiero, que atribui a Galeno de Lacerda a primazia no trato do instrumentalismo entre os patricios, merecendo destaque a conhecida contribuição de Cândido Rangel Dinamarco, com a qual a noção de instrumentalidade assenta como ideia-síntese daquela abordagem metodológica (*Colaboração no processo civil...*, op. cit., p. 35).

¹⁶¹ LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Ed. Comemorativa do Cinquentenário, p. 161-170, 1976, p. 161-3.

¹⁶² LACERDA, Galeno, O Código como sistema legal de adequação do processo, op. cit., p. 164.

¹⁶³ LACERDA, Galeno, O Código como sistema legal de adequação do processo, op. cit., p. 164.

¹⁶⁴ LACERDA, Galeno, O Código como sistema legal de adequação do processo, op. cit., p. 164.

¹⁶⁵ LACERDA, Galeno, O Código como sistema legal de adequação do processo, op. cit., p. 164.

¹⁶⁶ LACERDA, Galeno, O Código como sistema legal de adequação do processo, op. cit., p. 164.

¹⁶⁷ LACERDA, Galeno, O Código como sistema legal de adequação do processo, op. cit., p. 165-7. Nem todos os exemplos de Galeno de Lacerda permanecem atuais, o que em nada afeta a validade da tese por eles ilustrada. Já não se justifica mais, *e. g.*, considerar que a disponibilidade do direito material afeta a disponibilidade da

Examinando a adequação no Código de 1973, o processualista concluía que aquele estatuto “representa, na verdade, o sistema legal de adequação do processo, como instrumento, aos sujeitos que o acionam, ao objeto sobre o qual atua, e aos fins da respectiva função judiciária, polarizado sempre para a declaração e realização do direito em concreto”¹⁶⁸. Isso não é surpresa, vez que o princípio de adequação funciona, na visão de Lacerda, “como princípio unitário e básico, a justificar, mesmo, a autonomia científica de uma teoria geral do processo”¹⁶⁹.

Apesar do evidente potencial dessas fecundas noções de Galeno de Lacerda, o linguajar da “adequação do processo” não se disseminou. Para tanto contribuiu, por certo, o fato de que aquela expressão se refere a objeto que se confunde com a noção referida pelo termo “instrumentalidade do processo”. Vingou o “instrumentalismo” como designação do período metodológico da ciência processual verificado na sequência da fase autonomista. A bem dizer, adequação e instrumentalismo são duas faces de uma mesma moeda. O processo é instrumento e, portanto, deve ser adequado em face das pessoas que o operam e dos escopos visados pela jurisdição, entre eles o jurídico, cujo alcance passa pelo afeiçoamento do processo às circunstâncias objetivas pertinentes ao direito material¹⁷⁰.

prova. É o que nota Fredie Souza Didier Júnior, que discerne, em passo esclarecedor, três diferentes critérios objetivos de que se vale o legislador para adequar o processo: “um, a natureza do direito material, cuja importância e relevância impõem uma modalidade de tutela mais efetiva; o segundo, a forma como se apresenta o direito material no processo; o terceiro, a situação processual de urgência. São exemplos do primeiro critério as possessórias, os alimentos, a busca e apreensão em alienação fiduciária, a liminar em ação civil pública etc. Do segundo critério, exsurtem o mandado de segurança, ação monitória e a tutela antecipada genérica do art. 273, CPC, recentemente implementada no direito brasileiro. São exemplos de tutela de urgência os procedimentos especiais de alimentos, mandado de segurança preventivo etc.” (Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010, p. 7). Fernando Gajardoni considera que o aspecto teleológico tem “matiz objetiva e relacionada ao direito material” e, assim, “não necessita de autonomia classificatória” (*Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 135). O aspecto subjetivo também é vinculado, no fundo, ao direito substancial. Nota-se, exemplificativamente, que a competência federal se impõe porque há a afirmação da presença, quando menos, de ente público federal na relação jurídica de direito material controvertida (ou o interesse da União no seu deslinde).

¹⁶⁸ LACERDA, Galeno, O Código como sistema legal de adequação do processo, op. cit., p. 170.

¹⁶⁹ LACERDA, Galeno, O Código como sistema legal de adequação do processo, op. cit., p. 164.

¹⁷⁰ Todos os estudiosos de processo sabem que a obra pátria de referência sobre o instrumentalismo, já citada algumas vezes na presente investigação, foi-nos brindada por Cândido Rangel Dinamarco. Em mui apertada síntese, o instrumentalismo parte do reconhecimento de que o direito processual é um instrumento dirigido à realização dos escopos – jurídicos, sociais e políticos – da atividade jurisdicional, chegando à exigência de que o meio processual seja realmente efetivo (aspecto positivo do instrumentalismo), objetivo que passa pelo abrandamento do rigor das formas, como reação aos exageros autonomistas do processualismo (aspecto negativo) (Cf.: *A instrumentalidade do processo*, op. cit.). No plano geral, as ideias relativas ao instrumentalismo do processo são as mesmas que orientam a adequação do processo. A propósito da flexibilidade procedimental, Dinamarco leciona que é “relativo o valor do procedimento”, pois ele é instrumental “ao contraditório e demais valores processuais a serem preservados em prol da efetividade do processo”, em razão da qual “o procedimento há de afeiçoar-se às peculiaridades de cada litígio, mediante a aplicação do princípio da *adaptabilidade*” (Ibid., p. 343). Talvez haja uma pequena vantagem, entretanto, na terminologia da adequação: de pronto põe em

Seja como for, o certo é que nos últimos dez anos, com intensidade crescente, a linguagem da adequação veio a ser prestigiada, algo que decorre, em parte, do resgate das lições de Galeno de Lacerda. Como será visto mais em frente, todos abonam a noção de adequação do processo, havendo, porém, uma ampla variedade de arranjos metodológicos para operá-la e, portanto, para definir-lhe o alcance dogmático. Em geral, os trabalhos mais recentes, muitos deles evocando explicitamente a ideia de adequação, apresentam caracteres análogos aos do instrumentalismo, em exigências que vêm deduzidas, entretanto, com maior firmeza e audácia.

Diga-se que a volta às ideias de Galeno de Lacerda combina bem com os reclamos do tempo, por um direito maleável. É dizer, o protesto por procedimentos flexíveis não materializa uma ocorrência fortuita derivada do redescobrimento de aulas antigas. A ideia de flexibilização procedimental, produto mais presente da noção de adequação, também exsurge, *e. g.*, das propostas em torno do gerenciamento de processos, inspiradas pelo direito forâneo. A dogmática pós-positivista, com sua âncora constitucional, haveria de reclamar mais cedo ou mais tarde por procedimentos flexíveis, para o bem dos direitos fundamentais ou por força dos poderosos princípios. Enfim, há vários movimentos, contemporâneos e imbricados, que redundam na aspiração, quando menos, por procedimentos flexíveis.

A adequação do processo surge vinculada, com efeito, sobretudo ao procedimento. Já assim no importante ensaio de Fredie Souza Didier Júnior, publicado em 2001, pelo qual o processualista, amparado nas preleções de Galeno de Lacerda, se propunha a resgatar um pouco o estudo sobre procedimento e tutela jurisdicional, que acusava terem sido abandonados pela dogmática processual no momento em que a disciplina granjeou autonomia científica¹⁷¹. Aliás, é adequação do processo ou do procedimento? No estudo de Lacerda, “processo” foi usado como sinônimo de “direito processual”. A adequação do processo abrangia, assim, regras como as relativas à competência *ratione personae*, exemplo que é oferecido pelo processualista¹⁷². Claro que a adequação do processo, nessa

evidência que o processo deve ser adequado, já que é um instrumento. Está mais próxima, portanto, da técnica processual, desde logo insinuando o figurino que ela deve assumir.

¹⁷¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza, Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo..., *op. cit.*, *passim*. Mediante pesquisa no sistema da RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional – <http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/>) constatamos que o *paper* foi publicado também na *Revista da Ajuris* (v. 27, n. 83, t. 1, p. 166-178, set. 2001) e na *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA* (n. 9, p. 226-238, jan./dez. 2001). O ensaio costuma ser citado pelos estudos subsequentes sobre o assunto. Não é muito fácil encontrar trabalhos anteriores ao ano de 2000 sobre adequação ou flexibilização procedimental, pelo que se pode inferir a importância do artigo de Didier Júnior. Insista-se, porém, que há vários desenvolvimentos mais ou menos paralelos, todos confluindo na exigência de flexibilidade procedimental.

¹⁷² LACERDA, Galeno, O Código como sistema legal de adequação do processo, *op. cit.*, p. 164.

amplitude, abrange também a adequação do procedimento, aspecto mais explorado pela doutrina¹⁷³.

Por ora foi gizado o panorama das ideias que serão desenvolvidas daqui por diante, com o que deve ter ficado suficientemente esclarecido, assim esperamos, as relações entre instrumentalismo e adequação. Antes de prosseguir, faz-se necessário, ainda, resolver outra questão, essencialmente terminológica. A adequação do processo, notadamente quando referida ao procedimento, é noção também expressa, às vezes com pequenos nuances, por diversas outras vozes, tal qual “adequabilidade”, “adaptação”, “adaptabilidade”, “flexibilidade”, “flexibilização” e “gerenciamento”. Não se visualiza qualquer estabilidade conceitual ao redor dessas muitas palavras. A desordem é grande e são desfavoráveis os prognósticos acerca de sua superação no futuro próximo.

Talvez não haja tantos males nisso. Aqueles termos exprimem diferentes angulações de uma mesma matéria, terminando com um significado muito próximo no contexto do saber processual. Instrumento que é, o procedimento há que ser *adequado*, para o que pode vir a ser necessário *adequar* ou *adaptar* o modelo ritual que se tem em perspectiva. Daí a conveniência de que as regras legais pertinentes sejam *flexíveis*, permitindo que se realize a *adaptação* ou *flexibilização* do procedimento em cada caso a fim de que ele se desenvolva de modo *adequado* em relação, particularmente, às exigências advindas dos direitos fundamentais processuais, entre as quais a que cobra um processo devido e a que requer eficácia tutelar. Neste estudo, como se observa, empregam-se preferencialmente os verbos “adequar” e “flexibilizar”, e os respectivos substantivos¹⁷⁴.

¹⁷³ Até mesmo o regime da coisa julgada deve ser adequado ao direito material. A respeito, Sérgio Gilberto Porto pondera que hoje sabemos “que o instituto da coisa julgada não é unívoco, eis que reclama adequação à natureza do direito posto em causa” (A crise de eficiência do processo – a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 182). O estudioso consigna, em considerações análogas às de Galeno de Lacerda, que o processo, como instrumento, “para que possa cumprir sua finalidade há de ser adequado, vale dizer: o processo necessariamente para que possa cumprir a missão de realizar o direito há que se adequar objetiva e subjetivamente tanto à natureza do direito posto em causa, como à qualidade das partes, ou seja, se individual o direito haverá de possuir o processo certas características próprias do segmento debatido e assim sucessivamente, considerando se este é coletivo, se é disponível, se é indisponível e tantas quantas forem as descobertas ou redescobertas impostas pela realidade jurídica” (Ibid.).

¹⁷⁴ De modo um pouco diferente, é afirmado o seguinte, fazendo-se referência a consulta ao léxico: “*flexibilizar* é tornar *flexível*: é o ato de não aplicar as formas exatamente como previstas na lei; *adaptar* é tornar *apto*: alterar a forma de um ato ou fase procedimental para cumprir sua finalidade precípua; e *adequar* é *amoldar*: ajustar o procedimento próprio para o caso concreto” (MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A atuação do juiz na direção do processo. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro – direito em perspectiva*: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 199-200). Essas definições não são confirmadas pela realidade do uso, em que se verifica uma rematada confusão. Ademais, não se teve como notar diferença consistente entre adequar e adaptar. Por cima, a flexibilização pode ser deferida

2.3 Tipologia da adequação procedimental

A existência de uma variedade de termos empregados na referência à adequação do procedimento é reflexo, em parte, dos diferentes pontos de vista que podem orientar o observador. Pelo prisma do legislador, a voz “adequação” prevalece. A lei acolhe diferentes tipos de procedimento, adequando o instrumento aos imperativos entrevistos em certas situações particulares, que não são bem acolhidas no modelo ordinário. Pela ótica do juiz, a palavra “flexibilidade” deve ter primazia, muitas vezes porque assumida a premissa, ainda que implicitamente, de que a lei é rígida, precisando passar por uma flexibilização, *de lege ferenda* e/ou *de lege lata* (e, então, *ope iudicis*, se as circunstâncias do caso autorizarem).

Como quer que seja, é a partir da constatação dessa pluralidade de perspectivas que delinearemos a tipologia da adequação procedimental que estruturará o prosseguimento da presente investigação. Assim, a adequação poderá ser legal, convencional ou judicial, consoante realizada, respectivamente, pelo legislador, pelas partes ou pelo juiz¹⁷⁵.

A adequação legal do procedimento pode ser notada imediatamente por meio da lembrança da enorme variedade de procedimentos especiais existentes em nosso direito positivo. O CPC regula algumas dúzias. A legislação extravagante contempla mais algumas dezenas de ritos especiais. Ao lado do procedimento comum ordinário, o *iter* padrão propriamente dito, há o rito comum sumário e o sumaríssimo (aquele especialmente desenvolvido para os juizados especiais).

A adequação convencional que se cogita neste trabalho é sempre legalmente autorizada. Não tem muito espaço no ordenamento processual pátrio, mas aparece, por exemplo, na possibilidade de as partes ajustarem, de comum acordo, a redução ou a prorrogação dos prazos dilatatórios (CPC, art. 181).

pelo legislador, que, *e. g.*, positiva uma cláusula geral ou uma regra com alternativas. Preferimos ficar, na hipótese, com a constatação da barafunda terminológica, seguida da adoção de uma diretriz razoavelmente clara, ainda que em balizos meramente nocionais.

¹⁷⁵ Como já notado, podemos “vislumbrar três agentes para a realização da tarefa de simplificação e de adequação, em conjunto ou separadamente, a depender da opção política de cada ordenamento, o legislador, o juiz e as partes” (BODART, Bruno Vinícius da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro – direito em perspectiva*: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 75). A classificação aqui proposta aproxima-se da taxonomia adotada por Fernando da Fonseca Gajardoni, que discrimina a flexibilidade procedimental legal genérica (judicial típica, na divisão aqui adotada), a flexibilidade procedimental legal alternativa (judicial típica), a flexibilidade procedimental judicial (*grosso modo*, judicial atípica) e a flexibilidade procedimental voluntária (convencional) (*Flexibilização procedimental...*, op. cit., cap. 5).

A adequação judicial do procedimento pode ser efetuada sob o amparo de expressa disposição legal ou pode ser realizada *praeter legem* ou mesmo *contra legem*, entendendo-se “lei” em sentido estrito, formal – a adequação será contra a lei, ou contra a interpretação mais imediata, natural ou tradicional da lei, mas sempre em nome e a favor do direito, nos parâmetros do ordenamento. No primeiro caso, ter-se-á uma flexibilização judicial que poderia ser chamada de típica, quer dizer, uma adequação do procedimento realizada com a autorização de clara disposição legal, geralmente específica, que defere tal poder ao magistrado. A decisão que resolve pela não realização de audiência preliminar constitui hipótese de adequação judicial típica, pois encontra fundamento em exposto dispositivo (CPC, 331, § 3º).

Na segunda hipótese, ter-se-á uma flexibilização judicial atípica, assim designada porque levada a cabo sem que haja evidente supedâneo legal, ou em oposição à solução hermenêutica convencional, ou mesmo contrariando a literalidade da lei. No mais das vezes, a adequação atípica envolve a manipulação do rito com o fim de atender a exigências peculiares ao caso concreto, que são comumente relacionáveis a normas principiológicas de estatura constitucional. Caso bem conhecido do gênero é aquele alusivo aos embargos de declaração cujo julgamento, conforme antevisto, poderá redundar em efeitos infringentes. Sob a pressão da doutrina, jurisprudencialmente se firmou que, em semelhantes situações, a parte contrária à recorrente haverá que ser ouvida.

Os próximos tópicos deste capítulo abordarão a adequação procedimental legal, a adequação procedimental convencional e adequação procedimental judicial típica. Essas sondagens bastarão para a análise reconstrutiva, que virá em seguida, do chamado princípio da adequação procedimental, que veio a ganhar espaço em certa doutrina nos últimos anos. Mais adiante, no capítulo seguinte, a adequação procedimental atípica será examinada em profundidade.

2.4 Adequação procedimental legal

A necessidade de adequação do procedimento a certas circunstâncias peculiares da relação jurídica de direito material é sentida imediatamente, já no plano legislativo. Como constata Fredie Souza Didier Júnior, por força do princípio da adequação procedimental, a “própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as

idiosincrasias do objeto do processo a que servirá”¹⁷⁶. Compete ao legislador atentar para esses elementos, concebendo ritos apropriados, “pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional”¹⁷⁷. Exsurgem na lei, assim, ritos afeiçoados para determinado modelo ideal de demanda.

Panoramicamente, verifica-se a adequação do procedimento, e do processo em geral, conforme a natureza do direito material controvertido. Subdivide-se o direito processual, assim, nos ramos civil, penal e trabalhista, contando-se em cada qual um número maior ou menor de procedimentos¹⁷⁸. Ainda de prisma macroscópico, constata-se a conformação do direito processual em razão da natureza da tutela visada, donde a existência do processo cautelar, de conhecimento e de execução, aos quais se liga, em cada caso, um diferente conjunto de procedimentos.

Em linhas gerais, para cada ramo do processo há um procedimento padrão, arquetípico, que em princípio deve ser percorrido por todas as demandas. Ao lado do

¹⁷⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza, Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo..., op. cit., p. 5.

¹⁷⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza, Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo..., op. cit., p. 5. O estudioso esclarecia que o princípio da adequação procedimental “pode ser visualizado, de acordo com a doutrina, em dois momentos: a) o pré-jurídico, legislativo, como informador da produção legislativa do procedimento em abstrato; b) o processual, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento de modo a melhor afeiçoá-lo às peculiaridades da causa. Quiçá, para fins didáticos, devêssemos nomeá-lo apenas no primeiro momento de princípio da adequação, enquanto, no segundo, de princípio da adaptabilidade; um, abstrato e prévio, outro, concreto e reparador” (Ibid., p. 4). A terminologia proposta não era disseminada. Alguns estudiosos a adotaram posteriormente (Por exemplo, GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 134-5). A presente investigação não segue a orientação. Segundo pensamos, todos os princípios jurídicos podem ser examinados tanto da ótica legislativa quanto da jurisdicional. Assim o é, ao menos, no que respeita aos princípios constitucionais, que não podem ser ignorados pelo legislador ordinário. Não se tem notícia de que a circunstância já tenha motivado sugestão no sentido de que o princípio garantidor do contraditório, v. g., fosse batizado com dois diferentes nomes, um para cada ângulo de análise.

¹⁷⁸ Em relação ao âmbito trabalhista, e. g., observava Wilson Alves de Souza, em estudo visionário para a época, meados da década de 1980: “Se o Direito Material do Trabalho tem peculiaridades a sua aplicação autoritativa só pode ser concretizada a contento mediante um Direito Processual adequado àquele. Do contrário, não seria necessária a criação do Direito Processual do Trabalho, sendo suficiente o Direito Processual Civil” (Princípios do direito processual do trabalho..., op. cit., p. 171). Aparentemente, o jurista situava o princípio da adequação na teoria geral do processo, a que pertence sem dúvida, notando ainda que a circunstância não impede a construção de um sentido próprio para a norma em relação a cada seara do processo: “Cumpre-nos observar que o princípio da adequação é peculiar ao Direito Processual do Trabalho, na medida em que a adequação deve ser feita ao Direito Material do Trabalho. Isso significa dizer que nada obsta, antes recomenda, a construção de um princípio da adequação ao Direito Civil no tocante ao Direito Processo Civil, da adequação ao Direito Penal no que tange ao Direito Processual Penal, etc.” (Ibid., p. 172). A respeito, Fredie Souza Didier Júnior pondera: “Entendemos que, muito embora a visualização do princípio da adequação tenha sido mais fácil, inicialmente, no processo do trabalho (em razão da natureza do objeto litigioso), este princípio é da teoria geral do processo, e não exclusivo daquele sub-ramo; aplica-se a qualquer espécie de processo, até mesmo no administrativo e no legislativo. O princípio da adequação, portanto, em relação às demandas não-trabalhistas, já existe e deve ser aplicado. Este estudo visa demonstrar parcela desta conformação” (Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo..., op. cit., p. 6). Mencione-se, a propósito, que há sempre um quê de arbitrariedade na definição dos grandes ramos do processo jurisdicional. Tal como surgiu um direito processual do trabalho, nada impede que venha a nascer, por exemplo, um direito processual consumerista, que já existe, aliás, mas por enquanto ainda não desgarrado do processo civil. Cassio Scarpinella Bueno examina as várias especializações do processo civil (Cf.: *Curso sistematizado de direito processual civil...*, op. cit., 26 et seq.).

procedimento modelo, há um conjunto de ritos diferenciados, cada qual para um específico tipo de causa. Na lição de Adroaldo Furtado Fabrício:

Em tema de procedimento (ou rito, ou forma do processo), a técnica legislativa usual é a de começar-se pela definição de um modelo procedimental básico, destinado à adoção na generalidade dos casos, verdadeiro rito-padrão, para se estabelecerem depois, com base nele, as variações por supressão, acréscimo ou modificação de atos, donde resultarão procedimentos mais ou menos distanciados do modelo fundamental, segundo a intensidade e número dessas alterações¹⁷⁹.

Essa abordagem de técnica legislativa, tradicional e bem disseminada, é seguida pelo atual direito positivo brasileiro, com algumas particularidades¹⁸⁰. No processo civil aparece com bastante nitidez. Há o procedimento comum e há os procedimentos especiais. Tem-se um elevado número destes. No CPC são dezenas, incluídos no Livro IV, especificamente criado para acomodar procedimentos especiais. Uma revisão ampla da legislação extravagante haveria de identificar algumas dúzias. Não seria grande a surpresa se uma contagem exaustiva terminasse por revelar a existência, no direito processual civil vigente, de mais de uma centena de procedimentos especiais¹⁸¹.

¹⁷⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais (Conferência proferida no Congresso Nacional de Processo Civil – 20 Anos de Vigência do CPC, Rio de Janeiro, dez. 1994). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 91, n. 330, p. 3-14, abr./jun. 1995, p. 5. Fora do processo de conhecimento, que tomamos por referência na exposição desenvolvida neste tópico, nem sempre é tão clara a existência de um arranjo estruturado por meio da positivação de um rito comum e outros especiais. São três os procedimentos ordinários do processo de execução, conforme a natureza da obrigação – pagar, entregar coisa e fazer ou não fazer (Assim, GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 74-5). Procedimento de execução especial, e. g., é aquele referente a créditos alimentares e o alusivo a dívida passiva da Fazenda Pública. Nas ações cautelares, o procedimento comum, definido, essencialmente, nos art. 801 *usque* 804 do CPC, aplica-se às inominadas e também às nominadas previstas no art. 888 do Estatuto (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 75). Sucede, porém, que as cautelares mais relevantes, tipificadas, têm normas procedimentais próprias, pelo que se compreende por que haja quem entenda que é especial o “procedimento sumário das cautelares inominadas – arts. 801-804” (MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 58). Na jurisdição voluntária, há um rito comum (art. 1.103 a 1.109 do CPC) e outros especiais (art. 1.113 e ss.) – assim se posiciona, por exemplo, Jacy de Assis (Os procedimentos especiais na sistemática processual brasileira. *Revista de processo*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 178-191, jul./set. 1976, p. 179). É cediço, ademais, que alguns procedimentos especiais são sincréticos, não sendo de todo correto o paralelismo, portanto, entre procedimento comum ordinário (considerada só a fase cognitiva – todos sabem da “sincretização” do rito padrão) e procedimento especial. É o caso das possessórias, cujo procedimento, sobre ser sincrético, admite, desde sempre, a antecipação da tutela.

¹⁸⁰ Também o projetado novo Código de Processo Civil se orienta por essa estrutura: é fixado um procedimento comum e outros especiais. Mais adiante, no estudo do direito estrangeiro, será visto que há alternativas, já testadas e aprovadas, para este tradicionalíssimo arranjo.

¹⁸¹ Aliás, nem sempre fica tão claro se o que se tem é, propriamente, um procedimento especial. Vez por outra, há apenas uma regra que introduz menor alteração no rito ordinário, sem chegar a desnaturá-lo como tal. Seria o caso, v. g., de uma inversão do ônus da prova. Alguns casos são nebulosos. Conforme o entendimento assente, a ação civil pública segue o procedimento ordinário, com algumas modificações previstas aqui e ali, porém. As causas coletivas mais complexas acabam seguindo, por necessidade prática incontornável, um rumo bastante diferente daquele que é cogitado, abstratamente, no procedimento ordinário, que foi pensado, aliás, para conflitos individuais. Parece sustentável a opinião de que o processo coletivo tem, na verdade, um rito especial, sem definição legislativa particularmente precisa, embora o *iter* ordinário sirva de referência (como serve, de resto, para todos os procedimentos especiais).

O procedimento comum tem três subcategorias: o ordinário, o sumário e o sumaríssimo¹⁸². O procedimento-padrão propriamente dito, o *standard* geral em matéria de rito processual, é o procedimento comum ordinário, “a ser observado em todos os casos salvo naqueles para os quais disciplina [o CPC], ou leis especiais disciplinam, procedimentos *especiais*”¹⁸³. Funcionalmente, como arquétipo no processo civil brasileiro, o procedimento ordinário serve de base para a construção dos ritos diferenciados. Ademais, constitui o leito comum de todos os ritos, o regime básico a que, em determinado momento ou sob certas condições, costumam retornar os procedimentos especiais. E ainda serve à colmatação das lacunas porventura verificadas na regulação dos ritos diferenciados¹⁸⁴.

Ainda que a circunstância passe despercebida, a concepção de um rito ordinário acaba por adotar como referência um determinado modelo de demanda e litígio. Quer dizer, imagina-se uma causa padrão e, a partir daí, constrói-se um rito padrão. Na sistemática inicialmente prevista no CPC de 1973, o rito comum ordinário era plenamente adequado para processar uma demanda que envolvesse conflito individual, entre dois particulares, ambos com igual capacidade de defender seus interesses, em contexto que não exigisse medidas urgentes, havendo sérias questões fáticas e difíceis controvérsias jurídicas a serem deslindadas¹⁸⁵.

Com as mudanças verificadas na legislação processual, houve uma expansão do conjunto de causas para cujo manejo o procedimento ordinário é potencialmente adequado. Por exemplo, a posterior introdução da tutela antecipada, como possibilidade inserta no procedimento padrão, tornou-o apto para o processamento de demandas com pretensões urgentes e particularmente plausíveis¹⁸⁶. É nítido, de qualquer jeito, que o rito ordinário,

¹⁸² Adroaldo Furtado Fabrício critica o arranjo do CPC, no qual não se tem, como categoria concreta, um procedimento comum. Renega-se, sem vantagem prática, a tradicional tripartição em procedimento ordinário, sumário e especial. O estudioso também observa que os procedimentos sumário e sumaríssimo também seriam, a rigor, especiais (Justificação teórica dos procedimentos especiais, op. cit., p. 10 e 5). Relembre-se que o CPC, pensando apenas em si próprio, no que ele próprio regula, atesta que o “procedimento comum é ordinário ou sumário” (art. 272). Sucede que a importância e o alcance prático do rito próprio dos juizados especiais, para eles especificamente desenvolvido, parece preconizar que nele se reconheça uma terceira espécie do gênero dos ritos comuns, o procedimento sumaríssimo.

¹⁸³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 2, p. 89.

¹⁸⁴ Nesses termos, a lição de Adroaldo Furtado Fabrício (Justificação teórica dos procedimentos especiais, op. cit., p. 4-5 e 10, em especial).

¹⁸⁵ Aliás, o procedimento ordinário, restrito à cognição, dirigia-se não diretamente à tutela do direito (ao interesse do cidadão jurisdicionado), mas à prolação sentença (à retumbante manifestação da plenipotência estatal). Para o olhar contemporâneo, que exige funcionalidade em vez de fidelidade às tradições, trata-se de um defeito gravíssimo, já superado com a instalação do processo sincrético.

¹⁸⁶ Por óbvio, as mudanças no procedimento ordinário que o deixam mais bem aparelhado para o manejo de certas causas podem vir a tornar redundante algum(ns) dos ritos especiais. O direito brasileiro viveu algo do gênero recentemente. Glauco Gumerato Ramos considera ser “possível afirmar que vários dos procedimentos

embora com capacidade operativa majorada, ainda tem em mira um determinado modelo de controvérsia. Causas com características diferentes do arquétipo podem não ser bem conduzidas pela persecução do *iter* padrão. Nada garante, por óbvio, que o legislador vá estabelecer, com correção e a tempo, todos os ritos especiais que idealmente haveria. Quer dizer, pode não haver rito diferenciado e, assim, o caminho ordinário haverá que ser trilhado de qualquer jeito, em princípio, ainda que se anuncie inapropriado à situação concreta.

Em nível especulativo, parece consistente a hipótese de que a previsão de um rito ordinário solene, formal e inflexível forçará, tendencialmente, a criação de um número maior de procedimentos especiais. Quanto maior for a rigidez do procedimento padrão, menor será o alcance de sua atuação em nível senão ideal ao menos satisfatório. Vale dizer, há uma relação direta entre o número de causas bem processadas pelo rito ordinário e o seu grau de plasticidade. Essa inclinação deve existir ainda que o procedimento arquetípico mostre-se geralmente bastante eficiente. Será mais aguda, porém, caso o rito ordinário venha a se revelar *in genere* disfuncional.

A experiência brasileira recente avaliza o acerto dessas conjecturas. Ao procedimento comum já se atribuiu, com precisão, a alcunha de “vala comum”, em que são enterradas todas as causas cujos interessados não consigam se articular o suficiente para fazer com que o Legislativo edite um rito especial. O grau de disfuncionalidade do procedimento ordinário levou àquela rebelião da prática contra o processo civil, com a expansão, tecnicamente indevida, da cautelar inominada. A positivação da tutela antecipada, que foi “ordinarizada”, atende aos anseios por um sistema de justiça eficiente, o que passa pelo estabelecimento de um regime procedimental mais habilidoso, trabalho ainda inconcluso.

Todos os que podem procurar influenciar o legislador para que providencie a positivação de ritos especiais, tendência que haverá de ser tanto menor quanto maior for a aptidão do procedimento ordinário em distribuir, a tempo e com justeza, tutela aos que mereçam. Às vezes é o poder, a influência e a ideologia que definem a criação de um procedimento especial, não a necessidade, a justiça ou a reta conveniência. O peso da história,

especiais – principalmente aqueles que viabilizam uma tutela de urgência (possessórias típicas e mandado de segurança, apenas para ficarmos em dois exemplos) – verdadeiramente podem ser considerados superados diante desse núcleo de técnicas processuais formado pelos arts. 273, 461 e 461-A” (Processo jurisdicional civil, tutela jurisdicional e sistema do CPC: como está e como poderá estar o CPC brasileiro. In: CALMON, Petrônio; CARNEIRO, Athos Gusmão (orgs.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 579). Favorável à disponibilidade do rito nesses casos, competindo ao autor da demanda optar pelo ordinário ou pelo especial, o estudioso alude em particular, ao tratar da “superação” dos procedimentos especiais, à capacidade que o *iter* ordinário, na atual configuração, tem de distribuir tutela em condições análogas àquelas próprias de certos ritos especiais, vale dizer, tutela de urgência em processo sincrético (Cf.: *Ibid.*, p. 579-82).

com sua capacidade de sustentar a inércia, também se verifica em matéria procedimental. Não há, enfim, apenas procedimentos especiais cuja existência encontra idônea justificação. Há os que atendem clamores ilegítimos, dos grupos mais poderosos, em virtude do que, aliás, se pode desconfiar daquelas lições, simplistas, que estreitam forma e justiça. Há também os que sobrevivem graças à força inercial da história, não porque realmente sejam necessários.

Adroaldo Fabrício Furtado pondera que, em termos ideais, são particularidades da situação jurídica de direito material que levam o legislador a estabelecer ritos diferenciados. Porém, a “especial configuração da relação jurídico-material contenciosa apenas aponta o mais razoável dos critérios e o que talvez devesse ser o único, pois só ele se justifica plenamente do ponto de vista doutrinário”¹⁸⁷. Na realidade, porém, não “é provável que se possam sistematizar com êxito os vários motivos que podem levar o legislador à adoção de procedimentos especiais”¹⁸⁸. Ainda mais quando se adota uma ótica real em vez de uma ideal. No direito positivado, “freqüentemente aparecem, ao lado desses procedimentos instituídos por necessidade ou em atenção a uma real conveniência, alguns outros que só se conservam e se explicam por simples inércia história ou por razões ainda menos aceitáveis *de lege ferenda*”¹⁸⁹.

Historicamente, percebe-se uma nítida evolução nos humores doutrinários sobre o valor e o prestígio científico do procedimento ordinário, de um lado, e, de outro, dos procedimentos especiais. Nos tempos do processualismo, a grande meta de afirmar uma ciência processual autônoma induziu a uma indevida glorificação do procedimento ordinário, gerando uma correlata indisposição, para dizer o mínimo, com os procedimentos especiais. Acabou-se engendrando, como expressivamente coloca Luiz Guilherme Marinoni, o “mito da uniformidade procedimental”, fruto mais óbvio da escola sistemática, que acabou excedendo-se na missão de autonomizar o processo ao isolá-lo do direito material¹⁹⁰.

¹⁸⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Justificação teórica dos procedimentos especiais*, op. cit., p. 6.

¹⁸⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Justificação teórica dos procedimentos especiais*, op. cit., p. 6.

¹⁸⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Justificação teórica dos procedimentos especiais*, op. cit., p. 6. Há algum tempo, em breve investigação que verificava “de que maneira as classes dominantes, nos últimos vinte anos, vieram a se utilizar do instrumento processual em benefício próprio”, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira apurava que o “comum dos mortais” tinha que se “contentar com o procedimento comum”, verdadeiro tormento, ao passo que as elites dispunham, para as contendas mais sensíveis aos seus interesses, de procedimentos especialíssimos apresentados pelo legislador (Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 33, p. 79-85, mar. 1985, p. 80-1). Especificamente, o aclamado processualista denunciava os ritos criados para o processamento de pleitos decorrentes de empréstimos do Sistema Financeiro de Habitação (Decreto-Lei 70/1966), de crédito rural (Decreto-Lei 167/1967) e industrial (Decreto-Lei 413/1969), e de alienação fiduciária (Decreto-Lei 911/1969). O Decreto-Lei 70/1966 é também censurado por Luiz Guilherme Marinoni (*Teoria geral do processo*, op. cit., p. 455-6).

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela de direitos*, op. cit., p. 40-2. Chegou-se a colocar em xeque a própria existência de procedimentos especiais, como instituição jurídica acolhida no sistema

No decorrer do período instrumentalista, o procedimento ordinário acabou caindo em desgraça, ainda que mantivesse amplo prestígio teórico. Para os parâmetros e exigências do tempo, com a ênfase deslocada do poder estatal para os direitos do cidadão jurisdicionado, o rito arquetípico provou-se absolutamente inepto. Na experiência brasileira, tal constatação vincula-se às reformas verificadas a partir da década de 1980, acima examinadas, destinadas a superar as dificuldades produzidas, em parte, pelas deficiências do procedimento ordinário. Algumas lhe reduziram a importância, concebendo outros mecanismos para a solução de certas demandas (juizados especiais), outras objetivaram aperfeiçoá-lo (tutela antecipada, notadamente).

Contemporaneamente, o procedimento ordinário continua com a imagem fragilizada, sempre correndo o risco de passar por novas e importantes reformulações. Apercebe-se, ademais, uma progressiva revalorização dos procedimentos especiais. No estágio instrumentalista da ciência já eram, em termos gerais, muito bem tolerados¹⁹¹. A tendência atual parece indicar a total reabilitação da categoria. Os ritos especiais passam a ser tidos como uma necessidade imposta por disposições de estofo constitucional, embora se possa questionar se a melhor saída seja, realmente, a previsão de procedimentos diferenciados.

Nessa trilha vai, *e. g.*, Luiz Guilherme Marinoni, para quem o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva impõe que o legislador institua procedimentos aptos à realização das vantagens definidas pelo ângulo do direito material. Toda a técnica processual deve ser competente para garantir a tutela de direitos, algo que pode passar pela criação de procedimentos especiais, embora essa alternativa, no fundo, seja utópica, pois não há como estabelecer ritos adequados para cada específica situação de direito material para a qual se justifique uma solução diferente da ordinária. Mais do que procedimentos especiais, sente-se a

processual. Tomando trabalho de Ronaldo Cunha Campos como exemplificativo da tese, Adroaldo Furtado Fabrício consignava, para criticá-la em seguida, que certos setores da doutrina viam “na existência de tais procedimentos uma concessão à idéia de subordinação do Direito Processual ao Direito Material”, “questionando em termos estritamente técnico-jurídicos a admissibilidade do procedimento especial como categoria” (Justificação teórica dos procedimentos especiais, *op. cit.*, p. 8). A posição de Ronaldo Cunha Campos já era criticada em meados da década de 1970, pois ela significava “fidelidade ao princípio de que o procedimento deve adequar-se à função processual e não ao direito material invocado. Mas, na verdade, assim, não deve ser, porque os procedimentos não de corresponder à natureza da pretensão” (ASSIS, Jacy de, Os procedimentos especiais na sistemática processual brasileira, *op. cit.*, p. 179).

¹⁹¹ A posição de Adroaldo Furtado Fabrício no ensaio que vem sendo citado, publicado em 1995, deve representar adequadamente a tolerante, quase abonadora, visão do instrumentalismo acerca dos procedimentos especiais. Em princípio, “a generalização do procedimento ordinário deveria ser a mais ampla possível, com a decorrente redução dos ritos especiais”. Mas a categoria não deve ser condenada ao desaparecimento. O “que se impõe é uma criteriosa seleção dos casos para os quais o trâmite ordinário seria realmente inadequado ou superabundante em atos ou formalidades” (Justificação teórica dos procedimentos especiais, *op. cit.*, p. 6 e 12).

necessidade de que sejam editadas normas processuais abertas, aptas para fazer frente às exigências da situação concreta¹⁹².

Presentemente, as críticas aos procedimentos especiais já não dizem mais respeito à categoria em si, como se se tratasse de uma indevida concessão ao direito material, atrasado e immanentista. As censuras referem-se à profusão de ritos diferenciados, aspecto componente de um problema maior, alusivo à manutenção de um sistema complexo e burocrático, que se perde na discussão de formalidades em vez de lidar com o direito substancial¹⁹³. Trata-se de uma vertente do clamor doutrinário por flexibilidade e deformalização ritual, questão que será analisada mais adiante.

Registre-se, por fim, que a adequação procedimental legal encontra expressão não apenas na positivação de procedimentos especiais, mas também em certas regras específicas, que alteram o rito comum em função, muitas vezes, de características ligadas aos sujeitos processuais, em adaptação subjetiva. As hipóteses são abundantes. Por exemplo, a Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (CPC, art. 188). Ressalvadas algumas hipóteses, é necessário o reexame das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública (art. 475). É competente o foro domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos (art. 100, II). Nas causas que envolvam interesses de incapazes, é obrigatória a intervenção do Ministério Público (art. 82, I).

Em certos casos, assegurando que a demanda deva seguir o rito ordinário, a lei prevê, porém, regras procedimentais particulares. É a situação da ação civil pública, que se processa, conforme se entende, pelo rito ordinário, com algumas modificações (vide, *e. g.*, o art. 94 do CDC). É também o que acontece com a ação popular, cujo desenrolar contém relevantes especificidades (Lei 4.717/1965, art. 7º e ss.). Na ação de improbidade ocorre uma notificação prévia do réu, seguindo-se o curso definido pelo rito padrão (Lei 8.429/1992, art. 17, *caput* e §§ 7º a 9º).

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., *passim*, p. 119 e 434-7, *e. g.* A reviravolta fica evidente com a percepção de que no presente o anacronismo estaria não na existência de procedimentos especiais, mas na opinião ainda difundida de que eles seriam reminiscências do período anterior à descoberta da relação jurídica processual. Como diz Marinoni, “se hoje é possível falar em resquício, esse certamente não é ligado ao imanentismo, mas sim à época em que os juristas confundiram autonomia com neutralidade do processo” (Ibid., p. 434).

¹⁹³ Nessa linha: ARAGÃO, Egas D. Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 358, p. 49-58, nov./dez. 2001.

2.5 Adequação procedimental convencional

São raras as manifestações no direito positivo brasileiro de disposições que autorizem as partes a regularem por si mesmas, ou em conjunto com o juiz, o caminho que pretendem seguir para o fim de resolverem o litígio que as envolve. Essa situação deve decorrer da concepção, hoje pacífica, de que o processo constitui ramo do direito público. A relação jurídica processual é de caráter público e, segue o raciocínio, não pode ficar à mercê da vontade dos particulares, nem sob o arbítrio do juiz. O direito processual é feito de normas cogentes, que regem o exercício do poder do Estado, na espécie jurisdicional. A regulação do procedimento é, enfim, matéria de ordem pública. As partes nada podem convencionar acerca dele, nem o juiz pode modificá-lo. A lei resolve o problema procedimental¹⁹⁴.

No fundo, aqui se está diante, outra vez, de eco contemporâneo do magistral desenvolvimento da ciência do processo no período sistemático da disciplina, com sua articulação, como se acontecer, com o direito liberal e seu fetichismo legalista e conceitualista. O processo é uma relação jurídica. A relação jurídica é de direito público. Não pode haver, assim, disponibilidade em torno dela. A lei é cogente. Nem o juiz pode dispor acerca do procedimento. A lei exaure as regras pertinentes. Ao juiz compete aplicar as que existam. Paciência é a solução para os casos em que se verifica não haver técnica procedimental adequada.

Como tantas construções do processualismo e seus indisfarçáveis compromissos ideológicos, também essa veio a mostrar falhas de projeto e, mais importante, a se revelar inadequada para as exigências sociopolíticas correntes. Nestas alturas, qualquer um pode constatar que do reconhecimento do caráter público do processo, aspecto indisputado, não deflui necessariamente, em absoluto, vedação a que se atribuam maiores poderes em matéria de procedimento aos sujeitos processuais. Vale dizer, nada impede que as normas sobre procedimento, de caráter público, remetam-se à vontade dos litigantes, para que possam definir, com o abono, ao menos, do juiz, o *iter* que repute adequado para a solução da pendenga.

Imagina-se que semelhante giro, em curso no presente instante, acabe se consolidando no futuro, pois resulta em arranjo plenamente afinado com os clamores da época

¹⁹⁴ Fernando da Fonseca Gajardoni examina a abordagem convencional acerca do que é (ou deva ser) o regime procedimental brasileiro (*Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 80-4), matéria que será examinada futuramente. Por ora basta rememorar que para a doutrina corrente “as normas de direito processual, como regra, são de ordem pública e cogentes, especialmente se tratantes de forma ou de prazos, sendo a dispositividade a mais absoluta exceção” (Ibid., p. 80).

em que se vive. Procedimento na lei, rígido e obrigatório, serve, sobretudo, para passar atestado acerca da potestade estatal, maiormente da gloriosa soberania do parlamento, o proprietário do Direito. Maior disponibilidade procedimental, com o decorrente incremento do poder dos juízes, serviria para atender eventuais necessidades do cidadão jurisdicionado. A tônica ideológica hodierna exige qualidade do sistema de justiça, não regras para dar sinal do poder soberano. Não subsiste, ademais, aquele velho pavor em relação aos juízes, tampouco se mantém a doutrina política da separação dos poderes com aquela austeridade originária.

Dentro daquela ótica funcional e administrativa, que concebe a atividade jurisdicional como serviço público acima de tudo, concretamente constatam-se as variadas inovações surgidas no contexto do chamado gerenciamento do processo. A renovadora abordagem na solução de conflitos, que abrange uma revolução na técnica procedimental, espalha-se pelos sistemas de *common law* desde a década de 1970. Já foi acolhida em França, tendo ecoado, em certa medida, também na Itália. O assunto será visto adiante. Por aqui importa apenas consignar que no modelo francês o gerenciamento envolve, além de ampla flexibilidade procedimental, a possibilidade de “contratualização” do processo, mecanismo por meio do qual juiz e partes acertam a forma de condução e desenvolvimento do procedimento¹⁹⁵.

Em nossa legislação atual, apesar do seu claro vínculo com inclinações científicas e ideológicas superadas ou em fase de superação, há alguns raros casos de dispositivos que concedem às partes a prerrogativa de pactuarem aspectos relativos ao procedimento. Podem elas acertar a suspensão do processo, que nunca poderá exceder a seis meses (art. 265, II, c/c § 3º), combinar a suspensão da execução (art. 791, II, c/c 265 II), ajustar a redução ou prorrogação dos prazos dilatatórios (art. 181), e também convencionar, por uma vez, o adiamento da audiência (CPC, art. 453, I).

Aliás, os prazos de suspensão do processo e da execução, inclusive por ausência de bens penhoráveis (CPC, art. 791, III), são considerados dilatatórios, assim como aquele relativo à prorrogação dos debates ao fim da instrução (art. 454). Esses casos constituem, conforme nota Fernando da Fonseca Gajardoni, os exemplos mais citados de prazos do gênero, que são, com efeito, bastante raros¹⁹⁶. Isso porque a “preponderância do sistema da legalidade das formas no CPC/73 fez com que a maioria esmagadora dos prazos de nosso sistema fosse considerada como peremptórios pela doutrina e jurisprudência, ou seja, sem

¹⁹⁵ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 167-199, mar. 2011, p. 187 et seq.

¹⁹⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 209.

possibilidade de flexibilização judicial”¹⁹⁷. Terminou praticamente esvaziado o art. 181 do CPC na parte em que cogita de prazos dilatatórios. A rigidez procedimental decorre, no aspecto, menos da lei do que da interpretação que dela foi feita.

De lege lata, por via doutrinária e jurisprudencial, conviria rever, para produzir flexibilidade procedimental, os entendimentos que levaram ao estado atual, em que (quase) todos os prazos são peremptórios. Pode-se considerar, ademais, que “seria interessante, *de lege ferenda*, ampliar a possibilidade de as partes celebrarem negócio jurídico processual quanto ao prazo”¹⁹⁸. O interesse particular das partes em cada caso há que ser conciliado, porém, com o interesse geral pela boa administração da justiça. Tem bem maiores potencialidades, inclusive para além da mera definição de prazos, a perspectiva do gerenciamento de processos, que pode articular soluções aceitáveis para os dois polos envolvidos. A matéria será abordada posteriormente, junto com o estudo que se fará acerca do direito estrangeiro.

2.6 Adequação procedimental judicial típica

Piero Calamandrei constatava, ao comentar a reforma do direito processual de seu país ocorrida em meados do século passado, que, quanto ao procedimento, a fundamental inovação residia, em vez de na liberdade das formas entrevista por alguns, na positivação de regras inspiradas no princípio da adaptabilidade ou elasticidade do procedimento¹⁹⁹. A cada etapa do *iter*, “as partes e o juiz encontram diante de si, oferecidas pela lei a sua eleição, múltiplos caminhos e lhes corresponde escolher, segundo as necessidades do caso, o mais largo [sic] ou os atalhos”²⁰⁰.

Ao invés de articular o procedimento “todo de uma peça, [a lei] o construiu como um mecanismo composto de peças desmontáveis e combináveis entre si, de distintas maneiras”²⁰¹. A solução, concluía Calamandrei, era intermediária. Ficavam obviados os “perigos que derivariam do fato de deixar que o juiz se converta em árbitro absoluto do procedimento”²⁰², ao mesmo tempo em que, combatendo as inconveniências da rigidez ritual,

¹⁹⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 209.

¹⁹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 221.

¹⁹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, v. I, p. 264-73 e 312-5.

²⁰⁰ CALAMANDREI, Piero, *Instituições de direito processual civil*, op. cit., p. 314, citando o Relatório Grandi.

²⁰¹ CALAMANDREI, Piero, *Instituições de direito processual civil*, op. cit., p. 314, citando o Relatório Grandi.

²⁰² CALAMANDREI, Piero, *Instituições de direito processual civil*, op. cit., p. 314, citando o Relatório Grandi.

permitia-se aos sujeitos processuais montar o procedimento “a cada caso, do modo mais conforme aos fins da Justiça”²⁰³.

Posto que restritas a um tópico específico, as reflexões do célebre processualista se enquadram, perfeitamente, no amplo ângulo de análise que Galeno de Lacerda chamou de adequação do processo. A lei processual italiana passava a incorporar regras permissivas, que autorizavam a seleção, conforme as circunstâncias do caso, de um ou outro rumo procedimental. Trata-se, claramente, de manifestação do princípio da adequação procedimental. A lei vinha a deferir ao juiz e às partes a prerrogativa de eleger, diante da concreta situação, em certos pontos do itinerário, o curso procedimental mais apropriado entre aqueles cogitados abstratamente.

Situações com essa configuração, na tipologia adotada no presente estudo, encerram hipóteses de adequação procedimental judicial típica. No direito brasileiro, são inúmeros os casos do gênero, em que compete ao juiz deliberar concretamente acerca da questão procedimental, que é regulada de modo flexível no plano legislativo. Como anota Fredie Souza Didier Júnior, embora caiba ao legislador adequar o procedimento, nada “impede, entretanto, antes aconselha, 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”²⁰⁴.

Na adequação procedimental judicial típica, assim, há uma disposição legal que prevê diferentes possibilidades em matéria de procedimento, cabendo ao juiz, diante do caso, especificar o caminho a trilhar. O rito é maleável. Até certo ponto, pode-se transmudar para bem atender à situação concreta. Nessa modalidade de adequação procedimental ocorre uma espécie de compartilhamento do trabalho entre legislador e juiz. O primeiro estipula o procedimento, mas o faz com o enxerto, aqui e ali, de alternativas rituais. Dentro das vias legalmente admitidas, o segundo, para bem manejar o caso concreto, seleciona, por vezes ouvindo as partes, o concreto itinerário.

²⁰³ CALAMANDREI, Piero, *Instituições de direito processual civil*, op. cit., p. 314, citando o Relatório Grandi. Semelhantemente, em ensaio recentíssimo sobre o nosso contexto, considera-se “que a mera previsão de um rito único, de uma única sequência de atos processuais com vistas ao exercício da jurisdição, não é suficiente para assegurar, devidamente, o respeito às garantias de um processo justo em todos os casos. Em contrapartida, a ausência de qualquer regramento legal do procedimento favorece o arbítrio. Ainda, se a lei dispõe uma infinidade de procedimentos, a complexidade do processo pode ser inimiga de sua efetividade” (BODART, Bruno Vinícius da Rós, *Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro*, op. cit., p. 73).

²⁰⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza, *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo...*, op. cit., p. 10.

Pondo em dúvida a hipótese de que a reação ao mito da uniformidade procedimental, como articulada por certa doutrina, pudesse ser conduzida por meio de tutelas diferenciadas, Luiz Guilherme Marinoni obtempera que parece “fácil concluir que é utópico admitir que o legislador pode construir tantos procedimentos quantos forem as situações de direito substancial carentes de tutela”²⁰⁵. Ainda que isso pudesse ser feito, a evolução da sociedade, com o surgimento de situações novas e a revisão da compreensão sobre casos conhecidos, faria com que o legislador acabasse sempre “atrasado em relação às necessidades de tutela do direito material”²⁰⁶.

Desse prisma, a adequação do procedimento, portanto, nem poderia ser feita apenas no plano puramente legislativo, abstratamente, com a edição de um sem-número de ritos especiais, que seriam ainda assim sempre insuficientes. O legislador, mesmo que não quisesse, tem que prever procedimentos flexíveis. Hoje isso é exigência, aliás, que se pode fazer com base em princípios constitucionais. Uma saída, tradicional, é a estipulação de regras com alternativas, cada uma delas, porém, claramente definida. Recentemente, a estratégia preferencial tem sido outra, com a introdução de normas abertas na área do direito processual, pelo que se acaba transferindo para o juiz, sem muitas referências, a prerrogativa de especificar o procedimento em cada caso. É a flexibilização do direito tomando corpo na seara processual.

Nos últimos anos, constata Marinoni, o legislador apressou-se em “editar normas processuais abertas, voltadas a permitir a concretização das técnicas processuais adequadas ao caso concreto”, porquanto “não pode antever as necessidades do direito material e, por razão mais evidente, as circunstâncias que apenas podem ser reveladas no caso concreto”²⁰⁷. Casos modelares são os relativos à antecipação da tutela (CPC, art. 273) e à execução das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A). Com a introdução dessas normas abertas, tem lugar uma grave transformação no sistema, circunstância que não “é percebida pelos doutrinadores e operadores do direito ainda familiarizados com a estrutura formada pelo procedimento comum e pelos procedimentos especiais, o primeiro visto como forma padrão e os últimos como exceções”²⁰⁸.

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 435.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 435.

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 435.

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 435. Fernando da Fonseca Gajardoni identifica três sistemas de flexibilização procedimental: legal, judicial e convencional (*Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 138-9). Para o estudioso, nosso país, por “ser vinculado ao sistema da legalidade das formas”, filiou-se, “preponderantemente, ao primeiro regime de flexibilização procedimental, com ampla

Essas novidades acabam abalando, pois, o tradicional arranjo em matéria de procedimento previsto na legislação pátria. O significado delas, a bem dizer, é, porém, muito mais profundo, como, aliás, já mencionado anteriormente na presente investigação. Elas concedem ao juiz, para garantir eficácia tutelar, possibilidades outrora desconhecidas. Exercitando tais poderes, ele afetará diretamente a situação jurídica de direito material. No caso da tutela antecipada, o ponto central não é a mudança do procedimento em si considerada, mas a viabilidade de pronta intervenção na realidade substancial, independentemente de cognição exauriente e de processo executivo. No que toca à execução das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, as repercussões rituais decorrentes da alteração do regime respectivo não constituem mais, no quadro geral, do que epifenômenos – com exceção, claro, do sincretismo entre cognição e execução, novidade procedimental cuja importância não poderia ser exagerada.

É interessante observar o enorme hiato que aparta, de um lado, aquele arranjo a que aludia Calamandrei e, de outro, este que se estratifica por meio de normas processuais abertas. No primeiro caso, que segue a técnica casuística, o grau de flexibilidade procedimental é baixo, pois as alternativas, conquanto existam, são as previstas na lei. Na segunda hipótese, de regulação por cláusulas gerais, a maleabilidade do rito é muito maior, pois a norma autoriza a adequação do procedimento genericamente, sem detalhar ou restringir específicas alternativas²⁰⁹.

Como quer que seja, o certo é que o direito positivo brasileiro está repleto de disposições que franqueiam, com maior ou menor amplitude, a adequação procedimental judicial. O grande número de regras da espécie chega até a surpreender as estimativas sugeridas pela intuição mais natural acerca do assunto, decerto influenciada pela concepção, absorvida inconscientemente por quem estuda direito processual, de que é o legislador,

incidência do modelo legal de tramitações procedimentais alternativas em detrimento do modelo legal genérico de flexibilização” (Ibid., p. 139). Talvez fosse melhor falar em “formas” não em “sistemas” de flexibilização, já que as diferentes técnicas ductilizantes costumam conviver em um mesmo ordenamento. Ademais, a penetração de cláusulas abertas no direito processual, quanto mais quando consorciada com a constitucionalizada dogmática principiológica pós-positivista, sugere a desatualização da apreciação de que estamos vinculados principalmente à flexibilidade legal.

²⁰⁹ Por causa disso, em estudo mais detalhado, que se debruçasse dogmaticamente sobre cada hipótese, conviria esmiuçar a classificação da adequação procedimental judicial típica em função dessa circunstância. É o que fez Fernando da Fonseca, subdividindo o conjunto em dois grupos, referindo-os por “flexibilidade procedimental legal genérica” e “flexibilidade procedimental legal alternativa”. O autor identifica cinco casos de adequação procedimental judicial típica cuja base normativa é genérica (flexibilidade procedimental legal genérica): art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 1.109 do CPC (jurisdição voluntária), art. 21 da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), art. 6º da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995), e arts. 461, § 5º, e 461-A, § 3º, do CPC, além do art. 84, § 5º, do CDC (atipicidade das medidas executivas nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa) (Cf.: *Flexibilização procedimental...*, op. cit., cap. 5).

sozinho, quem cuida do procedimento. A observação atenta capta em todo o lugar comandos do tipo. No rito ordinário, em procedimentos especiais. Em sede recursal, no campo da execução. No CPC e fora dele.

Convém aviar alguns exemplos. O CPC concede ao juiz um poder geral de cautela (art. 798), bem como outro alusivo à antecipação da tutela (art. 273). Prevê a possibilidade de dispensa da audiência preliminar (art. 331, § 3º), de dispensa da audiência de instrução (art. 331, § 2º) e de julgamento antecipado (CPC, art. 330). O juiz fixará o prazo para depósito do rol de testemunhas (art. 407). Determinará os prazos quando a lei for omissa, tendo em vista a complexidade da causa (art. 177). Pode tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes (art. 125, I). Nas comarcas onde for difícil o transporte, pode prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de sessenta dias, tirante a hipótese de calamidade pública (art. 182, *caput* e p. u.). Em certas hipóteses, o procedimento sumário pode ser convertido em ordinário (art. 277, §§ 4º e 5º). O prazo para os debates ao final da instrução pode ser prorrogado, a critério do juiz (art. 454). Tem-se a atipicidade das medidas executivas nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa distinta de dinheiro (art. 461, § 5º, e 461-A, § 3º). O prazo da resposta à ação rescisória será fixado pelo relator, observados o mínimo de quinze e o máximo de trinta dias (art. 491). Na jurisdição voluntária, o procedimento é definido pelo juiz (art. 1.109)²¹⁰.

Em certos casos, o reexame necessário é dispensado (art. 475, § 2º e 3º). A apelação não será recebida caso a sentença esteja de acordo com súmula dos tribunais superiores (art. 518, § 1º). Em algumas hipóteses, recursos podem ser decididos monocraticamente (arts. 527, I, e 557, *caput* e § 1º-A). Há um conjunto de possibilidades para o processamento de agravos contra decisões que inadmitiram recursos especiais e extraordinários (art. 544, § 4º). O recurso extraordinário não será conhecido caso a questão constitucional envolvida não seja relevante (art. 543-A). Há uma sistemática especial de processamento para as situações em que se constate a existência de uma multiplicidade de recursos especiais ou extraordinários juridicamente idênticos (arts. 543-C e 543-B).

Em matéria alusiva à infância ou juventude, se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto em lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público (Estatuto da

²¹⁰ A matéria é objeto de disputas, porém. Há quem entenda que o procedimento ordinário constitua o rito padrão na jurisdição voluntária. Citando Cândido Rangel Dinamarco como defensor dessa posição, Fernando da Fonseca Gajardoni sustenta tese diversa ao concluir que, observada a finalidade, o contraditório e a motivação, “pode o juiz, à luz da equidade, eleger qual o melhor procedimento para a sua atuação em sede de jurisdição voluntária, alterando, excluindo ou acrescentando ato processual à série padrão” (*Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 146).

Criança e do Adolescente, art. 153). Nos juizados especiais, impera a flexibilidade procedimental (Lei 9.099/1995, art. 6º)²¹¹. No âmbito da arbitragem, o procedimento é pactuado pelas partes ou definido pelo árbitro (Lei 9.307/1996, art. 21, *caput* e § 1º). O ônus da prova pode ser invertido em favor do consumidor (CDC, art. 6º, VIII)...

2.7 O (sub)princípio da adequação procedimental

Uma das virtudes dos princípios jurídicos, essa menos vulgarizada, diz respeito à sua capacidade de tornar inteligível um conjunto de regras aparentemente desarticuladas. É mais fácil compreender o direito administrativo caso se tenha em consideração o princípio da legalidade nos termos em que é concebido naquela seara. Específicas disposições do direito do trabalho são mais assimiláveis para quem tenha antes tomado ciência acerca do princípio da proteção do trabalhador. O conhecimento acerca do princípio da autonomia da vontade não seria tão elucidativo no campo trabalhista, mas é fundamental à perfeita absorção do direito civil. Enfim, a obra é mais bem conhecida quando são captados os fundamentos que lhe sustentam. Em cada área do direito há um conjunto de princípios que exercem esse papel estruturante²¹².

Sendo isso verdadeiro, então também é correto, pela ótica inversa, que um enunciado normativo possa ser reconhecido como princípio na medida em que seja capaz de tornar compreensível um determinado conjunto de regras contidas no sistema. Essa metodologia é insuficiente e pode falhar, sem dúvida. É possível que venha a apontar como princípios disposições especialmente relevantes que, na verdade, são regras jurídicas, a exemplo da norma em função da qual é vedado exigir tributo sem lei anterior que o estabeleça. Em épocas de transição, particularmente, não poderá ser aplicada com tanto sucesso. Veja-se, por exemplo, o caso, contemporâneo, do regime dos meios executivos. Há

²¹¹ Conforme a avaliação de Fernando da Fonseca Gajardoni, que examinou a controvertida temática, a começar pela definição acerca da existência, realmente, de autorização para julgamento por equidade nos juizados especiais (Cf.: *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 151-5). Sobre o aspecto processual, Gajardoni pontifica que “há amparo legal e doutrinário para que o julgador, ao menos no sistema dos Juizados que cuida, *em tese*, de causas de menor valor, inove no âmbito procedimental, criando ou mesclando procedimentos diversos, fundamentadamente, para o fim de alcançar uma justa e equânime decisão, ainda que com o afastamento dos padrões legislativos abstratos” (Ibid., p. 153-4).

²¹² Como registra Neil MacCormick, ao elucidar por que a coerência justifica decisões jurídicas, “poucas pessoas podem saber os pequenos detalhes do Direito”, donde ser “mais provável que o Direito seja inteligível nos seus efeitos e previsível na sua aplicação se for representado concretamente por uma série razoavelmente pequena de princípios gerais que podem ser concebidos como parte do senso comum da comunidade” (*Retórica e Estado de Direito*, op. cit., p. 263).

pouco orientado pela regra da tipicidade, hoje acolhe o princípio da atipicidade no tocante à execução das obrigações de fazer, não fazer, e entregar coisa (distinta de dinheiro).

Apesar dos pesares, a noção de que uma capacidade elucidativa relevante aponta a possibilidade de que se esteja diante de um princípio oferece uma diretriz razoavelmente consistente para a identificação de normas do gênero. Por evidente, nada impede que seja combinada com outros métodos de investigação. O teste acerca do potencial de decidibilidade da norma também costuma ser útil. Na lição de Humberto Ávila, as “regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência”²¹³, já os “princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade”²¹⁴. As regras geralmente especificam o que deve ser feito. Fornecem razões normativas definitivas, premissas bastantes. Os princípios apenas sugerem determinado sentido decisório. Aportam razões inconclusivas, premissas insuficientes.

Correntemente, os princípios jurídicos desfrutam de um elevadíssimo prestígio. Apresentam uma atração irresistível, geralmente acompanhada por um irrefletido menosprezo às regras. O amor aos princípios é muitas vezes formal e o ódio às regras sempre injustificado. Basta algo ser princípio para que seja objeto de melífluas loas. Que as regras são concretizações constitucionais ou legislativas de princípios jurídicos é uma realidade largamente ignorada. O clima festivo ao redor do assunto redundava, como costuma acontecer em circunstâncias tais, em disseminada ausência de exatidão analítica.

O resultado final disso tudo, isto é, da glorificação dos princípios combinada com certa carência de rigor científico, é a acelerada e acrítica multiplicação do direito principiológico. Novos supostos princípios aparecem aqui e ali, do dia para a noite. Costumeiramente, faltam razões explicativas acerca do surgimento do rebento e de sua utilidade dogmática. A prudência sugere, diante disso, que se mantenha certa desconfiança perante o raiar de um novo (candidato a) princípio. Talvez não se trate, a rigor, de um princípio. Talvez o reduzido alcance da norma desaconselhe tratá-la como princípio. A diretriz segundo a qual um verdadeiro princípio deve ter capacidade elucidativa sobre um conjunto de regras promete oferecer, muitas vezes, um norte razoavelmente seguro, ainda mais quando associada ao teste de decidibilidade.

²¹³ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 78.

²¹⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 78.

Seja como for, soa muito segura a afirmação de que existe, no direito processual brasileiro vigente, um princípio bem assentado e cada vez mais lembrado, segundo o qual o procedimento deve ser adequado a certas circunstâncias referentes, quase sempre, à situação jurídica de direito material. Tendo esse princípio em consideração, torna-se bem mais cognoscível a circunstância de haver um conjunto considerável de procedimentos especiais ao lado do rito comum ordinário. E a de existir um sem-número de normas procedimentais flexíveis, algumas com alternativas mais ou menos definidas, outras sob a forma de cláusulas gerais processuais. Por si mesmo, a princípio da adequação não especifica nenhuma conduta. Ele indica, porém, a conveniência das disposições procedimentais maleáveis, bem como sugere a necessidade de que as regras positivadas sejam concebidas, quando razoavelmente possível, segundo uma lógica flexível, para que possam ser eventualmente adequadas às circunstâncias do caso.

Não se enganava Galeno de Lacerda ao pronunciar que o princípio da adequação do processo, que se apresenta com particular evidência em matéria procedimental, eleva-se “como princípio unitário e básico, a justificar, mesmo, a autonomia científica de uma teoria geral do processo”²¹⁵. O ensaio do aclamado jurista tinha em mira, sobretudo, atacar o insulamento do direito processual, colocando-o em relação direta com o direito material. Sintomaticamente, nele se asseverava que o CPC representa o sistema legal de adequação do processo aos sujeitos que dele participam (normalmente, os mesmos da relação jurídica de direito material), ao objeto sobre o qual atua (a afirmada relação jurídica de direito material controvertida) e aos fins da respectiva função judiciária (consoante a necessidade imposta pela crise do direito material), sempre tendo em vista a concreta declaração e realização do direito²¹⁶.

Nas atuais quadras da ciência, o problema alusivo ao resgate do processo de seu mergulho introspectivo não tem a mesma gravidade, afinal muito já se avançou desde aquela época. Outra mudança, igualmente importante, diz respeito ao fato de que a dogmática jurídica contemporânea opera segundo diferentes parâmetros, embalada que está pelas amplas e variadas novidades muitas vezes referidas, genericamente, pelo rótulo “pós-positivismo”. Aí tem lugar uma teoria dos direitos fundamentais e, a ela ligada, uma teoria normativa inovadora, que lida com regras, princípios e postulados.

²¹⁵ LACERDA, Galeno, O Código como sistema legal de adequação do processo, op. cit., p. 164.

²¹⁶ LACERDA, Galeno, O Código como sistema legal de adequação do processo, op. cit., *passim*.

Tudo isso mostra, enfim, que há motivos e razões para, preservando a essência, atualizar a compleição dogmática do princípio da adequação procedimental. Mais precisamente, a questão diz respeito à introdução de uma perspectiva adicional, complementar, em torno da noção alusiva à adequação do processo. Ainda que não tenha notado, a doutrina já vem fazendo, de resto, essa atualização do perfil dogmático da adequação processual. Vai-se passando de uma postura dogmático-descritiva para uma dogmático-operativa. Far-se-á aqui uma contribuição no mesmo sentido, ela que não tem nada de original, pois apenas representará uma sistematização de preleções já encontradas na literatura especializada.

Perseguindo o propósito, constata-se de plano, como óbvia primeira descoberta, que o princípio da adequação, por ser princípio, se recobre de todas as qualidades usualmente identificadas, hoje em dia, em figuras da espécie. Notadamente, apura-se que o cânone não se exaure como diretriz de técnica legislativa nem como orientação acadêmica porventura útil à colmatação de lacunas. Trata-se de uma norma jurídica presente em nosso direito positivo, embora não tenha expressão textual. Ela permeia o ordenamento, manifestando-se em disposições específicas, que a concretizam. Raciocínio indutivo permite atestar-lhe, estreme de dúvida, a existência.

Averiguada a existência de um princípio da adequação procedimental, com estatura de norma jurídica, surge naturalmente a questão de saber se se trata de disposição de nível constitucional ou infraconstitucional. Para bem resolver esse problema, convém inicialmente apontar que, segundo se vislumbra, o princípio da adequação procedimental não chega a ter substância própria. A bem dizer, há tão-só uma ideia-força, uma ótica de análise, uma noção de que o procedimento não tem sentido em si mesmo. Ele deve ser adequado, assim como todo instrumento deve ser adequado. Se o direito também é instrumento para certos fins, digamos aqueles previstos no âmbito constitucional, então ele todo igualmente haverá que ser adequado. De tal ponto de vista, a exigência de adequação deve ser praticamente universal.

Não foi possível identificar alguém que tenha notado a circunstância ou, ao menos, que tenha tido a franqueza de explicitá-la. Talvez assim o seja porque a constatação leva a objeções quiçá irrespondíveis. Ora, se a noção de adequação é geral, porque será que haveria de ser concebida como princípio quando referida ao processo e ao procedimento? Não

se trata, realmente, apenas uma perspectiva de análise²¹⁷? Há sem dúvida um problema aqui. Ele pode ser relevado, porém, pela consideração das virtudes oferecidas pela adoção de um prisma transprincipiológico, donde se acaba por extrair, com substância normativa derivada, um verdadeiro (sub)princípio da adequação inerente a cada princípio processual que tenha pertinência com o procedimento, importando, sobretudo, constitucionalizar a matéria²¹⁸.

Em termos gerais, pode-se dizer que o procedimento tem que dar conta de atender as determinações, muitas vezes contraditórias, derivadas de dois super ou sobreprincípios processuais. De um lado, há o sobremaneira conhecido (sobre)princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), ao qual poderiam ser vinculados, entre outras normas, os princípios ou regras referentes ao contraditório, ampla defesa, igualdade, publicidade, motivação e juiz natural²¹⁹. De outro lado, o menos vulgarizado, mas cada vez mais presente, (sobre)princípio da tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV), em cujo âmbito poderiam ser incluídas, entre outras disposições, as regras ou princípios atinentes à inafastabilidade da jurisdição, acesso à justiça, celeridade e efetividade²²⁰⁻²²¹.

²¹⁷ “Instrumentalismo” e “adequação”, como examinado previamente, são ideias muito próximas. Apesar da disseminação do instrumentalismo, a partir dele não se espalhou um específico “princípio da instrumentalidade procedimental” com conteúdo análogo ao “princípio da adequação procedimental”. Na clássica obra de Cândido Rangel Dinamarco, com a expressão “princípio da instrumentalidade” faz-se referência, particularmente, à necessidade de abrandar as formas. Na conclusão, consta pretender-se que “em tomo do princípio da instrumentalidade do processo se estabeleça um novo método do pensamento do processualista e do profissional do foro” (*A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 365).

²¹⁸ A proposta de escalonamento das normas em regras, subprincípios, princípios e sobreprincípios pode ser extraída da obra de Humberto Bergmann Ávila (*Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 97 e ss.), que, aliás, reconhece no devido processo legal um sobreprincípio (Ibid., p. 98-9).

²¹⁹ Nessa direção, por exemplo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (*Teoria geral do processo*, op. cit., p. 88-91), e Fredie Souza Didier Júnior, que também vincula o acesso à justiça ao princípio do devido processo legal (*Curso de direito processual civil*, v. 1, op. cit., p. 41-5).

²²⁰ Na pioneira e atrativa inteligência de Luiz Guilherme Marinoni, a norma constitucional do art. 5º, XXXV, da Constituição, segundo a qual a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, encerra o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, cuja ampla extensão congloba o direito a pedir tutela jurisdicional, a ter acesso à justiça, à razoável duração do processo, ao acautelamento e à antecipação da tutela, à sentença e ao meio executivo capaz de concretizar factualmente o direito material vindicado. É a moderna feição do direito de ação, concebido não como um ato solitário invocador da jurisdição e que mira o julgamento do pedido, mas sim como uma prerrogativa que se desenvolve ao longo do procedimento, exaurindo-se apenas com a efetiva tutela do direito material (*Teoria geral do processo*, op. cit., *passim*, p. 219-25, v. g.).

²²¹ Essa concepção, que polariza dois superprincípios, não traz nenhuma novidade, embora o mais comum seja ver o *due process of law* considerado como o megaprincípio do qual decorrem todos os demais. Sem ajustes relevantes, estamos adotando a sistematização que aparece, já bem desenvolvida, em trabalho vanguardista de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, publicado há cerca de uma década. Em ensaio daqueles que, singelos à primeira vista, mostram-se verdadeiramente impressionantes, o ilustre professor captou magistralmente o núcleo do problema, em termos gerais, aliás: “Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam o que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder num determinado espaço social e temporal. Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica” (*O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: _____ (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1-2). Na visão do estudioso, devem ser considerados especialmente dois grupos de direitos fundamentais. Por um lado, ao valor da

Nas funções do procedimento, definidas por princípios constitucionais, é que se deve reconhecer, no plano dogmático-operativo, o conteúdo daquilo para que, no final das contas, o rito tem que ser adequado. Ele deve ser concebido de forma a garantir que as partes usufruam dos direitos pertinentes ao devido processo legal e, concomitantemente, à tutela jurisdicional efetiva. Nessas condições, nunca há como satisfazer plenamente a um dos princípios colidentes. O acesso à justiça não pode ser viabilizado sem o processo devido, donde competir ao procedimento, por exemplo, garantir o contraditório, ainda que diferido ou eventual. E o processo devido não pode, desnaturando-se, obstaculizar a efetiva proteção do direito material, cabendo ao procedimento a promoção também desse desiderato.

No arranjo que se apresenta, o princípio da adequação procedimental constitui, rigorosamente, um subprincípio, sempre vinculado imediatamente a um princípio e mediamente quer ao sobreprincípio do devido processo quer ao sobreprincípio da tutela jurisdicional efetiva. Por exemplo, na falta de expressa disposição legal que preveja o contraditório em ponto no qual ele se revele necessário por força da norma constitucional correlata (princípio), há que se adequar o procedimento de forma a viabilizar a participação da parte (subprincípio), *praeter* e mesmo *contra legem*, garantindo-se, assim, o devido processo (sobreprincípio). Outro exemplo, diante da ausência de técnica processual que viabilize a satisfatória proteção do direito material (sobreprincípio), compete ao juiz preencher a lacuna

efetividade é atrelada, em destaque, justamente, a garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV). Por outro, ao valor da segurança jurídica é vinculado, com realce, precisamente, o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) (Cf.: *Ibid.*, p. 12-5). Conforme pudemos apurar por meio de pesquisa no sistema da RVBI, esse trabalho, originalmente dado à estampa em 2002, teve uma amplíssima divulgação editorial, aparecendo numa dúzia de periódicos. No conjunto, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira identifica quatro valores como fatores externos ao formalismo: justiça, segurança, paz social e efetividade. Como visto, a segurança é relacionada ao devido processo e a efetividade à inafastabilidade da jurisdição, vetores potencialmente antagônicos (Vide em *Do formalismo no processo civil...*, op. cit., p. 98 et. seq.). Em outro estudo, a tensão entre efetividade tutelar (direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva) e devido processo legal (processo justo, segurança, garantismo) também aparece nitidamente, em contexto de balanço sobre as mudanças do direito processual desde o Código Buzaid: “é preciso atentar em que o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF/1988) deve necessariamente conviver com o direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, da CF/1988), que constitui inafastável respaldo da segurança própria do Estado Constitucional e Democrático de Direito” (Processo civil brasileiro e codificação – Palestra proferida nas Jornadas em Homenagem a Paolo Grossi, realizadas na Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 4 e 5 jun. 2009. *Revista de processo*, São Paulo, v. 35, n. 179, p. 261-271, jan. 2010, p. 270). Convém registrar, ainda, que Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco já haviam anotado que hoje, “mais do que nunca, a justiça penal e a civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ordem jurídica justa” (*Teoria geral do processo*, op. cit., p. 90). A propósito, recorde-se que não é a primeira vez que uma área do direito é visualizada por uma ótica que entrevê dois superprincípios até certo ponto contraditórios, articuladores não obstante de todos os demais. No direito administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro identifica na legalidade e na supremacia do interesse público os dois princípios fundamentais, a partir dos quais são construídos os outros (*Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 81-5).

legal por meio da identificação de solução hábil à exigência de eficácia tutelar (princípio), perseguindo, então, o rito que se anuncie adequado (subprincípio)²²².

Enfim, a adequação procedimental deve servir de meio à eficácia dos direitos fundamentais processuais, tanto em uma perspectiva intransitiva (devido processo, processo justo) quanto em uma transitiva, dirigida à proteção do direito material (acesso à justiça, tutela jurisdicional efetiva). O assim chamado princípio da adequação procedimental estrutura-se a partir da constatação de que o rito tem que ser capaz de bem garantir – na medida do possível, ponderando-se *in concreto* os vetores normativos que venham a apontar para direção opostas – o exercício dos direitos fundamentais extraíveis dos princípios processuais de envergadura constitucional. Isso se obtém, muito preferencialmente, com a aplicação da lei. Ela pode ser integrada, ou mesmo descartada, porém, quando vier a se mostrar como um obstáculo ao exercício dos direitos fundamentais em função dos quais deve se organizar o procedimento.

Embora pareçam fornecer um quadro analítico promissor, essas diretrizes gerais, abstratas e normativistas, nada resolvem, como se reconhece. Cada situação específica há que ser enfrentada individualmente, tanto no plano abstrato como no concreto. A lei, naturalmente, deve ser considerada. Mas pode ser afastada quando inconstitucional, quer no seu relato abstrato quer na sua incidência na situação real. Avante, essas proposições serão mais bem examinadas, problematizadas e fundamentadas.

Por agora, mencione-se, derradeiramente, que a falta de substância própria e específica ao princípio da adequação procedimental faz com que haja certa confusão no seu manejo doutrinário. É verdade que quase sempre termina vinculado, direta ou indiretamente, com ênfases variadas em um ou em outro aspecto, tanto ao devido processo como à tutela jurisdicional efetiva. Não costuma haver, porém, tanta nitidez em torno disso, circunstância que não chega a suscitar graves problemas, embora obscureça o caráter acessório, mas polivalente, da norma que assegura a adequação do procedimento. Ao menos para o bem da

²²² Neste exemplo vê-se refletida a convincente tese de Luiz Guilherme Marinoni, já referida, no sentido de que a técnica processual deve viabilizar, não obstaculizar, a tutela de direitos, o que passa por uma postura mais ativa do juiz e pela superação do legalismo (*Teoria geral do processo*, op. cit., *passim*, p. 119-22 e 437, v. g.). A técnica processual envolve procedimentos, antecipação e acautelamento da tutela, sentenças e meios executivos. Devem ser compreendidos como concretizações do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, ilustrativamente, os procedimentos concebidos para viabilizar o acesso à justiça pelos menos favorecidos (juizados especiais), algumas das soluções procedimentais para específicas situações de direito substancial (possessórias), a atipicidade dos meios executivos e a técnica da antecipação da tutela (arts. 273 e 461 do CPC, e 84 do CDC) (Ibid., p. 211 e 274-5).

clareza analítica, parece melhor explicitar que a adequação ritual não se vincula a um só, mas a todos os princípios relacionáveis ao procedimento²²³.

²²³ Na linha aqui prestigiada, Luiz Guilherme Marinoni vincula a exigência de adequação procedimental ao direito fundamental a um processo devido e também, insistentemente, ao direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, sendo a legitimidade do procedimento dependente, ainda, de sua consonância com direitos fundamentais materiais, especialmente o direito à igualdade (*Teoria geral do processo*, op. cit., *passim*, sendo bem ilustrativas as p. 460-1 e 469-70). Fredie Souza Didier Júnior relaciona o princípio da adequação ao devido processo e ao direito fundamental à efetividade (*Curso de direito processual civil*, v. 1, op. cit., p. 68-73). A ideia de que o procedimento deve servir aos direitos fundamentais processuais vai-se disseminando na doutrina. Em outra observação bem próxima, no essencial, ao arranjo explicitado na presente investigação, já se disse que tem “lugar a adequação quando essa for necessária para otimizar a tutela e efetivar garantias processuais”, pois “procedimento adequado é aquele que, com a observância das garantias constitucionais e com a maior eficiência possível – entendendo-se eficiência como *celeridade* com *qualidade* – desenvolve-se para obter a resolução do conflito de uma forma *justa*, tanto do ponto de vista do direito processual como quanto do direito material” (MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de, A atuação do juiz na direção do processo, op. cit., p. 205 e 199). Já se reconheceu que a “adaptabilidade do procedimento é um *princípio processual constitucional*”, sendo que a sua aplicação deve preservar os “direitos fundamentais processuais insertos na Constituição Federal, quais sejam: contraditório, igualdade, inafastabilidade do controle jurisdicional e o devido processo legal” (PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. A adaptabilidade do procedimento: regra ou princípio? *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 5, n. 30, p. 40-55, maio/jun. 2009, p. 49 e 53).

3 Adequação procedimental judicial atípica

3.1 Colocação do problema

O procedimento é conformado, em primeiro lugar, pelo próprio legislador, que estabelece certas regras especiais para dadas circunstâncias e prevê ritos diferenciados para determinados casos. É a adequação procedimental legal. O legislador também positiva regras rituais flexíveis, às vezes inclusive por meio de normas abertas. Valendo-se dessas disposições maleáveis, o juiz prossegue com a atividade de adequação procedimental, muitas vezes ouvindo as partes antes de selecionar um específico caminho. É a adequação procedimental judicial típica.

Induvidoso é, porém, que a presciência do legislador jamais será capaz de adiantar regras diferenciadas e procedimentos especiais para todas as circunstâncias e causas que mereçam, tampouco conceber normas flexíveis, com o grau de maleabilidade apropriado, para todo o ponto do procedimento em que venham a se revelar oportunas. Ademais, a lei pode enrijecer aspectos que, claramente, deveriam ser regulados por meio de normas dúcteis. Ainda, pode vir a suceder uma omissão legal sobre ato que tem que ser realizado, de quando em quando por imperiosa necessidade.

Em uma palavra, o regime procedimental previsto na lei pode ser excessivamente rígido para atender com desenvoltura as expectativas que se tenha acerca dele. O problema pode ser estritamente abstrato, verificando-se que tal ou qual regra procedimental é canhestra por uma ou outra razão. Mas pode ser concreto, constatando-se que a norma procedimental, conquanto geralmente hábil, falha diante das particularidades de um determinado caso. O defeito pode ser alusivo a uma regra procedimental específica, a um conjunto de regras e, no limite, a um procedimento inteiro.

Diante de situações com essa silhueta, o que fazer? *Quid juris?* Por força do direito a um processo devido ou a uma tutela efetiva, há que se seguir o procedimento previsto na lei custe o que custar? Ou o devido processo e a efetividade tutelar comandam, na verdade, que se conceba, judicialmente, uma norma procedimental adequada para o caso? Caso seja positiva a resposta a essa última indagação, a adequação procedimental pode ser realizada apenas para suprir lacuna da lei ou também pode ser atuada quando for de encontro à

disposição legal? Genericamente, quais razões poderiam fundamentar a exigência de normas rituais flexíveis e de relativa disponibilidade da regra procedimental legal?

Em termos gerais, na concepção de direito centrada na lei, até há pouco prevalente, as opiniões tendem a aproximar o devido processo legal da ideia de seguir, ainda que pagando um preço muito caro, o procedimento previsto na norma infraconstitucional. Já no assim chamado Estado constitucional, a solução tende a ser outra, pois o que importa é prestigiar os direitos fundamentais processuais, não obedecer docilmente aos comandos do legislador.

É claro que o maior dos legalistas terá de admitir, de quando em vez, que não há norma procedimental para determinada hipótese, sendo forçoso inventá-la doutrinária e jurisprudencialmente, quicá sob a inspiração de valores constitucionais. Também é evidente que a centralidade da Constituição não implica o ocaso da lei. Em princípio, ao menos, deve ser seguida a linha indicada pela norma infraconstitucional, cuja eventual inobservância deverá exigir um especial esforço de fundamentação.

Fosse como fosse, dadas as premissas já delineadas ao longo do presente trabalho, que posteriormente serão desenvolvidas e mais bem fundamentas, é natural que endossemos a concepção, já razoavelmente vulgarizada, de que o devido processo e a efetividade tutelar não são, necessariamente, garantidos pelas normas processuais previstas na legislação ordinária. Vale dizer, não é a observância, às cegas, da norma procedimental prevista na lei que assegura o devido processo legal, a tutela efetiva ou, em geral, a eficácia dos direitos fundamentais processuais. O direito não termina na lei. Os preceitos constitucionais, que gozam de plena normatividade, podem ser invocados para o fim de desautorizar os malfeitos do legislador. O problema procedimental, no particular, nada ostenta de singular.

Não há originalidade nenhuma na vinculação do procedimento aos direitos fundamentais processuais, modelo analítico já bem disseminado, para o que deve colaborar sobremaneira a influente obra de Luiz Guilherme Marinoni, repetidamente citada nesta dissertação. Nela se sobressai a constatação de que, por exigência de preceitos constitucionais, a técnica processual, incluído o procedimento, deve propiciar a efetiva tutela de direitos. Aí estão presentes as diretrizes metodológicas irradiadas no contexto pós-positivista, com o reconhecimento de ampla eficácia normativa à Constituição, inclusive de suas disposições principiológicas. Por óbvio, as normas procedimentais, como todas as outras, têm a validade condicionada à deferência aos preceitos de superior hierarquia. Terão de passar pela filtragem constitucional e podem ser repelidas pelo juiz caso falhem no exame, mesmo quando tal

resultado advier não de abstrata inconstitucionalidade, mas de defeito circunstancial vinculado a excentricidades do caso concreto.

Essas questões serão examinadas mais em frente com a profundidade devida, o que abrangerá a revisão da doutrina processual brasileira das últimas décadas, em que claramente se nota uma evolução que culmina na tese aqui apresentada, que aos poucos vai granjeando ascendência. E não há, de fato, nenhuma ruptura, mas sim um passo a mais, há tempo prenunciado e ensaiado. Quiçá nem isso, a rigor, pois o caso quem sabe não seja de mero acréscimo de peremptoriedade na reprodução de velhas lições. O instrumentalismo, ainda que receosa ou embrionariamente, já cogitava da necessidade de adequação procedimental, com ou contra a lei.

No atual contexto de *aggiornamento* da disciplina, antes examinado, com a instalação de um sentido mais forte de Constituição, inclusive no que toca às suas normas principiológicas, surge um arsenal dogmático capaz de garantir expressão prática à sentida necessidade de adequação procedimental. Advirta-se, desde já, porém, que a produção de flexibilidade ritual não precisa passar, necessariamente, pelo discurso principiológico e constitucional. Embora se dê preferência, usualmente, a essa saída, há muitas alternativas, que também serão mencionadas.

Aliás, a exigência de ductilidade procedimental não é algo que deflue apenas, como consequência fortuita, da majorada força normativa dos princípios constitucionais. De outro ângulo, trata-se da superação, em seara específica, de cânones ideológicos e epistemológicos oitocentistas, entre os quais, além do legalismo, aquela fixação no controle do poder do juiz. Essa transição atinge todo o direito e já foi concretizada, também, em algumas áreas do processo. Ainda não, contudo, no que toca ao regime procedimental, como ideado pelas interpretações convencionais. A temática será explorada também por essa perspectiva, a partir da qual serão desenvolvidas outras razões para que se diminua o valor da regra procedimental legal.

Pode-se adiantar que se chegará à conclusão de que a adequação procedimental pode vir a ser realizada judicialmente ainda que falte norma autorizadora e até mesmo contra disposição legal. Casos de adequação procedimental atípica são muito mais comuns do que se poderia imaginar. Como será visto posteriormente, a prática brasileira está repleta de exemplos do gênero. Eles surgem à profusão, de resto, ainda que faltem as premissas ideológicas e técnicas vinculadas ao chamado pós-positivismo. Talvez a adequação procedimental atípica possa ser mais facilmente realizada com a evocação direta de um

princípio constitucional. Mas o fenômeno desde sempre existiu, justificado por razões diversas.

3.2 A rijeza da lei e (conforme) a doutrina convencional

O nosso direito processual é acentuadamente formalista, embora ele próprio se proclame como que organizado de outra maneira. Essa é a denúncia de Cândido Rangel Dinamarco, que pontifica termos, nos dois sucessivos Códigos de Processo Civil, normas programáticas em que consta a promessa da liberdade das formas, “mas só mesmo a *promessa*; ambos foram tão minuciosos quanto à forma dos atos processuais (aliás, segundo os tradicionais modelos europeus) que com segurança se pode afirmar ser o princípio da legalidade formal o que realmente prepondera”²²⁴. É no sistema dos juizados especiais em que, “anunciada a liberdade, não vêm depois os desmentidos e isso permite a esperança de um processo que favoreça de modo muito eficiente a percepção dos fatos e do próprio modo de ser do litígio pelo juiz, nesse contato mais espontâneo e informal com os litigantes e com as fontes de prova”²²⁵.

No CPC vigente, a liberdade das formas é proclamada, em particular, nos arts. 244 e 154. De acordo como este preceito, os “atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”. Similarmente, aquele dispositivo estatui que quando “a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

A liberdade das formas, sugerida por essas disposições, constitui realmente um falso juramento, pois a lei costuma esmiuçar a prática de cada ato, às vezes com ricos detalhes. A exagerada pormenorização legislativa é particularmente nítida, *e. g.*, no tocante à disciplina da audiência de instrução e julgamento. Os advogados não podem apartear, sem

²²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 152. Curiosamente, Piero Calamandrei, cerca de quarenta anos antes, lançava comentários semelhantes aos de Dinamarco, aludindo ao Código italiano editado no começo da década de 1940: enganava-se quem reconhecia na novel legislação o culto à liberdade das formas. Ela disciplinava a matéria com minúcias, de sorte que seria raramente aplicado o dispositivo que previa a liberdade formal (*Instituições de direito processual civil*, op. cit., p. 264-73 e 312-5). Há uma distinção fundamental, entretanto, que bem esclarece a diferença entre a visão processualista e a instrumentalista sobre o valor das formas e da rigidez procedimental: os comentários de Calamandrei, ao invés de críticos, são entre elogiosos e neutros em relação à minudência e à legalidade das formas. A nova legislação, dizia Calamandrei com ares fatalistas, tratava de atender àquela necessidade, sentida em “todos os tempos”, de reger o diálogo processual por “uma minuciosa disciplina jurídica” (Ibid., p. 267-8).

²²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 152.

licença do juiz, enquanto depuserem as partes, o perito, os assistentes técnicos e as testemunhas, quer dizer, a rigor não poderia haver um diálogo propriamente (art. 446, p. u.). A conciliação deve ocorrer antes da prática de atos instrutórios (art. 448). Há um ritual em torno da abertura da audiência (art. 450). As provas devem ser produzidas conforme uma ordem legalmente definida, qual seja, inicialmente o perito e os assistentes responderão aos quesitos de esclarecimentos, em seguida o juiz tomará os depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu, e por fim são inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu, nessa sequência (art. 452). O escrivão lavrará, sob ditado do juiz, termo que deverá conter resumo do ocorrido na audiência e transcrição das decisões proferidas. Sendo o termo datilografado, o juiz lhe rubricará as folhas, ordenando que sejam encadernadas em volume próprio. Deve ser trasladada para os autos cópia autêntica do termo (art. 457), etc.

A liberdade existe não em sentido próprio, como ampla latitude na condução do processo em face da ausência de disposições legais sobre forma e procedimento, mas sim na possibilidade de se aproveitarem os atos que não seguirem as prescrições da lei, desde que a transgressão não seja cominada com nulidade e que a finalidade visada tenha sido alcançada. É uma espécie de flexibilidade *a posteriori*. Mas ainda desse ângulo verificam-se alguns inconvenientes, sugeridos pela dicção mais imediata dos arts. 154 e 244 do CPC. Querendo ou não, os preceitos acabam induzindo a percepção, e autorizando a opinião, de que o ato que não seguiu o ritual normativamente cogitado deve ser tomado como írrito. No fim das contas, a discussão acerca de sua validade parte dessa premissa, quer dizer, pressupõe-se a nulidade. O ônus argumentativo recai sobre os ombros da defesa da idoneidade do ato, que haverá de demonstrar que foi atingida a finalidade que lhe era imanente.

Não é difícil conceber um esquema diferente para, ao menos, sugerir que o debate parta da suposição de que o ato é válido, redistribuindo-se correlatamente o ônus argumentativo. A regra poderia estipular, por exemplo, que quando “a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o ato será válido se realizado de outro modo, salvo se não lhe alcançar a finalidade”. Ou seja, o ato que desatende as formalidades da lei será, em princípio, plenamente idôneo, competindo à tese da nulidade a evidenciação de que não foi atingida a finalidade que lhe era subjacente. Uma transformação mais dramática resultaria na fixação de algumas cláusulas gerais e na definição de certas regras mínimas,

expungindo o sistema das normas formais que exprimem desmedida pormenorização. A base da mudança, aliás, poderia ser formada a partir da legislação própria dos juizados especiais²²⁶.

Rememore-se, a propósito, que a inteligência tradicional acerca do regime procedimental subministrado por nossa legislação baseia-se imediatamente no referido art. 154 do CPC. A disposição é interpretada, como explana Fernando da Fonseca Gajardoni, de maneira ampla, “a fim de contemplar, também sob a sua égide, o conjunto dos atos processuais, isto é, o procedimento processual”²²⁷. Os atos e o procedimento não dependem de forma, senão quando a lei expressamente a exigir. Logo, se a lei exigir, a forma deve ser respeitada. Como a lei costuma exigir, o resultado é, também, um rígido regime procedimental. Com efeito, conforme a “voz corrente no estudo do tema”, uma vez “havendo previsão legal de forma individual (só para dado ato) ou global (para ordem dos atos no procedimento), não é dado às partes ou ao juiz contrariar a disposição cogente”²²⁸.

Além disso, no entendimento da maior parte da doutrina, constata Gajardoni, “os atos processuais que compõem o rito processual [...] devem estar previstos expressamente e 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 indispensáveis”²²⁹. Sensível a essas lições, o sistema processual brasileiro acabou desenhado “para que não houvesse disponibilidade das partes quanto aos seus procedimentos [...], como também para que não fosse possível a eleição dos atos processuais a serem praticados ao longo do *iter*”²³⁰.

Ao fim e ao cabo termina surgindo, sob a referência do dispositivo que (também) anuncia a liberdade das formas, a compreensão de que o procedimento previsto na lei deve ser rigorosamente seguido. Não há flexibilidade na seleção do procedimento, nem maleabilidade no manejo das regras de cada procedimento. Ausente norma expressa prevendo o contrário, o

²²⁶ Conforme sentimos, não faltou tanto para que Cândido Rangel Dinamarco passasse a defender, decerto que com vários ajustamentos, a substituição do modelo do CPC pelo sistema dos juizados especiais, adotando-se um regime geral realmente compromissado com a ampla liberdade das formas (Cf.: *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 152-3). Uma proposta de substituição do sistema comum pelo especial, naqueles termos, haveria que soar, a princípio, como o mais rematado disparate. Semelhante avaliação decorre, naturalmente, daquelas premissas ideológicas e epistemológicas, oitocentistas, a que estamos agrilhoados, geralmente sem saber. Adiante, no tópico sobre o direito alienígena, ver-se-á que diversos países já adotaram regimes processuais realmente comprometidos com a liberdade das formas, contexto em que se verifica a plena, quase total, disponibilidade da norma procedimental estatuída legalmente. Já não é mais absoluto, no aspecto, o império do século XIX, que deve ser, aliás, o mais longo de todos, como expressão de referência, por ser o ponto culminante, daquele movimento que caracteriza a modernidade, abrangente do Humanismo, da Reforma e do Renascimento, também do Racionalismo e do Iluminismo, além das grandes revoluções burguesas.

²²⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 103.

²²⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 103.

²²⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 83.

²³⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 84.

rito e é absolutamente indisponível. A liberdade é prometida, o cativo é imposto. Deveras, para a doutrina tradicional, na síntese de Gajardoni, os sujeitos processuais não podem eleger rito diverso caso haja procedimento diferenciado, nem adotar *iter* diferente do ordinário na falta de previsão legal, tampouco mesclar ou alterar os procedimentos fixados na legislação. Adequação procedimental só pode ser feita quando haja nítida benção legal. Flexibilidade é só aquela expressamente prevista na lei, que é rígida e detalhada²³¹⁻²³².

²³¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 81. Ao expor a tese abonada pela “doutrina tradicional”, Gajardoni cita, entre outras, lições de Pontes de Miranda, Enrico Tullio Liebman, J. J. Calmon de Passos, Humberto Theodoro Júnior, Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Fredie Souza Didier Júnior (Ibid., p. 80-4). Alguns desses autores não abonam, ou não abonam mais, a leitura convencional sobre o tema, embora às vezes pareçam fazê-lo. Talvez todos concordem que esse é o direito posto, ou melhor, o direito posto pela lei. Mas há os que elogiam o legalismo e a minudência procedimental (Calmon de Passos e Pontes de Miranda, provavelmente) e há os que criticam o panorama instalado (Cândido Dinamarco). Há também os que constitucionalizam a matéria, donde a superação, no fundo, da concepção tradicional sobre procedimento (Fredie Didier e Carlos Alberto Alvaro, também Luiz Guilherme Marinoni). Ninguém nega, é verdade, que o procedimento deva ser regulado pela lei. A cizânia diz respeito ao correto grau de detalhamento e rjeza do rito legal, quer dizer, cifra-se na definição do papel do legislador e do juiz no que tange à matéria. Desde o advento do período instrumentalista da ciência processual, os apelos são por flexibilidade e não por rigidez. Basta ver as críticas de Cândido Rangel Dinamarco sobre a minudência formalista do nosso atual direito positivo, que falsamente se declara cultor da liberdade das formas. A concepção tradicional sobre procedimento parece ser mais relacionada ao período autonomista da ciência processual, sendo determinada por inclinações decorrentes daquelas premissas, epistemológicas e ideológicas, do longínquo século XIX, todas correlacionadas: direito *more geometrico*, conceitualismo, ultraliberalismo, legalismo, passividade judicial, ênfase no poder soberano e em certa concepção de segurança jurídica. Veja-se a seguinte aula de J. J. Calmon de Passos, excelente síntese, aliás, da visão convencional, na variante clássica, acerca do (que é ou deva ser o) nosso regime procedimental: “Permitir que a atividade processual se desenvolva segundo melhor pareça às partes – os mais autorizados juízes do próprio interesse, ou nos moldes fixados pelo magistrado, o melhor árbitro das necessidades do caso particular – porque técnico e imparcial, seria olvidar-se que numa ou noutra hipótese a incerteza e a insegurança representariam o alto preço de vantagens muito discutíveis. A legalidade das formas, por conseguinte, se impôs como solução universal, estando na lei, e somente nela, toda a ordenação da atividade, que deve ser desenvolvida para que o Estado realize os seus fins de justiça” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, V. III, p. 11). O excerto funcionaria bem, de resto, como suma das observações que Piero Calamandrei fazia, cerca de trinta anos antes, sobre a reforma do processo italiano. A legalidade das formas era mantida, embora fossem adotadas regras flexíveis. Adequação procedimental possível era somente essa, deferida expressamente na lei. Fora disso, juiz e partes não tinham qualquer liberdade. Prestigiava-se a legalidade das formas, impondo-se uma disciplina minuciosa para atender àquelas necessidades sentidas “em todos os tempos” (Cf.: *Instituições de direito processual civil*, op. cit., p. 264-73 e 312-5). Até mesmo o insuperável Pontes de Miranda pode ser flagrado em um lance acentuadamente legalista, ao que parece: “O procedimento é marcado pelo Estado; não como juiz, porém como legislador, de modo que o juiz obedece às regras jurídicas processuais como titular da relação jurídica processual, *tal qual* o autor, ou autor e réu” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1974, p. 467). Tônica geral, na concepção processualista, a legalidade das formas, a minudência da lei e a rigidez procedimental são coisas que merecem encômios antes de censuras. No instrumentalismo, a lógica se inverte. Embora mantida a leitura convencional sobre o regime procedimental existente, pela indisponibilidade do rito, a idoneidade da legislação detalhada e rígida é aspecto que se coloca em dúvida.

²³² Aliás, talvez a petrificação da sequência dos atos constitua, precisamente, o grande problema entre os que caracterizam a rigidez procedimental do regime pátrio. Nessa toada, apregoa-se que a “rigidez do procedimento judicial brasileiro afeta mais a sequência dos atos processuais que a sua forma. Quanto a esta, a lei dá espaço para a integração judicial (v. g., CPC, art. 154). A indisponibilidade do procedimento convive bem com a regra da instrumentalidade das formas: o ato formalmente irregular só é nulo se houver previsão legal expressa e se não atingir a sua finalidade. Se a lei não comina nulidade para aquela irregularidade específica, o ato não necessariamente será declarado nulo (CPC, art. 154). [...] A margem para a adaptação do procedimento, portanto, parece restrita à forma dos atos processuais para os quais a lei não exige forma específica. Não se projeta, segundo se entende, sobre a alteração da sequência dos atos, que é uma técnica de gerenciamento de processos”

Mencione-se que o austero regime procedimental combina perfeitamente com a rígida disciplina, com base na qual também se estrutura, organizada em torno das normas, correlacionadas, alusivas à eventualidade, preclusão e estabilização do objeto litigioso. O autor só pode aditar o pedido antes da citação (CPC, arts. 264 e 294). Com o consentimento do réu, a modificação pode acontecer posteriormente, porém apenas até o saneamento (art. 264). Na contestação, o réu deve alegar tudo o que for do seu interesse, especificando as provas que pretende produzir (art. 300). Decorrido o prazo, extingue-se o direito à prática do ato processual (art. 183).

3.3 A rebelião da prática contra a rigidez ritual

As aspirações da lei e (conforme) as teses mais ortodoxas, entretanto, não são exatamente abonadas pelo que se passa no plano empírico. Na verdade, um sistema procedimental rígido e minucioso como o pátrio deverá fomentar, paradoxalmente, o surgimento de um maior número de hipóteses em que se verifica, na realidade do foro, uma solução ritual estranha, ou contrária, às disposições da lei. Na ausência de um maior número de cláusulas gerais processuais, a inexistência de regra para disciplinar cada específica conduta é vista como uma lacuna normativa, situação fértil, aliás, a que surjam longas e demoradas discussões. Nesses casos, acaba surgindo, às vezes por absoluta necessidade, uma adequação procedimental judicial atípica *praeter legem*.

Ademais, rigidez e detalhamento rendem normas que acabam não sendo levadas tanto a sério, por vezes sem maiores cerimônias. Algumas podem, no caso específico, não interessar a ninguém ou, pior ainda, ser prejudicial a todos. São desprestigiadas diante da situação, com o que tem lugar uma concreta adequação procedimental judicial atípica *contra legem*. Um poucas normas são inábeis já no plano abstrato. Emerge então uma saída realista, muitas vezes por meio de contorcionismos exegéticos que resultam no repúdio da inteligência mais imediata e natural de certo dispositivo. Mais habitualmente não é, a rigor, tal ou qual norma que acaba superada, mais sim a solução ortodoxa sobre determinado problema procedimental.

(SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 98-9). Por outro lado, parece que o princípio da instrumentalidade das formas, “embora esteja fundamentalmente referido aos atos processuais considerados individualmente, também é plenamente aplicável à seqüência que determinada causa deve seguir, ou seja, o respectivo procedimento” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 103).

É claro que muitos casos são problematizados, com a defesa da austera observância do que constou da lei e/ou do que recomenda a visão convencional sobre procedimento. Cedo ou tarde, porém, acaba tomando forma uma adequação procedimental atípica *praeter ou contra legem* (isto é, contra o sentido mais evidente de determinado dispositivo legal, ou contra a intelecção tradicional da matéria, que é, com o tempo, superada). E, de fato, superabundam tais fenômenos na justiça brasileira. A rebelião da prática contra o processo civil foi muito além da vulgarização da cautelar inominada, uma criativa solécia para se desviar do então incompetente procedimento ordinário²³³. A revolta compreendeu o ataque e superação de inúmeras regras rituais, bem assim a violação de cânones teóricos bem assentados sobre matéria procedimental.

Introduzindo a investigação de casos do gênero, Fernando da Fonseca Gajardoni pondera que são “situações práticas em que se têm exigido do juiz brasileiro, mesmo inexistindo previsão legal a respeito, enorme dose de criatividade”²³⁴. Para o bem da adequada, célere e eficaz tutela, “inúmeras variantes procedimentais têm surgido no foro, com deslocamento do foco da legalidade da forma em favor da flexibilização judicial do procedimento”²³⁵. Como averigua Cândido Rangel Dinamarco, é indiscutível que o princípio da adaptabilidade “tem aplicação constante na experiência empírica dos juízos, uma vez que não é sequer concebível um sistema inflexível de normas procedimentais disciplinadoras de *todos os sujeitos*”²³⁶. Em razão da efetividade do processo, mediante a aplicação de tal princípio, “o procedimento há de afeiçoar-se às peculiaridades de cada litígio”²³⁷.

²³³ Como visto anteriormente, Marinoni caracteriza como “rebelião da prática contra o processo civil” o emprego, que a certa altura se firmou e se disseminou, da cautelar inominada para fins satisfativos. Vale dizer, a percepção da insuficiência do processo civil clássico resultou em heresia prática do ponto de vista das exigências teóricas tradicionais (Cf.: *Técnica processual e tutela de direitos*, op. cit., cap. 4).

²³⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 183.

²³⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 183.

²³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 343.

²³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 343. Da perspectiva do gerenciamento de processos, que abrange a flexibilização procedimental, verificou-se que entre “o procedimento definido em lei e o modo como o processo de fato caminha, há um espaço preenchido pelas práticas de condução do processo, construídas pela experiência dos juízes e servidores de forma isolada e transmitidas aos colegas em caráter informal” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 53). No contexto das investigações desenvolvidas para a elaboração de sua tese de doutorado, defendida com sucesso na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e da qual é fruto a obra citada, o estudioso realizou, ao longo de 2005, pesquisa empírica em juízos da primeira instância da justiça paulista, descobrindo um vasto conjunto de práticas informais daquele tipo, descritas e avaliadas pelo autor, que as sistematizou em três grandes grupos: gerenciamento por tentativas de acordo, andamento ininterrupto de processos e práticas de administração cartorária, com a gestão do fluxo de rotinas e de recursos humanos, além da triagem e preparação de decisões (Ibid., p. 52 et seq.). Em suma, práticas de “flexibilização do procedimento legal, incentivo aos meios consensuais e organização da estrutura judiciária” (Ibid., p. 85).

Isoladamente, casos de adequação procedimental *extra legem* não chamam tanto a atenção. São razoavelmente explicados pela instrumentalidade das formas. Dadas as premissas com que parte o raciocínio mesmo inconscientemente, por intuição é sentido que há algo de errado, que as coisas deveriam ser diferentes. No interesse do bem-estar anímico, o desconforto é logo aplacado pela lembrança da instrumentalidade. A vida segue. Permanecem indenes e imperturbadas as proposições que, remotamente, embalaram a experiência. Quer dizer, não entra em alça de mira a inteligência de que em nosso meio o procedimento é quase que exclusivamente problema do legislador, que prescreve soluções rígidas, a serem religiosamente seguidas, tudo isso algo a ser valorizado²³⁸.

²³⁸ Existe, de fato, uma premissa mais ou menos oculta no raciocínio do processualista, que a assume e mantém muitas vezes de modo inconsciente, já que ela acaba naturalmente absorvida, de um jeito ou outro, por todos os que se aventuram na matéria. Segundo a tese, o procedimento está e deve estar minuciosa e rigidamente descrito na lei, que deve ser escrupulosamente cumprida, sob pena de afronta aos mais preciosos e inalienáveis valores. É a concepção clássica sobre procedimento, na verdade. Embora já superada por força, ao menos, da constitucionalização do processo, ela continua a reverberar em todo o canto, pelo que se nota a extensão da sua ascendência. Foi naturalizada. Agora é difícil desnaturalizar. Não é exatamente trivial perceber que o direito já é outro. Mas a mudança de fato ocorreu, ainda que tenha permanecido invisível ao observador mais fiel aos velhos pressupostos. Paulo Eduardo Alves da Silva toca na crença reinante, posto que evanescente, na seguinte passagem: “Por mais que a lei processual ofereça mecanismos de gerenciamento de processos, as características do regime legal do procedimento no Brasil dificultam o seu exercício. A direção que o juiz poderia dar ao processo para ‘velar pela rápida solução do litígio’, ‘assegurar às partes igualdade de tratamento’ ou ‘tentar conciliar as partes’ está limitada a uma compreensão geral de que a regra de procedimento é indisponível e que, embora a forma não seja principal, a sequência de atos não pode ser alterada. O impulso do processo é oficial, mas os prazos da lei ditam a sua marcha. E o desenho legal dos procedimentos judiciais favorece o que se chamou de ‘processualismo’ (desvio do debate para questões formais) e praticamente inviabiliza a oralidade e concentração processuais” (*Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 100). Outra vez nesta: “As aberturas legais para o gerenciamento de processos convivem com uma sensação geral de que as regras de forma e o rito ordinário são penhores da segurança jurídica. Na relação entre forma e justiça, a primeira condicionaria a segunda. A justiça estaria na forma pela qual a decisão foi proferida não em seu conteúdo. Por alguma razão, a forma é um valor arraigado na tradição jurídica romano-germânica a ponto de condicionar a interpretação das leis e, por vezes, se equiparar ao conceito de justiça” (Ibid., p. 133). Nas quadras contemporâneas, a visão convencional sobre procedimento revela-se equivocada em múltiplos aspectos. Ela induz o desuso das possibilidades de manejo do procedimento já previstas, indisputadamente, em nossa legislação, bem como obstaculiza a descoberta de novas vias de flexibilidade por meio de releituras da lei existente. No primeiro caso, revela-se factualmente enganada, pois se pensa tirada da lei quando, na realidade, acaba redundando em afronta à própria lei. No segundo caso, mostra-se desatualizada em face das mudanças valorativas e metodológicas mais ou menos concretizadas, amparando uma concepção acerca de procedimento que, segundo pensamos, já não é mais sustentável no contexto brasileiro. Desse ângulo, a presente investigação parece tirar do “pano de fundo da comunicação” uma premissa não problematizada com o fim de lhe averiguar a correção e a atualidade. Dizem os filósofos da linguagem que, paradoxalmente, nós nos comunicamos porque não nos comunicamos, com isso se referindo ao fato de que é possível dialogar apenas quando se assume que haja um sentido mais ou menos unívoco para as palavras, embora elas costumem ter, na verdade, um significado bastante diverso para cada interlocutor. Tudo é problematizável, mas pouco é problematizado. Por óbvio, os sentidos supostos pelo indivíduo, ou mesmo aqueles compartilhados por um grupo deles, podem ser equivocados ou, talvez mais importante, tornarem-se equivocados com o decurso do tempo, circunstância que pode passar despercebida por um bom tempo. O absurdo pode ser naturalizado, como se sabe, e é sempre difícil concretizar a operação inversa (vide, por exemplo, a morosidade da justiça brasileira e o nível de violência com que estamos familiarizados). O natural/acerto pretérito ou corrente pode ser o absurdo/erro atual ou futuro (questões muito importantes cabem nessa categoria, a que também se pode relacionar a problematização acerca da premissa de que é coisa das mais imprescindíveis e fundamentais que se tenha uma lei procedimental rígida e minudentíssima).

Semelhante problematização é sugerida, porém, pela consideração do conjunto das criativas soluções que a prática tem produzido em matéria de procedimento. Apesar do que comanda a lei, como usualmente concebida, e malgrado as lições doutrinárias tradicionais, no contexto empírico da experiência forense a ductilidade procedimental é largamente disseminada. A abundante flexibilidade no exercício da jurisdição deixa dúvidas sobre a positividade da pretensão legal de sustentar um regime procedimental rígido, assim como sugere a necessidade de rever velhos dogmas doutrinários acerca do assunto. A realidade não corresponde à teoria.

Verifica-se, com efeito, a existência de um considerável hiato entre o que prescreve a doutrina e o que fazem (ou o que tem que fazer) os juízes, ainda que contrariados, muitas vezes, nas suas convicções teóricas. O que poderia explicar semelhante circunstância? Por que é tão diferente o direito dos livros em comparação com o direito da vida? Nesta altura parece oportuno trazer à colação, novamente, aquela hipótese de Ovídio A. Baptista, que se propõe a explicar, em caráter geral, as causas de fenômenos desse tipo, e que parece pertinente ao específico caso sob exame: os doutos e seus manuais estão presos ao paradigma racionalista, fixado nos Oitocentos, ao passo que as cortes têm que lidar com as necessidades impostas pela complexa realidade do século XXI. Pela ótica teórica, os tribunais cometem heresias ao criarem soluções que, a bem dizer, combinam com as exigências e aspirações contemporâneas²³⁹.

Para os desconfiados, eis um rol de hipóteses de adequação procedimental atípica verificadas na lida forense, quase todas identificadas e apontadas pela doutrina processual, inclusive por ilustres estudiosos da disciplina²⁴⁰:

²³⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da, *Processo e ideologia...*, op. cit., p. 35-6 e 89-90, em especial. Passagem esclarecedora, que pedimos vênua para transcrever novamente: “A distância entre o que se diz na Universidade e nos manuais, através da submissão à cristalizada estrutura de nossas instituições, e o que se faz no foro é escandalosa. Aos que se dão o trabalho de meditar sobre o fosso criado entre o ‘mundo jurídico’ e a realidade social poderá parecer, no mínimo, curiosa a crença que envolve a doutrina processual contemporânea de que teríamos conseguido manter o processo civil identificado com o novo mundo deste início do século XXI, valendo-nos dos mesmos princípios, das mesmas estruturas e mesmos instrumentos processuais utilizados pelos juristas do ocaso do império romano. Este prodígio tornou-se possível pela redução do Direito a uma simples estrutura lógica vazia de sentido, enfim ao processo civil abstrato e conceitual. [...] A explicação para essa extraordinária distância criada entre o Direito e a vida social decorre do apego a esse princípio [segundo o qual o Direito seria imune às transformações históricas]. É uma consequência natural das concepções filosóficas e políticas, especialmente políticas, do liberalismo europeu, ao tentar transformar o direito numa ciência abstrata e formal, conseqüentemente invariável, com seu patrimônio conceitual imune às vicissitudes históricas. Resumindo, é a herança racionalista que nos acompanha” (Ibid., p. 90).

²⁴⁰ Insta observar que a maioria dos casos não aparece nos livros, porque a solução pareceu boa para todos ou, simplesmente, porque ninguém recorreu. Quer dizer, a heterodoxia não despertou a atenção, ficou nos confins dos autos, sem que fosse divulgada. Mencione-se, ademais, que aqui apenas se pretende relatar um grupo razoavelmente abrangente dos incontáveis casos de iconoclastia em questões procedimentais, ou com

- Como sabido por todos, os processos tramitam bastante sem que haja específica disposição autorizando os vaivéns, algo que decorre, muitas vezes, de irresistível necessidade emergente de contexto imprevisto pelo legislador (o anedotário forense registra situação do gênero, naquele caso segundo o qual o litigante, cansado das deliberações ao estilo “diga o autor” e “diga o réu”, teria ele próprio resolvido “despachar”, consignando um “diga o juiz”);
- Decisões da justiça paulista abonaram sentenças prolatadas após a realização de perícia e sem a designação de audiência de instrução e julgamento, tendo as partes, intimadas, silenciado sobre eventual interesse na produção de prova oral²⁴¹;
- Precedente da justiça paulista referendou a fundamentada postergação da realização de perícia para após a produção da prova oral, pois a diligência técnica anunciava-se custosa e, a depender das oitivas, desnecessária²⁴²;
- Abonando a tomada dos depoimentos pessoais depois da oitiva das testemunhas, aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu, abstratamente, a possibilidade de inversão da ordem de produção das provas quando não haja prejuízo. Considerou que a norma não é peremptória, sendo apenas recomendável pautar-se conforme a sequência prevista na lei²⁴³;
- Quando não há possibilidade de conciliação, o rito sumário se torna inadequado, pois acaba havendo uma audiência apenas para entrega de contestação e abertura de prazo para manifestação da parte contrária. Em casos assim, tem-se admitido a

repercussões procedimentais. Não se quer fazer uma análise dogmática sobre cada situação, pelo que reputamos mais importante, em vez de citar os precedentes, notar quem já foi capaz de vislumbrar casos do gênero em nossa infinita e sempre cambiante jurisprudência.

²⁴¹ Como noticiado por Cândido Rangel Dinamarco, que observa ter se tratado de “guinada pouco ortodoxa nos rumos do procedimento ordinário, pois o julgamento antecipado do mérito era uma das três alternativas no momento do julgamento conforme o estado do processo: escolhida outra, que fora a do saneamento, pareceria inadmissível trilhar a segunda, já saneado o feito e realizada a prova pericial. Sentenças assim foram bem aceitas, no entanto, porque a audiência só se justificaria se fosse destinada à prova oral (ela é o *palco da oralidade*) e, substancialmente, porque o desvio procedimental não prejudicou em medida alguma a participação dos litigantes” (*A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 161-2).

²⁴² Decisão, em primeiro grau, do magistrado Fernando da Fonseca Gajardoni, por ele mencionada na obra tantas vezes citadas na presente investigação, que também advém, aliás, de tese de doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (*Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 188). Exemplificando com ação indenizatória em que a responsabilidade avultava duvidosa, sendo complexa a perícia para a apuração do dano, o estudioso pondera que a “cogência das disposições que fixam a ordem de produção de provas, todavia, não pode ser levada tão a sério. Questões de conveniência e oportunidade na produção da prova, bem como outras relacionadas ao custo e à dificuldade em realizar algumas delas (especialmente a dispendiosa prova pericial), justifica que as rígidas disposições da legislação sejam fundamentadamente flexibilizadas para a mais adequada, célere e menos custosa resolução do conflito” (*Ibid.*, p. 187).

²⁴³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 188.

adoção do rito ordinário²⁴⁴; Antigos precedentes já atestavam a possibilidade de conversão em ordinário do rito então chamado de sumaríssimo, ou vice-versa, desde que não houvesse prejuízo às partes²⁴⁵;

– Em vara da justiça paulista, caso não se obtivesse acordo, testemunhas eram ouvidas na audiência preliminar, seguindo-se então nova tentativa de conciliação, prática essa que produzia bons resultados²⁴⁶;

– Na justiça paulista de primeira instância, era comum a designação prévia de audiência de conciliação com base no art. 125, IV, do CPC, correndo o prazo de contestação da data do ato caso comparecesse o réu e não se obtivesse acordo. Um magistrado adotava a técnica havia dez anos, fundamentando-se, antes da reforma de 1994, no art. 342 do CPC²⁴⁷; Atualmente, provimento recomenda essa técnica para os casos em que haja a possibilidade de autocomposição²⁴⁸;

²⁴⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 202. O autor menciona casos envolvendo acidentes de trabalho, apreciados pela justiça paulista (Ibid.). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira noticia que os juízes de direito de Porto Alegre, com base em interpretação construtiva do art. 244 do CPC, geralmente convertem de ofício o procedimento sumário em ordinário, arrazoando que a finalidade daquele rito, diante das dificuldades da estrutura judiciária, é mais facilmente atingida com a adoção do procedimento ordinário (O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo (coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 144). No foro de Brasília, já tivemos a oportunidade de testemunhar a inutilidade da audiência de conciliação do procedimento sumário em ações de cobrança de indenização referente ao Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (DPVAT). Inferindo pelas diversas audiências que assistimos (autos n. 2010.01.1.048445-2, e. g.), imagina-se que a política da devedora não contempla a possibilidade de transação, ainda que em âmbito judicial. Ou paga administrativamente ou, claro, paga o que o juiz mandar. Não é incomum que o litigante contumaz valha-se de quejanda estratégica, já que não há grandes incentivos à autocomposição.

²⁴⁵ SLAIBI, Maria Cristina Gutiérrez Slaibi. Dever judicial de adequação do procedimento à prestação deduzida em juízo. *ADV Advocacia dinâmica*, v. 24, n. 16, p. 208-205, abr. 2004, p. 206-5 (de fato, a numeração da revista segue a ordem inversa àquela mais vulgarizada...).

²⁴⁶ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 58.

²⁴⁷ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 55. Também eram realizadas audiências de conciliação em processos já sentenciados, pelo juiz ou pelo relator. Em certa altura, como visto na nota seguinte, o Tribunal organizou um setor de conciliação, que atuava nos períodos, de anos, em que os processos aguardavam distribuição (Ibid., p. 57).

²⁴⁸ Trata-se do Provimento n. 953/2005, do Conselho Superior da Magistratura, que autoriza e disciplina a criação, instalação e funcionamento de setores de conciliação ou mediação nas comarcas e foros do Estado, para as questões cíveis que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis, questões de família e da infância e juventude, ato que dispõe o seguinte: “Art. 5º – Já ajuizada a ação, ficará a critério do juiz que preside o feito, a qualquer tempo, inclusive na fase do artigo 331 do Código de Processo Civil, determinar, por despacho, o encaminhamento dos autos ao Setor de Conciliação, visando a tentativa de solução amigável do litígio. § 1º – Recomenda-se a adoção desta providência, preferencialmente, após o recebimento da petição inicial, determinando a citação do réu e sua intimação, por mandado ou carta, para comparecimento à audiência no Setor de Conciliação, constando do mandado ou carta que o prazo para apresentação da resposta começará a fluir a partir da data da audiência se, por algum motivo, não for obtida a conciliação; § 2º – Para a audiência serão intimados, também, os advogados das partes, pela imprensa ou outro meio de comunicação certificado nos autos.” Esse ato foi antecedido pelo Provimento CSM n. 893/2004. Em segundo grau, o setor de conciliação, implantado depois de período experimental, hoje opera sob o pálio do Provimento CSM n. 843/2004. Pioneiro no Brasil, o projeto de gerenciamento de processos desenvolvido pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas

- Vara da primeira instância paulista adotava técnicas para o andamento ininterrupto dos processos, entre as quais a seleção jurisdicional do momento decisório, com a concentração das deliberações sobre questões incidentais no saneador e na sentença, evitando-se, assim, múltiplos atos, cada qual passível de autônoma impugnação²⁴⁹;
- No Paraná, diversos julgados admitiram a dilação do prazo para a prestação de contas determinada em condenação, prazo esse que, pela lei, é de apenas 48 horas (art. 915, § 2º)²⁵⁰;
- Já se admitiu a conversão de execução em processo monitorio²⁵¹, o recebimento de demanda monitoria como ação de conhecimento de rito comum²⁵², e a convalidação de mandado de segurança, uma vez verificada a decadência da impetração, em ação declaratória²⁵³; Ainda a conversão de processo de execução em processo de conhecimento sob o rito ordinário²⁵⁴ e, operação inversa, a recepção de ação de conhecimento como execução²⁵⁵; Antes da reforma do

Judiciais (CEBEPEJ), implantado com êxito em algumas comarcas, impulsionou a consagração da prática da conciliação na justiça paulista (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 204). Paulo Eduardo Alves da Silva descreve o modelo brevemente, constatando os seus bons resultados, que motivaram a sua disseminação por todo o Estado (*Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 58-60). Diga-se, a propósito, que o CEBEPEJ tem entre os seus sócios, além de outros expoentes da ciência, Kazuo Watanabe (ex-presidente) e Ada Pellegrini Grinover (atual presidente da instituição).

²⁴⁹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 58.

²⁵⁰ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 155, p. 335-364, jan. 2008, p. 351-2. Algumas decisões fariam referência ao art. 183, § 2º, do CPC, expediente que o autor não abona por completo, pois aparentemente reputa, no que estaria enganado, que haveria, sob a referência do art. 915, § 2º, do CPC, uma “cláusula geral do prazo para o réu ofertar suas contas”. Transcrevendo a ementa de uma delas, o autor obtempera, com algum entusiasmo: “Caso o julgador tivesse mantido o prazo peremptório de 48 (quarenta e oito) horas para a prestação de contas, estaria cometendo a agressão ao princípio constitucional da ampla defesa e do devido processo legal substancial. O importante foi que, na colisão entre a legalidade estrita e o princípio da justiça substancial, venceu este último, por força de uma manobra que caracteriza o tremendo senso de justiça dos julgadores paranaenses” (Ibid., p. 352).

²⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, op. cit., p. 68-9.

²⁵² GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 193.

²⁵³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 192. A defesa da possibilidade de conversão do mandado de segurança em ação de rito ordinário, quando constatada a necessidade de produção de provas, pode partir da premissa de que a criação de tutelas diferenciadas, com a maior adaptação do processo ao direito material disputado, sobretudo em questões procedimentais, atende principalmente aos interesses do autor, que não pode ser prejudicado pelo seu emprego, devendo-se prestigiar a conversibilidade (Nesse sentido, WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela diferenciada. *Revista de processo*, São Paulo, v. 35, n. 180, p. 42-54, fev. 2010).

²⁵⁴ SLAIBI, Maria Cristina Gutiérrez Slaibi, Dever judicial de adequação do procedimento à prestação deduzida em juízo, op. cit., p. 205.

²⁵⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 194. Há muitos anos já se defendia a conversibilidade entre processos, contra a inteligência disseminada, que admitia apenas a fungibilidade entre procedimentos, em conformidade com a leitura a *contrario sensu* do art. 295, V, do CPC, segundo o qual a petição inicial será indeferida “quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se

processo de execução, também a conversão de embargos em ação declaratória negativa, sem a suspensão do rito executivo, operação agora viável apenas na execução de títulos extrajudiciais²⁵⁶; Excepcionalmente, também a fungibilidade entre procedimentos liquidatórios²⁵⁷;

– Caso bem conhecido, em sede de embargos de declaração, doutrina e jurisprudência vêm firmando o entendimento de que, apesar da omissão legislativa, a oitiva do embargado é necessária quando o recurso tenha natureza infringente²⁵⁸;

– Diversos precedentes jurisprudenciais já abonaram a teoria dinâmica do ônus da prova, tendência embalada pela doutrina. O ônus é imputado a quem, no caso concreto, tenha melhores condições de produzir a prova. A inversão ocorre em hipóteses não cogitadas expressamente na legislação, que prevê a possibilidade apenas em benefício do consumidor litigante²⁵⁹;

– Em certa ocasião, a comunicação prevista no art. 526 do CPC, apresentada na capital, em sistema de protocolo integrado, para ser enviada a comarca do interior, não chegou a tempo no destino, levando o *ex adverso* a arguir, nas contrarrazões do agravo, preliminar sobre o assunto. Verificado que o agravante se desincumbira do ônus, a parte contrária teve nova oportunidade para apresentar resposta²⁶⁰;

– As varas especializadas da Justiça Federal do Paraná, Subseção Judiciária de Curitiba, usava receber, até 2004 pelo menos, diversas execuções fiscais movidas contra um mesmo devedor, muitas vezes aforadas em curto espaço de tempo. Costumavam correr autonomamente, em claro desperdício de recursos. Em certa altura, passou-se a pesquisar ativamente as possibilidades de apensamento, realizando-se a providência cada vez com mais ousadia, contexto em que se

ao tipo de procedimento legal” (Cf.: MALACHINI, Edson Ribas. Da conversibilidade de um processo em outro por emenda à petição inicial. *Revista de processo*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 7-16, abr./jun. 1989).

²⁵⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 195-6.

²⁵⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 197.

²⁵⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 206-7.

²⁵⁹ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, op. cit., p. 89-95.

²⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, op. cit., p. 68.

tornou comum reunir execuções em fases bastante distintas, com o ajuste, a partir daí, do rito subsequente²⁶¹;

– Certa doutrina cogita ainda de adequação do procedimento ordinário para o fim de se atender às peculiaridades das ações coletivas, e também de flexibilização judicial dos prazos, a despeito de inexistir expressa autorização legal²⁶²; Também de ampla fungibilidade procedimental, entre ritos, demandas, e defesas, para que abranja, como princípio geral do processo, não apenas as hipóteses legalmente previstas ou jurisprudencialmente abonadas (fungibilidade entre recursos, entre possessórias e entre antecipação e acautelamento da tutela), mas também casos envolvendo, v. g., possessória e ação de despejo, rescisória e *querela nullitatis*, embargos à execução em defesa de meação e embargos de terceiro, procedimentos liquidatórios, etc.²⁶³

Para fins ilustrativos, convém analisar algumas hipóteses mais de perto. Tomemos duas situações relativamente atuais: o caso dos embargos de declaração com efeitos infringentes e o relativo à redistribuição judicial do ônus da prova.

²⁶¹ Trata-se de experiência pessoal do presente monografista, que atuou na 3ª e, depois, na 2ª Vara de Execuções Fiscais de Curitiba entre 1999 e 2002, como técnico judiciário. Estudante de administração na época, examinou o caso no trabalho de conclusão de curso. A economia de serviço foi dramática, já que centenas de apensamentos foram realizados, com a fusão de até dez ou doze execuções, em benefício, por óbvio, do melhor funcionamento dos órgãos envolvidos, com impactos positivos, ainda que residuais, em todos os processos. Faltou investigar por que os credores, notadamente a União, não moviam execução única, prejudicando também a si próprios com a multiplicação de causas contra um mesmo devedor. A justiça não se incomodava muito com a irracionalidade, endossando-a ao manter o processamento paralelo de diversas execuções, que eram apensadas, até certa altura, apenas quando alguém detectasse, por sorte, a existência de mais de uma delas em fase equivalente. Uma grande enxurrada de novos processos, patrocinada pela União, acabou por destruir por completo as resistências que restavam ao apensamento. O contexto fez sumir aquelas objeções, formalistas e conservadoras, que antes preveniam a reunião de feitos que estivessem em etapas procedimentais diferentes... É impressionante como a necessidade imposta pelas circunstâncias tem essa virtude de fulminar, instantaneamente, certos supostos e opiniões teóricas que eram tidos, dias atrás, como indefectíveis e absolutamente intangíveis.

²⁶² GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 183-7 e 208-12. O autor constata a timidez do direito brasileiro no que tange às regras sobre a definição de prazos, problema que é legalmente resolvido, praticamente. Apenas uma ou outra disposição defere ao juiz, com ou sem parâmetros, a prerrogativa de fixar o prazo diante da situação concreta. Para Gajardoni, a fim de potencializar o contraditório e a ampla defesa, observado o critério da proporcionalidade, se as circunstâncias da causa recomendarem, porque seja o caso complexo ou porque haja certas particularidades relativas aos sujeitos processuais, os prazos haverão de ser adaptados judicialmente, ainda que inexistente autorização legal (Ibid., p. 208-12). O autor noticia que na esfera criminal já há precedentes dilatando prazos em face da complexidade do caso (Ibid., p. 212).

²⁶³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 189-201. Enquanto o presente trabalho era redigido, tinha curso no Supremo Tribunal Federal o relevante e midiático julgamento do caso mensalão (Ação Penal n. 470). Não é preciso examinar os autos para se saber que, no cômputo global, o procedimento seguido concretamente não tem muito que ver com aquele cogitado nas normas legais e regimentais pertinentes. Basta prestar atenção às notícias que saem na imprensa: a cada passo, está o Tribunal resolvendo “como vai fazer”, no que tange, por exemplo, à apresentação dos votos. Envolvendo dezenas de réus, acusados de centenas de crimes, o caso é simplesmente complexo demais para pudesse ter sido levado em consideração pelo legislador do procedimento. Querendo ou não, tem que se criar, para o caso, um rito apropriado. Tudo ficaria bem mais fácil se a teoria abonasse e a lei expressamente outorgasse semelhantes poderes, para maneio diante das situações anormais.

Principiando pelo problema alusivo ao contraditório nos embargos de declaração, rememore-se que, conforme disciplina o CPC, o recurso cabe quando: “I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal” (art. 530). Ele deve ser oposto “no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissão, não estando sujeitos a preparo” (art. 536). Teoricamente, conforme lição disseminada, os embargos de declaração não poderiam redundar em alteração da decisão proferida. Em certo momento, entretanto, doutrina e jurisprudência perceberam que o julgamento pode contemplar efeitos modificativos, notadamente nos casos de suprimento de omissão²⁶⁴.

Sucedem que os embargos de declaração, na contextura positivada, não preveem a possibilidade de contraditório, ou seja, o apelo vai diretamente à cognição do julgador. Sendo geralmente aceitável essa solução, seria ela também admissível nos casos em que o julgamento dos embargos se prenuncia capaz de acarretar mudança no que fora decidido? Enfim, há que se viabilizar, apesar da omissão da lei, o exercício do direito ao contraditório? Ou, porque silente a lei, tal prerrogativa não existe na hipótese? O devido processo legal resolve-se na direta submissão do recurso a julgamento ou passa pela oitiva, antes, da parte contrária? *Quid juris?*

Atualmente, nesses casos, quando os embargos têm potenciais efeitos infringentes, “a jurisprudência vem entendendo haver a necessidade de contraditório. É que a parte contrária deve ter a oportunidade de participar do convencimento do juiz ou tribunal, não vindo a ser apanhada de surpresa”²⁶⁵. Mais, “se os embargos forem julgados, acolhidos e acarretarem a modificação da decisão anterior, entende-se ter havido ofensa ao princípio do contraditório. Tal situação caracteriza, em verdade, um *error in procedendo*, devendo ser *anulada* a decisão”²⁶⁶.

O caso aqui, como já apurou Luís Roberto Barroso, é de necessidade de conduta não prevista na lei, mas exigida pelo devido processo legal²⁶⁷. Quer dizer, o processo devido

²⁶⁴ Para uma exposição rápida do ponto, ver, por exemplo, Fredie Souza Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha, que mencionam a acolhida jurisprudencial da tese favorável à possibilidade de efeitos modificativos nos embargos de declaração, posicionamento esse já arraigado, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça (*Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 3, p. 189-90).

²⁶⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; CUNHA, Leonardo Carneiro da, *Curso de direito processual civil*, v. 3, op. cit., p. 207.

²⁶⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; CUNHA, Leonardo Carneiro da, *Curso de direito processual civil*, v. 3, op. cit., p. 207-8.

²⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 383-4. O constitucionalista menciona como precedente o julgamento do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 327.728-SP (rel. Min. Nelson Jobim, DJ 19 dez. 2001), cuja ementa foi lavrada nos

não é aquele que está previsto na lei (ou na interpretação mais fácil de seus preceptivos). O rito deve ser ajustado para que possa cumprir o que dele se espera. A situação assenta, como uma luva, naquela estrutura analítica apresentada quando foi examinado o princípio da adequação procedimental. Para o processo ser devido (sobreprincípio, art. 5º, LIV, da Constituição), deve ser viabilizado o contraditório (princípio constitucional, art. 5º, LV), para o que, na hipótese em comento, o rito legalmente previsto tem que sofrer uma adequação (subprincípio, no caso, do princípio do contraditório).

No plano abstrato, com validade geral, a jurisprudência veio a positivar uma regra, que não tem base textual, mandando consultar a outra parte antes de se julgar embargos de declaração com efeitos infringentes²⁶⁸. A observação atenta poderá perceber que, na atual conjuntura, a adequação procedimental, na hipótese, já não é mais atípica, rigorosamente. A saída procedimental não cogitada na lei veio a se tornar, na dicção prevalente, uma providência necessária. A heresia do passado é a convenção do presente.

Se essa questão já está resolvida e assentada, o caso é outro no tocante à proposição, algo iconoclasta, de que o juiz pode, em certas situações, distribuir o ônus da prova segundo critério diferente do disciplinado na lei. O CPC comanda que o “ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. O regime geral quanto ao ônus da prova é esse aí, taxativo, inflexível. Não há exceções relevantes²⁶⁹. Rigorosamente, inexistente válvula de escape que permita uma “inversão” *ope iudicis*, total ou

seguintes termos: “Constitucional. Processual. Julgamento de embargos declaratórios com efeitos modificativos sem a manifestação da parte embargada. Ofensa ao princípio do contraditório. Precedente (RE 250936). Regimental não provido”. Naquela altura, consoante inclusive constou da decisão agravada, o STF já houvera cristalizado essa orientação, tendo-a adotado em diversos julgados.

²⁶⁸A respeito do assunto, Luiz Guilherme Marinoni registra que os embargos de declaração não foram projetados, pelo legislador, com o fim de permitir modificações na decisão. Sucede que o STJ e STF, por necessidades concretas, passaram a admitir o seu uso com a finalidade de se corrigir equívocos manifestos ou erros materiais, hipóteses que não se referem, propriamente, à reparação de obscuridade, contradição ou omissão. Com isso surgiu, na verdade, um novo meio de impugnação de decisões judiciais, não previsto na lei, que veio a conferir maior efetividade aos direitos fundamentais de ação ou defesa, que são exercidos, na visão do ilustre processualista, ao longo de todo o procedimento (*Teoria geral do processo*, op. cit., p. 347-9). A situação impunha que se respeitasse o contraditório: “Caso os embargos de declaração com efeitos infringentes fossem aceitos sem a correspondente possibilidade de resposta, estar-se-ia violando o direito fundamental da parte adversa à embargante. Nesse sentido, é importante registrar que a jurisprudência do STF e do STJ tem afirmado, de forma pacífica, a imprescindibilidade da intimação da parte contrária, quando aos embargos de declaração são atribuídos efeitos modificativos” (Ibid., p. 350).

²⁶⁹ Há alguns casos de “inversão” *ope legis*, situações em que, na verdade, “não há qualquer inversão, mas tão-somente uma exceção normativa à regra genérica do ônus da prova” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, op. cit., p. 78). Há o caso do art. 38 do CDC: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Outra hipótese, cósio entendimento de Sérgio Cavalieri Filho, diz respeito à existência de nexo causal entre conduta e dano no caso de responsabilidade civil por fato do produto ou do serviço – CDC, arts. 12, § 3º, e 14, § 3º (*Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 492-3).

parcial, da carga probatória. Há uma disposição com tal silhueta, aliás, mas com âmbito de aplicação restrito às causas consumeristas, em favor do consumidor (CDC, art. 6º, VIII).

De lege ferenda, não há tanta controvérsia, nem tantos problemas. A lei poderá acolher, consoante recomendação bem disseminada, a teoria dinâmica do ônus da prova, fixando, assim, um regime maleável. Ninguém tem dúvida, aliás, que a sistemática vigente é, como solução ordinária, de todo adequada. Geralmente, é muito razoável que o autor tenha que provar os fatos constitutivos e o réu os fatos extintivos do direito. O problema não está nas regras, mas na sua peremptória rigidez.

O dilema de sempre, no fundo. As regras costumam ser competentes para a regulação dos casos que correspondam, ou se assemelhem consideravelmente, à situação arquetípica em vista da qual foram concebidas. Mas a complexidade e a dinâmica da vida insistem em criar situações não antevistas pelo legislador, que não são bem apreendidas pela lei existente. Para obviar a circunstância, às vezes convém regular certos assuntos por meio de princípios e cláusulas gerais, com algumas regras estruturantes. Em outras áreas, como parece ser o caso do direito probatório, a regulação por regras é fundamental, convindo, porém, positivar um modelo complexo, com regras e exceções ou, alternativamente, com regras coadjuvadas por uma cláusula geral que expressamente preveja a viabilidade de sua superação, se as circunstâncias do caso assim o recomendarem²⁷⁰.

Enquanto o legislador não aprimora o regime atual, qual a solução? Seria de evoluir na interpretação do texto positivado e, *de lege lata*, acolher no sistema a teoria dinâmica do ônus da prova, divisando uma cláusula geral moduladora da rigidez legal? A doutrina vai caminhando decidida nessa direção. Com menos ímpeto, os tribunais aos poucos tomam o mesmo rumo. Velhos textos, novas normas. Como acontece com tanta frequência, o legislador, quando chegar, vai estar atrasado, cumprindo-lhe apenas escrever um texto para norma já existente, embora possa, por certo, especificar-lhe e mesmo modificar-lhe a contextura que os tribunais lhe vinham conferido.

²⁷⁰ Exemplo de sistema maleável quanto à distribuição do ônus da prova pode ser conferido no anteprojeto de novo Código de Processo Civil: “Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. § 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.”

Examinando o assunto, Fredie Souza Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira admitem que o “nosso CPC acolheu a teoria estática do ônus da prova (teoria clássica) distribuindo prévia e abstratamente o encargo probatório”²⁷¹, para pontificarem, logo em seguida, que a teoria dinâmica foi adotada pelo ordenamento brasileiro, conclusão a que chega a doutrina “a partir de uma interpretação sistemática de nossa legislação processual”²⁷². Citando precedentes jurisprudenciais em que se verificou, por decisão do juiz, a inversão do ônus probatório, amparados em fartas referências doutrinárias, os estudiosos afirmam que a teoria dinâmica do ônus da prova deflui dos princípios da igualdade, lealdade, boa-fé e veracidade, solidariedade, devido processo legal, acesso à justiça e adaptabilidade do procedimento²⁷³.

Tal qual verificado com relação à questão do contraditório nos embargos de declaração com pretensões infringentes, na situação em exame também é bem recepcionada pelo modelo de análise que se vem seguindo, embora com menos clareza. Para que o processo seja devido (sobreprincípio), o autor deve ter a oportunidade de comprovar os fatos que sustentam a sua pretensão (princípio com sinal contrário ao que garante a ampla defesa). Pode acontecer de essa prerrogativa ser impossível, ou muito difícil, de ser exercida, sendo simples para o réu a comprovação da inoccorrência do fato. Nesses casos excepcionais, para que os desiguais sejam tratados desigualmente (princípio), a regra da lei tem que ser superada, redistribuindo-se *ope iudicis* o ônus da prova, por meio do que se impinge ao réu o ônus de evidenciar a inoccorrência do fato constitutivo do direito do autor (subprincípio da adequação)²⁷⁴.

²⁷¹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, op. cit., p. 89.

²⁷² DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, op. cit., p. 92.

²⁷³ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, op. cit., p. 92-3.

²⁷⁴ O sobreprincípio da tutela jurisdicional efetiva também poderia ter sido evocado no exemplo, que pode ser ajustado para a hipótese de inversão em favor do réu. Seria necessário reformulá-lo caso se adotasse outro parâmetro para o fim de definir a possibilidade de redistribuição do ônus probatório. A hipótese baseou-se em lições de Luiz Guilherme Marinoni sobre as diretrizes que devem orientar a decisão a respeito da inversão do ônus da prova. Para o jurista, a inversão somente pode ocorrer quanto o réu tenha a real possibilidade de provar a inexistência do fato constitutivo, pois do contrário ocorre a imposição de uma perda, não a transferência de um ônus processual. Mas sendo ao autor “*impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo*” e sendo ao réu “*viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência*”, então “*a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso*” (MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 335). A propósito, anote-se que é bem conhecida a disputa acerca da natureza jurídica do ônus da prova, se regra de julgamento ou de procedimento. Para nós, é bastante nítido que o regime do ônus da prova tem impactos no comportamento das partes ao longo do procedimento, ainda que sirva primordialmente, haja vista a vedação ao *non liquet*, para resolver os casos não esclarecidos. Repele-se a tese de que a inversão possa ocorrer apenas no julgamento, com a imposição de um ônus processual e a concomitante declaração de seu desatendimento, uma espécie de emboscada jurisdicional (A respeito da temática, ver, por exemplo, com muitas referências: DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, op. cit., p. 79-84).

Diferentemente do caso dos embargos de declaração com efeitos modificativos, na hipótese em consideração não se fixa, em caráter abstrato e geral, uma regra não prevista pelo legislador. Tampouco se positiva uma norma distinta da contida na lei, como que a substituindo. Sucede a descoberta de uma regra, é verdade, mas sob a forma aproximada de uma cláusula geral, cuja incidência é condicionada à apuração, diante do caso concreto, do preenchimento de certos requisitos. Enfim, vale a regra do ônus da prova contida na lei, mas se entrevê a possibilidade de exceções, hipótese não cogitada, expressamente, na legislação. É a ductilização de uma pequena área do direito.

Observe-se, ainda, que a matéria pode também ser apresentada em outras palavras, no linguajar do controle de constitucionalidade. No caso dos embargos de declaração, seria possível afirmar que houve controle da omissão legislativa. Pelas mãos da jurisprudência, foi agregada uma norma que faltava, suprimindo-se a lacuna. No caso do ônus da prova, supondo-se ainda vigente a exegese tradicional do texto positivado, haveria controle de constitucionalidade, potencialmente, toda a vez em que sucede a inversão *ope iudicis*. A técnica seria concreta, propriamente. A validade abstrata da regra positivada não é posta em xeque. Porém, repele-se a sua incidência no caso concreto, porquanto a providência produziria resultado inconstitucional.

3.4 Aspiração e, agora, produção doutrinária de flexibilidade

Posto que vagamente, a cada período da ciência processual pode ser relacionado um conjunto de ideias relativas a procedimento. Fundando a concepção tradicional sobre o tema, examinada no item anterior, o processualismo pressupõe a austera observância do rito previsto na lei, que deveria ser detalhada. Com o foco sobre a relação jurídica processual, a questão procedimental é em geral ignorada. Resolve-se no que estipular o legislador. Adequação procedimental é aquela por ele permitida. Não se cogita de desprestigiar o rito legalmente previsto porque incompatível com tal ou qual norma constitucional. Caso o problema fosse colocado, devido processo seria o que observasse rigorosamente as prescrições legais. Importa a segurança jurídica, a observância das formas e o controle do juiz. A legalidade das formas é alvo de elogios, uma necessidade natural.

No instrumentalismo, ocorre já uma ampla revisão desses cânones, com o renascimento, inclusive, do interesse sobre o procedimento. Ainda se sustenta, porém, que o rito seja um problema cujo deslinde compete ao legislador. O procedimento legal, assim, deve

ser fielmente seguido, embora se perceba a possibilidade de a legislação não estar em consonância com certos preceitos constitucionais, que assumem alguma carga normativa. A adequação procedimental é ainda aquela autorizada na lei, que, no entanto, é censurada por sua minudência e inflexibilidade. Reclama-se da lei e clama-se por mudanças, que dependem da atuação do legislador. A questão é manejada, sobretudo, *de lege ferenda*. Torna-se mais ou menos claro que o processo devido pode não ser aquele definido na lei, embora não se desenvolva o raciocínio até as suas últimas consequências. Ademais, a legalidade das formas é solução posta em dúvida. Sobre o aspecto, o instrumentalismo é transicional e, por isso, algo hesitante e ambíguo.

Nos últimos dez anos, vem tomando consistência, com o avanço do pensamento pós-positivista na área do processo, uma nova transformação em torno da matéria procedimental, evolução que, na essência, assume contornos já prenunciados pelo instrumentalismo. A observância do rito legal agora depende da confirmação de que o *iter* está bem afinado com os princípios constitucionais do processo, que adquiram plena eficácia normativa. Com isso, a adequação procedimental passa a ser, em maior grau, questão *de lege lata*. O clamor pela flexibilidade encontra meios dogmáticos para, até certo ponto, viabilizar a si próprio, sem intervenção do legislador. Admite-se a adequação judicial do procedimento diante do caso concreto, ainda que à míngua de expressa norma legal permissiva. Devido processo é aquele que garante, ainda que *praeter* ou *contra legem*, o exercício dos direitos fundamentais processuais decorrentes de normas principiológicas de porte constitucional.

Em resumo, pelo prisma procedimental, o devido processo sofre, nessa peregrinação, uma viragem significativa, que implica, digamos, a sua constitucionalização. No processualismo, seria confundido com a rigorosa obediência do rito previsto na lei e suas formalidades. No instrumentalismo, embora essa noção sobreviva, o devido processo é já relacionado à observância de garantias constitucionais. Atualmente, ele se caracteriza e define pelo cumprimento das exigências decorrentes dos direitos fundamentais processuais, constitucionalmente estatuídos.

Embora deva ser razoavelmente precisa, essa sistematização contém alguma dose de reducionismo e simplismo, como costuma acontecer, de resto, com os raciocínios esquemáticos estruturados à moda de tipos ideais weberianos. Talvez se constate que não haja nenhum estudioso que pudesse apoiar, sem muitas reservas, todas aquelas ideias sobre procedimento que foram atreladas, *e. g.*, ao instrumentalismo. Aliás, esse período da ciência de fato encerra, quanto à visão sobre o procedimento, uma etapa de transição. O

instrumentalismo coloca em xeque os cânones tradicionais, e projeta o desenvolvimento surgido na sequência.

É apenas natural que em períodos de transição haja certo hibridismo entre as ideias antigas, de que não se consegue desprender completamente, e as concepções novas, cujas consequências não são sequer plenamente antevistas. Há um quê de ambiguidade. Bastante hesitação. Esse é o panorama típico na literatura instrumentalista sobre procedimento, sua possibilidade de adequação judicial, e o exato sentido do devido processo legal. O clamor doutrinário pela flexibilidade formal e procedimental é nítido, além de largamente disseminado, tudo forcejando pela reaproximação do processo ao direito material.

Anteriormente, foi vista a crítica de Cândido Rangel Dinamarco acerca do insincero juramento de liberdade das formas contido em nosso direito processual. A lei é exageradamente detalhada, de sorte que a legalidade das formas prepondera, embora a liberdade tenha sido prometida. A partir de tais constatações, surge um clamor por normas flexíveis, dirigido ao legislador, pensado *de lege ferenda*. Afirma-se que a estrita legalidade dos atos do processo não é “uma inerência do Estado-de-direito”, tampouco “conveniente para os bons resultados do processo”²⁷⁵, afinal a

liberdade das formas, deixada ao juiz entre parâmetros razoavelmente definidos e mediante certas garantias fundamentais aos litigantes é que, hoje, caracteriza os procedimentos mais adiantados. Não é enrijecendo as exigências formais, em um fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins²⁷⁶.

Na mesma obra, porém, o insigne professor pontifica que “no cenário das instituições jurídicas do país, o procedimento tem o valor de penhor da *legalidade* no exercício do poder”²⁷⁷. O rito é garantido pela lei, que “traça o modelo dos atos do processo, sua sequência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder”²⁷⁸. Garante-se, assim, que “cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido: desvios ou omissões quanto a esse plano de trabalho e participação constituem violações a garantia constitucional do *devido processo legal*”²⁷⁹.

²⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 151.

²⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 151-2.

²⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 150.

²⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 150.

²⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 150. Essa visão corresponde àquilo que Paulo Eduardo Alves da Silva chama, citando criticamente a posição de Dinamarco, de “enfoque procedimental do devido processo legal”, segundo o qual o “descumprimento de uma regra formal macularia todo o princípio”: no procedimento em que se materializa o devido processo se constata “todas as formalidades e exigências em lei previstas” (*Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 94 e 95). A ideia de que regularidade procedimental é componente da garantia do *due process of law* constitui uma das crenças da ciência

Essa explanação está em plena harmonia com as concepções mais tradicionais, clássicas, acerca do procedimento. Já seria possível desconfiar que ela não sirva, porém, como resumo à opinião de Dinamarco acerca da matéria²⁸⁰. Imediatamente em seguida, a começar por nota de rodapé na mesma página, tem lugar uma longa série de temperamentos. Diz-se que a cláusula do devido processo legal “abrange âmbito muito maior, mas indubitavelmente abrange inclusive a exigência de observar o procedimento legalmente instituído”²⁸¹.

O *due process of law*, assim, não se resolve em mera garantia de legalidade, porquanto, a rigor, o “que importa é a estrutura de oportunidades e de respeito a faculdades e poderes processuais, que a Constituição e a lei impõem ao juiz que comanda o processo. A observância da lei toma-se importante, nesse contexto, como meio de preservar o *devido processo* constituído por essa estrutura”²⁸². “O que precisa ficar muito claro [...] é a substancial exigência de preservação das fundamentais garantias constitucionais do processo, expressas no contraditório, igualdade, inafastabilidade de controle jurisdicional e na cláusula *due process of law*”²⁸³.

processual romano-germânica excitada pela suposição de que há uma relação necessária entre justiça e forma, tese que o estudioso revela equivocada (Cf.: *Ibid.*, p. 125-33). Censurando a concepção, rememora que a jurisprudência nacional é rica em decisões orientadas por esse enfoque procedimental, que leva a conclusões extravagantes, como as que estreitam a legibilidade de carimbos à garantia constitucional do devido processo, posicionamentos tais que “parecem alçar as regras procedimentais da lei ordinária ao nível das garantias constitucionais do processo”, podendo resultar no “desvio do foco da jurisdição para questões formais” (*Ibid.*, p. 95). Perceba-se que a vinculação das regras e formalidades procedimentais (fixas na lei comum) ao devido processo legal (superdisposição de caráter constitucional) redundava em uma curiosa elevação hierárquica da legislação infraconstitucional, que é indevidamente guindada para o ponto mais alto do ordenamento. O engano é claro e grave. Não é por acaso que muitos já tenham preferido empregar “princípio do processo justo” ou “devido processo *constitucional*” no lugar de “devido processo *legal*”. Realmente, frequentemente é mais fácil criar um termo novo em vez de ressignificar um antigo. O “legal” do nosso devido processo legal tem nitidamente sentido amplo, referindo-se ao direito, não à lei em sentido estrito: “devido processo *jurídico*” ou “devido processo *conforme o direito*”. Uma hipótese plausível para a origem desse estado de coisas cogita da ocorrência de uma má escolha de tradução quando se importou a “*due process of law*” da *common law*. Por lá, como sabido, “*law*” é sinônimo de “direito”. Usa-se “*statute*” para referir-se ao ser que por aqui costumamos chamar de “lei” – a lei em sentido formal, aquela modalidade de diploma normativo aprovado pelos parlamentos, que hoje em dia, reconhecidamente, já não encerra mais todo o direito. Nessa linha, afirma-se que “devido processo constitucional” “é expressão bem melhor que devido processo legal, fruto de uma tradução *ipsis litteris* de *due process of law*” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 100). Pondera-se, também, que hoje, “porém, o conceito de *due process of law* corresponde ao de processo justo” – “o cânone do *processo justo* é, mesmo, um *princípio superior* que qualifica o *due process of law*” (FAGUNDES FILHO, Henrique. A equidade e o processo justo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 723).

²⁸⁰ Aliás, o caso bem demonstra os perigos, particularmente agudos no tema em consideração, de tomar excerto da obra como síntese da lição completa. Tivemos um especial cuidado com relação a isso, mas ainda é possível que se tenha compreendido mal algum autor, para o que já se consignam as devidas desculpas.

²⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 150.

²⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 151.

²⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 153. A questão é encarada também de outro ângulo: “O juiz, investido por critérios estabelecidos na ordem constitucional e mediante as formas que a lei institui, é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da

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. Daí a grande elasticidade a ser conferida ao princípio da instrumentalidade das formas, que no tradicional processo legalista assume o papel de válvula do sistema, destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais; no processo marcado pela liberdade das formas, o princípio da instrumentalidade tem a importância de parâmetro da própria liberdade e serve para amparar o respeito às garantias fundamentais, como penhor da obtenção dos resultados e, portanto, da validade do ato²⁸⁴.

Por tudo isso, prossegue Dinamarco, o procedimento, “no fundo, não tem seu próprio valor, mas o valor das garantias que tutela. O *direito ao procedimento*, que as partes têm e é solenemente assegurado mediante a cláusula *due process of law*, em substância é direito aos valores processuais mais profundos e notadamente a participação em contraditório”²⁸⁵. Não há nulidade quando não houver prejuízo, que “é apenas o dano causado aos objetivos da participação contraditória; onde o procedimento ficar maculado mas ileso saia a garantia de participação, cerceamento algum houve a *defesa* da parte. Cabe ao juiz até, ao contrário, amoldar os procedimentos segundo as conveniências do caso”²⁸⁶.

democracia indireta praticada nos Estados ocidentais contemporâneos. Inexiste razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa” (Ibid.)

²⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 153-4. Mais em frente, o contraditório é posto em realce como valor a tutelar. Assevera-se que procedimento e contraditório fundem-se em uma unidade empírica, apenas por abstração desintegrada. Cumprir o procedimento é observar o contraditório, pois “à base das exigências de cumprimento dos ritos instituídos em lei está a garantia de participação dos sujeitos interessados, pressupondo-se que cada um dos ritos seja desenhado de modo hábil a propiciar e assegurar essa participação” (Ibid., p. 157).

²⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 157.

²⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 161. Ainda nestes dias, aliás, é muito comum que haja certa indefinição em torno do sentido do devido processo legal. Quiçá não se trate, exatamente, de vacilação. É que o raciocínio costuma partir de baixo para cima, da lei para a Constituição. Assume-se que a lei é constitucionalmente legítima e deve, ao menos em princípio, ser respeitada, algo bem razoável (daí a equivalência entre devido processo legal e observância da lei). Mas logo se nota que nem sempre a solução legal pode ser endossada, recorrendo-se então às superiores hierarquias do ordenamento (daí a correspondência entre devido processo legal e fidelidade aos princípios constitucionais do processo). Outro estudioso pondera que a “necessária adequação, no sistema brasileiro, *deverá* ocorrer – preferencialmente – por meio de mudanças legislativas”. Indiscutivelmente, o “cidadão tem o direito constitucional ao cumprimento das leis do país, em face do princípio da legalidade”, devendo ser respeitado, pois, “o procedimento imposto pela lei processual, [...] pena de violação do princípio da legalidade e bem assim a garantia do devido processo legal formal” (PORTO, Sérgio Gilberto, *A crise de eficiência do processo...*, op. cit., p. 182 e 189). Mas não é só isso, não é bem assim. Porque nem sempre há tempo para esperar por mudanças legislativas, a adequação do processo *poderá* “vir a ser implementada em concreto nas hipóteses de ausência de disciplina – ou da inaptidão do conjunto legislativo existente – por meio da atividade criadora do juízo no campo processual”. “Desta forma, em face da ausência de regra processual ou inadequação desta à natureza do direito posto em causa e à qualidade da parte, está o juízo autorizado a buscar eficiência para o processo [...] criando, verdadeiramente, direito processual *in concreto*, tudo desde que respeitado sempre o *devido processo legal substancial*, representado pela prevalência das garantias constitucionais-processuais – expressas ou implícitas – consagradas na Carta Magna” (Ibid., p. 183 e 189). Mesmo aqueles que investigam especificamente o que seja o procedimento exigido pelo devido processo legal acabam relacionando-o ao cumprimento da lei, embora a ênfase costume residir na observância das garantidas constitucionais. Nessa linha, Rogério Ives Braghittoni (Devido processo legal e direito ao procedimento adequado – a interação do binômio processo/procedimento e sua importância para o *due process of law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 89, p. 220-229, jan./mar. 1998), Mariângela G. de M.

Sob a influência das novidades surgidas nas últimas décadas, notadamente o avanço da constitucionalização do direito, o observador contemporâneo poderá notar que, apesar de impressionantes e brilhantes, essas preleções têm, para o olhar atual, as suas ambiguidades e indefinições. Afinal de contas, o que é mesmo o *due process of law*? Seguir o rito previsto na lei, apesar da sua minudência e formalismo, algo que se critica? Ou prestigiar certas garantias constitucionais, mesmo que *praeter* ou *contra legem*? Haveria uma solução intermediária, a recomendar a observância do rito legal que se mostrasse ao menos razoavelmente compatível com as garantias processuais? E quando for mais nítida, e repugnante, a incompatibilidade da lei processual com a Constituição? E se a lei for geralmente adequada, mas se revelar inepta para a regulação da situação concreta excepcional? Aplica-se nesses casos, a ferro e a fogo, a regra legislada?

Essas difíceis questões não se apresentam quando a Constituição não tenha real força normativa, ainda que localizada, formalmente, no topo do ordenamento. Se o processo se perfaz por si mesmo, enclausurado nos marcos da legislação ordinária e da própria ciência, não há razão para problematizar o legalismo. Mas é possível evitar esses problemas ainda quando já se empresta alguma importância normativa à Constituição. Basta pressupor uma lei em plena conformidade com as exigências de participação impostas pela necessidade de contraditório e, em geral, em fina harmonia com as garantias processuais constitucionalmente asseguradas. Nessa romântica hipótese, há um perfeito alinhamento entre lei e Constituição. Seguir o procedimento previsto na lei é, exatamente, prestigiar as garantias constitucionais do processo.

Bom seria que as coisas pudessem ser assim. Se fossem, poderíamos pedir ao superlegislador que minudenciasse, tanto quanto possível, cada procedimento. Combinaríamos perfeita segurança jurídica, previsibilidade, e certeza do direito processual com devido processo legal e efetiva tutela de direitos. Claro está, porém, que semelhante suposição, embora reconfortante, é sobremaneira ingênua. A lei assiduamente falha no teste de constitucionalidade, quanto mais no momento em que os preceitos principiológicos mais elevados adquirem plena eficácia normativa. Por cima, a lei pode ser boa no plano abstrato, mas inadequada para lidar com situações concretas excepcionais. O legislador não costuma dar conta, além do mais, de acompanhar as mudanças verificadas no meio social. Tudo isso

Gomes (Devido processo legal e direito ao procedimento adequado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 55, p. 293-313, jul./ago. 2005) e Luciana Russo (Devido processo legal e direito ao procedimento adequado. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*, Brasília, n. 10, p. 89-100, 2007).

pode acontecer, e acontece seguidamente, também em direito processual e no que tange ao aspecto procedimental²⁸⁷.

Enfim, como afirma Luiz Guilherme Marinoni, “supor que o legislador sempre atende às tutelas prometidas pelo direito material e às necessidades sociais de forma perfeita constitui ingenuidade inescusável”²⁸⁸. A atuação de um legislador ideal dispensaria a leitura constitucional da lei comum, mas “é justamente porque se teme que a lei possa se afastar dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais que se afirma que o direito fundamental à tutela jurisdicional incide sobre a compreensão judicial das normas processuais”²⁸⁹.

Na visão do estudioso, a técnica processual deve servir à tutela de direitos, o que recomenda a superação do legalismo, com uma postura mais participativa do juiz também em questões procedimentais. A exigência de adequação procedimental é atrelada ao devido processo, que pressupõe a observância das garantias constitucionais pertinentes, e também, insistentemente, ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, sendo a legitimidade do procedimento dependente, ainda, de sua consonância com direitos fundamentais materiais, especialmente o direito à igualdade²⁹⁰.

Emerge, assim, a necessidade de criar o procedimento adequado para o caso concreto, corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e fundamento da legitimidade do exercício da própria jurisdição. “É um equívoco supor que o procedimento, para legitimar a jurisdição, deve se desenvolver de forma mecânica, obedecendo rigorosamente às linhas traçadas pelo legislador, sem dar à parte e ao juiz qualquer poder de

²⁸⁷ A respeito, confira-se a exposição de Luiz Guilherme Marinoni sobre a crítica realista e a consequente “dissolução da lei genérica, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento” (*Teoria geral do processo*, op. cit., cap. 3.1).

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 119.

²⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 119.

²⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., *passim*, particularmente o cap. 3 da parte IV. A seguinte passagem é particularmente ilustrativa: “O procedimento, visto como garantia de participação das partes, relaciona-se com o ‘devido processo legal’ (em sentido processual). Somente é o ‘devido processo legal’ o procedimento que obedece aos direitos fundamentais processuais ou às garantias de justiça processual insculpidas na Constituição, tais como o contraditório, a imparcialidade do juiz, a publicidade e a motivação. A observância do ‘devido processo legal’ ou do ‘procedimento legal’ legitima o exercício da jurisdição e, de outro ângulo, constitui garantia das partes diante do poder estatal. Porém, o procedimento também deve ser idôneo às necessidades de tutela dos direitos, além de respeitá-los, em sua conformação, os direitos fundamentais materiais. Ou seja, o procedimento não pode ser tecnicamente inidôneo às tutelas prometidas pelo direito material – deixando de prever, por exemplo, meio executivo adequado – ou negar, em seu próprio desenho legal, os direitos fundamentais materiais – retirando do réu, por exemplo, o direito de discutir as cláusulas contratuais, cujo inadimplemento é pressuposto para o autor obter o bem que está na posse do demandado. Quer dizer que o procedimento, além de legitimar a jurisdição a partir da participação, deve ser legítimo à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – isto é, para a tutela dos direitos – e sob o foco dos direitos fundamentais materiais” (Ibid., p. 460-1).

adequação”²⁹¹. O procedimento se define e organiza, enfim, em função de normas constitucionais. O conceito é constitucionalizado e, assim, acresce o papel do juiz, e diminui o do legislador, no que tange à conformação do rito.

Torna-se solarmente nítida, nesta altura, que nessa concepção é finalizada a virada que teve início no instrumentalismo. O *due process* já não se caracteriza, em absoluto, pelo fiel cumprimento do rito contido na lei, mas sim pelo caminho procedimental indicado pelos direitos fundamentais. Ele pode até coincidir com o rumo predisposto na lei, mas daí não se extrai, de forma nenhuma, qualquer vínculo, conceitualmente relevante, entre devido processo e observância do *iter* legal. A cláusula do *due process*, e todas as demais garantias constitucionais, servem para a fiscalização da lei, não como justificativa para o legalismo²⁹².

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 437. Na mesma linha, apura-se que se engana “quem vincula o respeito ao devido processo legal à observância de um trâmite processual estabelecido em regras rígidas fixadas *em lei*. Além disto não constar de nenhum dispositivo constitucional, o art. 5º, LIV, da Constituição Federal não determina que o processo siga à risca as normas procedimentais estabelecidas em lei, mas sim que seja oportunizado às partes o direito a um processo justo, isto é, onde lhe seja assegurado respeito às garantias constitucionais (contraditório, isonomia, juiz natural etc.) e às oportunidades previstas na norma processual, algo que pode ser perfeitamente alcançado ainda que com um procedimento que se adapte judicialmente à realidade” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 102). O autor ainda argumenta que, “desde que a flexibilização do procedimento não tolha dos litigantes o acesso à justiça, o direito de ação e de defesa na amplitude prevista na Constituição Federal e nas normas processuais, é plenamente possível a ocorrência de variações rituais, boa parte delas, aliás, tendentes exatamente a potencializar a eficácia das garantias constitucionais citadas” (Ibid., p. 101). A ênfase deve estar, segundo pensamos, nesse último aspecto. Não é que a adaptação se viabilize quando não afrontar direito fundamental. Ela é realizada, justamente, com o fim de tutelar direito fundamental. Não que ser construídas soluções otimizadas diante dos conflitos principiológicos que se colocarem, empregando-se para tanto algum postulado normativo. Tutelando interesse do autor ou réu, os direitos fundamentais processuais podem forçar a superação de norma processual (legal), ainda que isso implique, como vai geralmente implicar, a restrição de prerrogativa legal reconhecida à outra parte.

²⁹² Ainda com essa opinião, claramente, sem indecisões, Paulo Eduardo Alves da Silva, em passagens, aliás, que endossamos por completo: “O *due process of law*, portanto, se mede pelas garantias constitucionais do processo. A regularidade formal é só um indicativo do devido processo, mas não é seu componente essencial ou condição exclusiva. As regras de procedimento servem para ordenar o processo, organizá-lo e dar forma a seus atos, mas não são a essência do processo e não podem ser alçadas ao nível constitucional” (*Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 96). Assim, o “mínimo necessário para qualquer processo judicial é dado pelas garantias constitucionais, não pelas minuciosas regras procedimentais. O ‘processo civil mínimo’ é o processo com o desenho constitucional: acusação legítima, defesa ampla, debate entre as partes, juiz imparcial, isonomia das partes, razoável duração, etc.” (Ibid.) Donde que “se o prazo de elaboração do laudo pericial não foi cumprido, o juiz não fixou os pontos controvertidos em audiência, a penhora não seguiu a ordem legal, ou o carimbo de protocolo não está legível, temos somente uma irregularidade procedimental, mas não a violação de uma norma constitucional. Isso parece óbvio, inclusive do ponto de vista da hierarquia normativa” (Ibid.). “A função do procedimento é ordenar o processo, o que sequer tem conseguido desempenhar a contento. [...] O procedimento absolutamente regular não necessariamente gera tutela efetiva, duração razoável, isonomia das partes, acesso à justiça, nem devido processo. O gerenciamento de processos [que passa pela flexibilização procedimental] é o mecanismo que contemplaria a função ordenadora inicialmente atribuída ao procedimento. Ele procuraria assegurar correspondência entre o processo concreto e as garantias constitucionais e conduzir a resolução do conflito de forma que a jurisdição se concentre em questões materiais. E as garantias constitucionais lhe servem de limite. Se a ordem dos atos for invertida, como a convocação de testemunhas para audiência preliminar, por exemplo [...], mas as garantias constitucionais do processo são observadas, trata-se de devido processo” (Ibid., p. 97). A propósito, a exposição do autor sobre os valores processuais consagrados constitucionalmente se desenvolve, claramente, segundo os polos antagônicos fixados, de uma parte, pelo acesso à justiça, com seus

Há muita continuidade, é verdade, entre o instrumentalismo e a doutrina coetânea vanguardista (seja ela um aprofundamento do instrumentalismo ou uma nova etapa metodológica, algo que, de resto, tem somenos importância). A ênfase do instrumentalismo estava, claramente, na observância dos princípios fundamentais do processo, embora sobrasse um importante resquício do legalismo procedimental típico da fase metodológica antecedente. Ademais, é vivamente atual o clamor, generalizado, pela instrumentalidade das formas e pela necessidade de normas processuais maleáveis.

Mas existe uma diferença fundamental. Hoje em dia, tais aspirações não costumam redundar, apenas, em críticas ao direito posto e a súplicas para que o legislador intervenha. Com o ferramental dogmático pós-positivista, pode-se avançar *de lege lata* com consistência e menor esforço, reparando ao menos em parte algumas das deficiências constatadas na legislação. Nesse contexto, já não se está apenas exortando que o legislador atue de certa forma. Exige-se que o juiz se responsabilize pelo procedimento, descabendo-lhe permanecer no papel de passivo observador do processo, que forçosamente teria que correr conforme o rito legal. Agora se reconhece que a adequação procedimental é uma necessidade imposta pelas normas de mais elevada hierarquia. É direito posto. Conforme afirma Marinoni,

o poder de adequação procedimental do juiz não é restrito às normas processuais abertas, uma vez que a falta de previsão legal de técnica processual idônea à tutela do direito material ou mesmo a fixação de técnica processual inidônea obrigam o juiz a identificar a técnica processual adequada a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva²⁹³.

Como se observa, o princípio da adequação procedimental, nessa angulação, não serve apenas para sugerir aprimoramentos na lei existente. Atua *de lege lata*, em caráter normativo, propriamente. Essa passagem vem sendo feita pela doutrina. Aparece nos estudos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Escrevendo em 1999, preconizava a adoção, em reforma legislativa, do postulado da adequação formal como princípio geral do processo²⁹⁴.

corolários (Ibid., p. 91-3), e, de outra, pelo devido processo, com suas decorrências (Ibid., p. 93-4). Como soe acontecer, porém, o devido processo acaba, em certa altura, conglobando também o acesso à justiça (Ibid., p. 94).

²⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 437.

²⁹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 59-69, out./dez. 1999, p. 66. O estudioso avançava propostas de reforma legislativa com o fim de incrementar o diálogo no processo, entre as quais a que aqui interessa, feita sob a referência de disposição do tipo existente no direito português: “O estabelecimento, como princípio geral do processo, do princípio da adequação formal, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo”. O autor não examinou o assunto com detença, de sorte que pode ser incorreta a leitura que fazemos, no sentido de que ele não vislumbrava carga normativa *de lege lata* no princípio da adequação.

Mais recentemente, apregoa que tudo “veio a mudar com a emergência dos princípios, considerados nessa nova perspectiva como direitos fundamentais, que podem e devem ter lugar de destaque na aplicação prática do direito, sobrepondo-se às simples regras infraconstitucionais”²⁹⁵.

Analogamente, Fredie Souza Didier Júnior, no começo dos 2000, fechava o seu importante ensaio sobre os princípios da adequação e adaptabilidade do procedimento por meio de referência à proposta de Alvaro de Oliveira no sentido de se modificar a legislação²⁹⁶. No raiar dos 2010, tudo mudava, realmente. O princípio da adequação é apresentado como decorrência da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal. Por meio dele, o magistrado é autorizado a corrigir o procedimento que se revele inconstitucional²⁹⁷. O princípio pode atuar diretamente, sem intervenção do legislador, afinal, se “a adequação do procedimento é um direito fundamental, cabe ao órgão jurisdicional efetivá-lo quando diante de uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto, que impede a efetivação de um direito fundamental (à defesa, à prova, à efetividade etc.)”²⁹⁸.

A questão alusiva à adequação do procedimento é apenas uma pequena parte, de reduzida importância relativa, de uma ingente transformação. É o movimento geral de ductilização do direito especificado em uma específica seara. Com a atribuição de normatividade aos princípios, convolados em direitos fundamentais, presencia-se, como

²⁹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil...*, op. cit., p. 118. Ao tratar especificamente do princípio da adaptação do procedimento, apresentado como aspecto que relativiza as bases internas do formalismo, o processualista não chega a lhe vincular o poder normativo exigido para o eventual sobrepujamento da lei ordinária, sendo a exposição centrada naquelas notáveis lições de Galeno de Lacerda (Cf.: *Ibid.*, cap. II, 15.2). Parece-nos, entretanto, que essa deva ser a posição do erudito estudioso atualmente. A propósito, aqui se toca em um dos problemas próprios ao estudo que é feito em tempos de transição. É muito fácil se enganar, tomando a lição antiga como atual.

²⁹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza, *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo...*, op. cit., p. 11.

²⁹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza, *Curso de direito processual civil*, v. 1, op. cit., p. 68-73.

²⁹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza, *Curso de direito processual civil*, v. 1, op. cit., p. 72. Antônio Veloso Peleja Júnior representa que a “doutrina dominante”, a que vincula Piero Calamandrei e José Roberto dos Santos Bedaque, conceberia o princípio da adaptabilidade ou elasticidade procedimental como regra processual, com eficácia restrita às hipóteses de maleabilidade expressamente positivadas na lei (A adaptabilidade do procedimento..., op. cit., p. 45-8). Sem dúvida, como afirma o estudioso, “para Calamandrei é a própria lei que fixa de forma expressa a possibilidade ou não de aplicação do princípio da adequação, em um meio termo entre a legalidade e a pluralidade das formas” (*Ibid.*, p. 47). A grandiosidade de Calamandrei também não pôde escapar do legalismo que predominava no ambiente: adequação procedimental é aquela, e somente aquela, que a lei permite expressamente. A Constituição não é figura que se menciona (Cf.: CALAMANDREI, Piero, *Instituições de direito processual civil*, op. cit., p. 264-73 e 312-5). Segundo pensamos, o problema, porém, não é conceber a norma como princípio ou regra, mas sim definir a eficácia do princípio. O preceito que prevê a necessidade de adequação do procedimento sempre foi tido como um princípio, mas hoje tem um significado diferente porque a eficácia dos princípios é reconhecidamente outra (e não porque se tenha transmutado de regra em princípio). Até o passado próximo, não se cogitava de usar princípios constitucionais para denegar curso às soluções legislativas. Os princípios atuavam nos termos definidos pelo legislador, concretizados em regras. Hoje constituem, também, problema do juiz.

sintetiza Alvaro de Oliveira, “uma mudança de paradigma [que] introduz um direito muito mais flexível, menos rígido”²⁹⁹ Verifica-se a superação da visão estática da “primeira constitucionalização do processo, que conduziu a uma simples constitucionalização formal dos princípios processuais, cujos efeitos se exauriam em um enquadramento garantístico, mas que não permitia uma interferência direta e inovativa na realidade processual”³⁰⁰.

Mencione-se que a dogmática principiológica e constitucionalizada não é a única capaz de vislumbrar vias procedimentais inovadoras, embora pareça a mais bem aparelhada para conduzir a tarefa, tendo amplo raio de alcance e pleno potencial para oferecer soluções convincentes. Nada obstaculiza que construções mais tradicionais possam produzir tal resultado por meio, simplesmente, de interpretação criativa da lei ordinária, sem muitas referências a normas constitucionais, direitos fundamentais, princípios menos conhecidos, etc.³⁰¹ Tampouco há impedimento, por óbvio, à articulação de arrazoados mais ortodoxos com os alicerces que se possa haurir das novidades pós-positivistas. Muitos caminhos podem levar a um mesmo destino³⁰².

²⁹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil...*, op. cit., p. 118.

³⁰⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil...*, op. cit., p. 132.

³⁰¹ Em dados casos, aliás, uma abordagem tradicional, sem muito constitucionalismo, pode até ser mais proveitosa. Adroaldo Furtado Fabrício defende, em parecer, a possibilidade de flexibilização dos exíguos prazos de resposta na ação de prestação de contas (CPC, art. 915, *caput* e § 2º), que seriam absolutamente impraticáveis na específica situação considerada, em que correntistas exigiam de bancos contas cuja prestação implicaria gigantescas pesquisas e manuseio de expressivo volume de documentos, que precisariam ser organizados. Constrói um arrazoado plenamente convincente, articulado, no principal, de uma forma bem familiar, ortodoxa, centrada na lei. Pugna por uma leitura alternativa, sistemática, da legislação infraconstitucional. Entre tantos fundamentos, alude ao caráter agudamente instrumental do direito processual e ao princípio da utilidade dos prazos, chegando a uma interpretação criativa do art. 183 do CPC (Cf.: *Flexibilização dos prazos como forma de adaptar procedimentos – ação de prestação de contas. Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 413-444, jul. 2011).

³⁰² Na obra publicada em 2008, Fernando da Fonseca Gajardoni advoga a possibilidade de flexibilização procedimental judicial (adequação procedimental judicial atípica, na tipologia por aqui seguida) com o emprego de argumentos bastante diversificados. O discurso principiológico e constitucional é presente, em abundância, mas se mostra, em nosso sentir, sem aquele pleno desenvolvimento que se constata em um Marinoni (Cf.: *Flexibilização procedimental...*, op. cit.). Eis um trecho representativo, que poderia ser facilmente vertido para a linguagem que enfatiza os princípios e direitos fundamentais: O fundamento para a flexibilização “se encontra na premissa de que as regras procedimentais não têm um valor em si mesmo e devem ser examinadas à luz dos objetivos para as quais concebidas, bem como do interesse efetivo das partes. Por isso, inexistindo procedimento ideal para a tutela de dada situação, seja no plano prático, seja simplesmente no plano normativo, compete ao juiz, com a participação efetiva das partes em contraditório útil, adequar o procedimento às peculiaridades da causa, criando ou mesclando ritos. Assim o fará, em caráter excepcional e fundamentadamente, só quando constatar: (a) a inexistência de previsão legal adequada; (b) a inutilidade da regra formal avaliada no seu aspecto finalístico; (c) a situação das partes litigantes, a justificar variação ritual, a bem da igualdade material ou do consenso” (Ibid., p. 105).

3.5 Razões para a flexibilidade procedimental

3.5.1 Recuperar a coerência sistêmica

Anteriormente, verificou-se que o Código de Processo Civil de 1973 surgiu empolgado por concepções científicas e ideológicas já vencidas na época, atualmente completamente ultrapassadas. Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que comunga, na essência, com aquela avaliação, ele materializou o último herdeiro pátrio da tradição codificadora. Liberal e individualista, o Código fixava uma ordenação técnica e unitária do fenômeno processual, em sistema repleto de normas casuísticas e pobre em cláusulas gerais. Concebido exclusivamente para a solução de litígios individuais, prestigiava o valor da segurança jurídica, ressaltando a autoridade do juiz³⁰³.

Fora de sintonia com as tendências da contemporaneidade, o Código de 1973 já nascia velho, tanto que reformas diversas logo surgiram, operando dentro e fora dele, em abundância e com amplo sentido transformador. Na década de 1980, emergem os juizados especiais, comprimindo o raio de atuação do direito processual ordinário. A tutela coletiva de direitos é introduzida mediante a Lei da Ação Civil Pública, mais tarde articulada com o Código de Defesa do Consumidor. Assumindo caráter propriamente normativo, a Constituição de 1988, com seus princípios e direitos fundamentais, influenciou intensamente o direito processual³⁰⁴.

A partir de 1987, operam-se as chamadas minirreformas, talvez a vertente “mais importante para a desestruturação do sistema do Código Buzaid”³⁰⁵. Elas incrementaram os poderes do juiz, resultando em uma “reformulação estrutural do processo civil brasileiro e a transformação de um modelo preocupado com a segurança para um modelo, em regra, mais empenhado na efetiva tutela dos direitos”³⁰⁶. Com efeito, o sentido das reformas é definido pela busca de efetividade, pagando-se o preço cobrado pela, real ou aparente, diminuição da segurança. Sob tal pano de fundo podem ser compreendidas, por exemplo, as inovações relativas à ordinarização da tutela antecipada, ao sincretismo processual e também, quanto às

³⁰³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Processo civil brasileiro e codificação*, op. cit., p. 261-3.

³⁰⁴ É como observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, sistematizando que a superação da dissonância entre o Código de 1973 e as determinantes constitucionais e culturais foi realizada “por três vertentes poderosíssimas, que se conjugaram para a erosão direta do sistema, ajudadas ainda pela pressão das forças sociais, da doutrina e da jurisprudência: a legislação extravagante e a criação de microssistemas; a promulgação da Constituição de 1988 e uma nova visão dos princípios e da lógica judiciária; e as inúmeras alterações introduzidas no próprio Código 1973 (as chamadas minirreformas)” (*Processo civil brasileiro e codificação*, op. cit., p. 266).

³⁰⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Processo civil brasileiro e codificação*, op. cit., 268.

³⁰⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Processo civil brasileiro e codificação*, op. cit., 269.

obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, à ruptura com os princípios da congruência entre pedido e julgamento e da tipicidade dos meios executivos.

O que importa neste passo é ressaltar que o sistema originariamente concebido no Código vigente foi destruído pelas novidades surgidas desde a sua promulgação. Do ângulo externo, o CPC teve a importância relativizada em virtude da introdução da tutela coletiva e dos juizados especiais. Embora o sistema processual ainda seja centrado no Código, sua compreensão não pode ser feita adequadamente sem que se tenha em conta, ao menos, aqueles dois subsistemas. Antes, o CPC definia o sistema. Por mais relevante que se mantenha, hoje apenas é uma das suas peças componentes.

Mais importante para o presente ponto de vista é observar que o Código Buzaid foi desfigurado na sua própria intimidade. Originalmente, ele era razoavelmente sistemático, uma de suas muitas virtudes, aliás. Com as reformas nele operadas, esse atributo já não existe mais. O resultado disso é que muitas de suas normas não fazem mais sentido. Faziam quando compunham o arranjo original, no seu contexto cultural e metodológico. Estão fora de lugar na configuração presente do Código, e correlato clima epistemológico. Tais preceitos não se articulam sistemicamente com o conjunto. Não são normativamente coerentes.

Neil MacCormick observa que “um critério comumente aceito de solidez de um argumento é que este argumento seja coerente como um todo”³⁰⁷. A coerência narrativa “se relaciona à justificação de descobertas de fato e à elaboração de inferências razoáveis a partir de provas”, ao passo que a coerência normativa “se relaciona à justificação de soluções jurídicas ou de proposições normativas no contexto mais geral de um sistema jurídico concebido como uma ordem normativa”³⁰⁸. Desenvolvendo o conceito de coerência normativa, o jusfilósofo assevera o seguinte:

[...] a coerência de normas (consideradas como um conjunto de algum tipo), depende de que elas "façam sentido" em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns. Pode-se, também, expressar isso como uma questão de satisfação de alguns princípios mais ou menos claramente articulados. Para que os princípios e valores sejam coerentes em si mesmos, exige-se que, na sua totalidade, eles possam expressar uma forma de vida satisfatória³⁰⁹.

O Código de 1973, na redação corrente, perdeu parte da coerência porque o conjunto não foi estruturado a partir de um mesmo princípio unificador. Diferentes vetores axiológicos tiveram peso diverso nos momentos, vários, de concepção das normas que, hoje,

³⁰⁷ MacCORMICK, Neil, *Retórica e Estado de Direito*, op. cit., p. 247.

³⁰⁸ MacCORMICK, Neil, *Retórica e Estado de Direito*, op. cit., p. 247.

³⁰⁹ MacCORMICK, Neil, *Retórica e Estado de Direito*, op. cit., p. 252.

estão todas nele integradas. A síntese valorativa expressada no princípio geral unificador não se manteve idêntica ao longo do tempo. Especificamente, nas partes reformadas o valor segurança (devido processo legal, na sua dimensão garantista, estritamente processual) foi mitigado em favor do valor efetividade (tutela jurisdicional efetiva, como preferimos, ou devido processo legal na sua dimensão ligada ao direito material). Em suma, em certos pontos o valor segurança preserva a sua original robustez. Em outros, perdeu vigor para o bem da efetividade. O conjunto é normativamente incoerente³¹⁰.

Faz sentido que o juiz possa, como pode atualmente, antecipar a tutela, com as implicações procedimentais que isso possa ter, e não possa fixar prazo de, digamos, quarenta dias para a contestação? Em geral, a rigidez dos prazos ainda é normativamente coerente? A falta de poder no que tange ao rito combina com a vistosa potestade de determinar, inclusive de ofício, as providências necessárias, especificadas na lei ou não, à execução da tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer, com as decorrências procedimentais daí advindas? Faz sentido que o juiz possa, como pode hoje, a qualquer tempo conciliar as partes (inclusive, pois, antes de fazer correr o prazo para resposta, ou no meio da audiência), mas não possa alterar a ordem de produção das provas? Os poderes instrutórios do juiz, na generosa extensão hoje reconhecida, harmonizam-se com ausência de liberdade no aspecto procedimental? É dizer, há coerência em que o juiz possa assumir a produção das provas, com as implicações procedimentais correlatas, mas não possa tomar as rédeas do rito? Tem que ser mero observador do processo, que há de andar, a todo preço, conforme o rito legalmente definido?

A nosso ver, a resposta para todas essas indagações é negativa. As regras procedimentais detalhadas e rígidas, ou entendidas como rígidas, não são mais

³¹⁰ Aliás, a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de Código de Processo Civil identificou no rompimento da organicidade do sistema uma boa razão para a promulgação de um novo estatuto processual. Eis o que diz a exposição de motivos sobre o assunto: “O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições. A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1.994, a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela; em 1.995, a alteração do regime do agravo; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema. O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma conseqüência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito. Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.”

normativamente coerentes. Elas ficaram presas ao valor segurança, que já não tem a mesma dimensão em outras partes, reformadas, do direito processual. Naturalmente, é no teor das mudanças, orientadas para a efetividade, que se capta o sentido que deve orientar uma compreensão unitária do direito processual.

Sendo assim, então a recuperação da coerência normativa do sistema deve passar pela gestação de uma nova concepção acerca do regime procedimental. A segurança da rigidez deve abrir espaço para a efetividade da flexibilidade. Estão em xeque os exageros detalhistas da lei em matéria procedimental, como estão provavelmente desatualizadas as interpretações que redundam em rigidez ritual. Muitas vezes não é preciso reformular o texto normativo, mas sim rever velhas dicções. Produzir, assim, novas normas, suaves em vez inflexíveis, a partir dos mesmos textos. Afinal, é certo que independentemente “de seus defeitos, um Direito coerente é preferível ao incoerente, e são preferíveis as interpretações de um Direito potencialmente incoerente que recuperem, na medida do possível, uma autopercepção coerente”³¹¹.

3.5.2 Viabilizar o acesso à justiça

A questão da rigidez do procedimento compõe um problema, mais amplo, que diz respeito ao sistema processual na sua integralidade e, também, à formação dos juristas. Aquela abundância, minudência e complexidade da legislação processual enseja que o processo se torne um campo de guerra acerca de si mesmo, quer dizer, fornece a matéria-prima cujo manejo degenera a jurisdição em um palco para gigantes debates sobre minúsculos

³¹¹ MacCORMICK, Neil, *Retórica e Estado de Direito*, op. cit., p. 265. Talvez a incongruência do sistema estivesse presente já na sua origem, problema agravado com as modificações supervenientes. Paulo Eduardo Alves da Silva não alude expressamente à desfiguração provocada pelas reformas ao constatar o descompasso lógico entre, de um lado, a atribuição de poderes de direção ao juiz, junto com tantas outras normas que permitem alguma atividade gerencial sobre o processo, e, de outro, a fixação de um “regime procedimental rígido, minucioso, preclusivo e indisponível, que serve de limite ao controle do juiz sobre o andamento do processo. Ao abrir canais para o gerenciamento de processos e fixar um procedimento fechado, a legislação processual brasileira parece dar orientações contraditórias. A lei concede ao juiz a direção do processo, mas reserva a si o controle geral do procedimento” (*Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 89-90). Observa ainda que “a legislação brasileira de todo o último século parece ter investido no aumento dos poderes do juiz como meio para promover a justiça. A teoria publicista do processo desenvolvida no final do século XIX [...] constitui um dos eixos dos códigos de 1939 e 1973. Ambos colocaram o juiz em posição de destaque na relação jurídica processual, enfatizando o caráter inquisitorial do modelo processual brasileiro” (Ibid., p. 115-6). Vê-se que também desse plano mais panorâmico é possível avistar que a tibieza dos poderes procedimentais do juiz não faz sentido no atual contexto. Seus poderes se desenvolveram imensamente, dinâmica que, porém, não atingiu plenamente a questão alusiva ao manejo do rito. O conjunto não é harmônico. Muito poder aqui e, contraditoriamente, pouco poder ali.

problemas formais³¹². Não perdeu a atualidade o diagnóstico de Egas D. Moniz de Aragão, feito há cerca de dez anos, assim resumido:

Imperam a burocracia e o formalismo, consagrado sem parcimônia na disciplina desses incontáveis procedimentos. O resultado, como é fácil de prever, é a preponderância de intrincadas questões formais em torno de nugas, próprias de um processo assaz burocratizado e formalista, o que pode ser observado na atuação diuturna dos juízos e tribunais, que, ao invés de se concentrarem no litígio, isto é, na questão substancial, vivem a enfrentar e a decidir – sem uniformidade (o que gera recursos e mais recursos) – quítilas procedimentais criadas pela interpretação e cumprimento das normas disciplinares de cada qual dessas muitas dezenas de procedimentos³¹³.

Esse absurdo é daqueles mais ou menos naturalizados, ao menos para a grande maioria dos operadores. É instintivo que se façam sérias lucubrações sobre questões formais antes de ir à justiça, convindo, ademais, preparar-se para o longo desenrolar do rito, com suas batalhas processuais, que não de surgir a cada passo. É apenas natural que a defesa alegue um volumoso rol de questões formais, tudo a impedir o exame do mérito. É trivialidade cotidiana observar os tribunais gastarem grande parte do tempo debatendo acerca da possibilidade de examinar o mérito. De certa forma, o cenário encontra amparo e escusa, ao menos remotamente, naquelas lições fatalistas, ainda divulgadas embora estejam vencidas, no sentido de que a legalidade das formas constitui uma solução universal.

Fosse como fosse, imerso nos pressupostos que lhe constroem a visão, o jurista pode não perceber naquilo tudo um problema, como pode conceber que assim deva ser por força, digamos, da natureza das coisas. Ao constatar as gloriosas discussões processuais, o cidadão comum, observando de fora, logo pergunta: sim, mas e o direito material? Pois é. O sistema tem as suas perversidades. Um calvário para quem tenha direito. Um regozijo para quem não tenha, notadamente para os litigantes habituais, sempre poderosos. Mais comumente, é para esses que a forma assegura a liberdade. Como lembra Paulo Eduardo Alves da Silva, a profusão de regras processuais pode beneficiá-los, eles que com frequência exploram o

³¹² Não é só Cândido Dinamarco que, como visto mais cedo, censura a minudência da legislação processual brasileira. A respeito, Paulo Eduardo Alves da Silva pondera que “a disciplina normativa dos procedimentos judiciais no Brasil é extensa e minuciosa”. O procedimento ordinário, residual em relação aos inúmeros ritos especiais, regulado em mais de duzentos artigos, “prevê em detalhes as várias etapas que a solução do litígio atravessa. O processo é integralmente escrito, há pouquíssimas oportunidades para debates orais e um nível baixo de concentração processual. Os procedimentos do processo de execução também são minuciosamente fixados em lei e escritos. A execução por quantia certa contra devedor solvente, por exemplo, é regulada em quase 100 artigos e um sem-número de parágrafos e incisos de minuciosas orientações sobre como deve ser realizada a penhora, o auto de penhora, o depósito, a avaliação, o laudo, o edital, a hasta pública, o pagamento, a adjudicação, etc. A minúcia procedimental também é verificada nos procedimentos dos vários recursos e nos inúmeros procedimentos cautelares e especiais estabelecidos no código. Não seria exagero afirmar que a grande maioria das disposições do Código de Processo Civil brasileiro é composta de regras procedimentais” (*Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 100).

³¹³ ARAGÃO, Egas D. Moniz de, *Procedimento...*, op. cit., p. 54-5.

sistema como meio para, ao invés de resolver, protrair o conflito, lucrando com a morosidade judicial³¹⁴.

A legislação serve bem para o ideário burguês do século XIX e sua sabida fixação na segurança jurídica, presumidamente ensejada pelas formas, que, assim, deveriam ser muitas e rígidas. Os que têm em conta as necessidades contemporâneas podem concluir, como às vezes se ouve, que “o sistema foi feito para não funcionar”. A forma mostra-se como um recurso útil aos maus pagadores, compõe o material cujo domínio assegura a posição dos advogados mais habilidosos, e serve para que os juízes possam fugir ao trabalhoso exame do mérito. Nada disso parece próximo de qualquer noção de justiça minimamente palatável.

De mais a mais, as formalidades hoje em dia se caracterizam, sobretudo, como uma colossal fonte de insegurança jurídica, muito ao contrário do que Montesquieu ou Jhering poderiam prognosticar, circunstância comprobatória, aliás, de que também os maiores gênios podem estar enganados. O direito mais certo do mundo, conforme atestado por qualquer observador razoável, fica em risco assim que chega ao foro. Vai que, por exemplo, saia ilegível a autenticação da guia de preparo daquele recurso que se interpõe contra o julgado teratológico, assim produzido porque o magistrado, depois de resolver as preliminares, não teve tempo suficiente para examinar adequadamente o mérito. O apelo pode não ser admitido. Perigoso.

Jhering haverá de autorizar o uso daquela sua belíssima alegoria, pois a empregaremos, aproveitando para mostrar o que se pode fazer com as formas, para expressar noção contrária à que originalmente a preenchia: nas presentes condições, a forma é amiga jurada da chicana e irmã gêmea da injustiça. Nitidamente, é enganada aquela vinculação simplista, tida por necessária, que se costuma(va) ver entre, de um lado, forma e, de outro, justiça, segurança e liberdade³¹⁵. Cumpre averiguar, em cada caso, a justiça da forma, que

³¹⁴ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 29-33. Sobre a nossa condição hodierna, o estudioso sumaria, com razão, que o “perfil dos problemas da Justiça Brasileira (acesso seletivo à justiça, processualismo, morosidade, burocracia judicial, etc.) sugere que o formalismo é em si um risco à justiça. [...] As regras procedimentais são alçadas ao nível de garantia constitucional [...], o que define a situação de vantagem de uma das partes não é nem o direito subjetivo, mas a qualidade de sua defesa técnica e, nos julgamentos, os debates e a fundamentação giram basicamente em torno de questões processuais. A massa da população nem sequer entende uma sentença” (*Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 152).

³¹⁵ São bem conhecidas aquelas memoráveis proclamações de Montesquieu e de Rudolf Von Jhering, ainda muito divulgadas, em geral irrefletidamente. Para aquele, “as formalidades da justiça são necessárias à liberdade”, para esse, “a forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade”. A propósito, veja-se o elucidativo magistério de Paulo Eduardo Alves da Silva, em que condensa a ideologia liberal clássica, aquela que ainda influencia o processo: “a frase de Jhering no final do século XIX refletiu o pensamento jurídico ocidental durante mais de um século. Justamente o século da sedimentação da ciência jurídica processual tal qual hoje conhecemos. O direito processual foi sistematizado nesta época, sobre a premissa de que a *forma* é a *segurança* das partes contra o arbítrio do julgador: forma gera segurança, segurança traz liberdade e liberdade se

pode servir ao poder, e também os efeitos por ela concretamente produzidos, que podem ser diferentes do pretendido. Inclusive pela ótica temporal, prestigiada nestes dias: “é preciso notar que a curva da equação entre legalidade e segurança jurídica tem um ponto máximo, a partir do qual é negativa. Após certo nível de legalismo processual, o tempo dedicado à resolução do conflito diminui a segurança jurídica”³¹⁶.

Como sintetiza Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o mais autorizado estudioso da matéria entre nós, pode “acontecer, contudo, e esse é o âmago do problema, que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio”³¹⁷. Eis aí o formalismo excessivo, que “em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial”³¹⁸.

Todos esses problemas, como sabido, foram percebidos já faz muito tempo. Contra eles se insurgia a terceira onda de acesso à justiça, naquela conhecida sistematização de Cappelletti³¹⁹. O instrumentalismo se esforça faz tempo, com resultados apreciáveis, para conter os excessos processualistas. Há que se reconhecer, ademais, as notáveis conquistas alcançadas nos últimos anos, particularmente a criação dos juizados especiais, subsistema que quebra a lógica monolítica que até então regia o saber processual e a prática judiciária. Aliás, a ampla receptividade dos juizados serve para indicar o atraso do formalismo consagrado no

mantém limitando o poder do Estado. Este raciocínio contrapõe o indivíduo ao Estado e justapõe a segurança à forma. Neste cenário, a resolução de conflitos não tem outro caminho que a forma definida em lei. O julgador, um mal necessário, há de ser neutro e igualmente subordinado à lei [...]. O Estado Liberal construiu um formalismo legalista e de segurança, para contenção do arbítrio estatal em favor das liberdades individuais. E se, da perspectiva filosófica, o Iluminismo produziu igualdade democrática, da perspectiva institucional o Racionalismo produziu uma burocracia judicial especializada, procedimentos judiciais minuciosamente formais e juízes autômato-legais” (*Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 127-9). Com apoio em Michel Foucault, complementa, demonstrando o equívoco da vinculação que se usa fazer entre forma e justiça: “O formalismo que existiu no período anterior não era irmão da liberdade e inimigo do arbítrio, mas filho do poder. A procedimentalização, a tecnicização do saber jurídico, a sofisticação formal dos processos, registrados na Idade Média serviram para centralizar a justiça nas mãos do soberano, para concentrar um rentável método de circulação de riquezas e exercício do poder, não para conter seu arbítrio – pelo contrário” (Ibid., p. 128).

³¹⁶ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 131.

³¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, op. cit., p. 137.

³¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, op. cit., p. 137.

³¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à justiça*, op. cit., cf.: caps. 3 e 4.

processo comum³²⁰. Não há surpresa nisso. É um sistema que atende às necessidades correntes, não aquelas dos Oitocentos.

Apesar dos avanços, a obra permanece inconclusa, sem sombra de dúvidas. Em alusão à “compreensão invertida da importância da regra procedimental em relação ao direito material ou à resolução do litígio”³²¹, Paulo Eduardo Alves da Silva faz um balanço ao notar que “há décadas a corrente metodológica da instrumentalidade do processo combate semelhante equívoco. Ainda assim, a jurisprudência brasileira está repleta de decisões fundadas exclusivamente em raciocínio processual”³²².

A justiça é acessível apenas àqueles que têm a chave para operar as formas. Estes, e não juiz, nem a lei, nem as partes, têm o poder para conduzir os processos e influir nos julgamentos. Por mais que a instrumentalidade do processo tenha enfatizado o caráter secundário das regras de forma, a cultura jurídica parece dependente de um nível de formalismo que limita o acesso da população comum à justiça³²³.

São ecos tardios do período autonomista da ciência processual, ao qual, aliás, não poderíamos agradecer o suficiente pela riquíssima herança que nos transmitiu. Tal reconhecimento não impede a constatação, segura, de que o bem veio com encargos. Mais precisamente, não soubemos manter atualizadas as lições antigas em face das exigências novas. O espólio vai perdendo valor com o decorrer do tempo, à medida que se avolumam os gravames. Os filósofos já demonstraram que o conhecimento, quanto mais o jurídico, é precário, falível e situacional. Os conceitos, sempre históricos, devem servir aos homens, não o contrário. O pecado não está na revisão do acervo conceitual, como se isso representasse uma crítica, mas no malbaratar do legado por causa do atraso no trabalho de atualizá-lo³²⁴.

Presentemente, entende-se sem muitas cerimônias e controvérsias que o sobreprincípio constitucional que assegura o acesso à justiça não se exaure no direito à

³²⁰ Como capta Paulo Eduardo Alves da Silva, rememorando também a boa aceitação da tutela antecipada (*Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 130-1).

³²¹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 32.

³²² SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 32.

³²³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 152.

³²⁴ Calha lembrar aqui, novamente, a firme censura de Ovídio A. Baptista ao dogmatismo do saber processual, vezo que inspira a naturalização anti-historicista das instituições processuais, assim como induz a supressão de qualquer pensamento crítico (*Processo e ideologia...*, op. cit., *passim*, p. 16-8, 89-92 e 297-304, por exemplo). Excerto expressivo: o dogmatismo leva à “tendência para conceber as categorias processuais – por isso que apenas conceituais – como se elas fossem eternas. Este pendor pela ‘naturalização’ das instituições processuais constitui propriamente o *dogma*. Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual eminentemente *conceitual*, que se desliga da realidade social. Assim como as grandezas matemáticas não têm história, nem compromissos culturais, assim, também imagina-se que a constelação de conceitos jurídicos com que laboram os processualistas possa servir a qualquer sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades culturais. O pensamento dogmático considera natural que as estruturas legais de um processo civil concebido para a sociedade européia do século XIX sirva para a sociedade pós-industrial do século XXI” (Ibid., p. 300).

incoação da demanda tampouco na solene declaração oficial contida na sentença de mérito. Substantivou-se e agora abrange, assim, a factual tutela do direito vindicado, aquilo que, de resto, sempre interessou ao cidadão jurisdicionado. É o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Tudo isso soa natural até. Trata-se de uma contrapartida, bastante razoável, para a vedação estatal à autotutela.

Disso se extraí, sob a referência do art. 5º, XXXV, da Constituição, uma censura gravíssima, jurídica propriamente, à nossa atual conjuntura legal e jurisdicional. O juiz já não é mais a boca da lei, todos dizem. A Constituição tem eficácia normativa, garantem. Os princípios também, afirmam. Se assim for, então tudo está a indicar, no que importa para o presente trabalho, que o juiz deve ter muito cuidado ao prestar deferência às formalidades da lei. Ao fazê-lo, poderá comprometer direito melhor, advindo das alturas constitucionais. Com seu potencial de afrontar o direito fundamental de acesso à justiça, o formalismo legalista é postura cuja idoneidade deve ser sempre escrupulosamente verificada.

3.5.3 Combater o mecanicismo processual

Ainda que não quisesse, a tese que advoga legalismo, minudência e rigidez procedimental parece estimular a mecanização do rito e, sob certo aspecto, servir como escusa para os juízes que não acompanham devidamente o desenrolar do processo. Faz-se referência a fenômeno conhecido, cuja existência é, no mínimo, objeto de fundadas desconfianças: muitas vezes o sistema de justiça opera de modo maquinal, seguindo protocolarmente o *iter* cogitado na lei. Não visualiza o sentido de sua atividade, cego que está ao conflito subjacente à marcha processual. Em vez de mirar a distribuição de tutela, cumpre formalidades, segue burocraticamente o rito legal. Caso extremo do gênero é aquele, de que se tem notícia a todo o instante, em que o juiz se interessa por examinar o processo, finalmente, na hora de sentenciar.

Pode-se especular que a velha suposição de que o procedimento legal é indisponível – circunstância incontornável e, ainda, muito valiosa – por vezes esconde e, pois, impede o aproveitamento até mesmo da flexibilidade ritual inegavelmente existente. Muito embora a mazela possa ser causada também por outros fatores, soa indubitável que a generalizada percepção, intuitiva, de que o procedimento é intangível constitui variável que colabora para a reprodução da conjuntura. É a lei que resolve o problema procedimental, imagina-se, logo não há motivo para devotar muita atenção ao curso do processo. Basta

aplicar as normas legais. Não é preciso refletir. Tem-se nisso aí uma situação reveladora do vigor das lições clássicas, que não deixam de produzir efeitos, ainda quando já se tenha provado o equívoco, ou constatada a superação, de seus fundamentos.

A destruição da crença de que o procedimento em nosso meio sempre seja, e sempre deva ser, detalhadamente estratificado em normas legais indisponíveis acabaria por abrir espaço à industriabilidade humana. Muito obviamente, o legislador não tem capacidade, por mais habilidoso que seja, de especificar procedimentos adequados para cada situação concreta. Diante dela, atos legalmente previstos podem se mostrar rigorosamente inúteis, outros não cogitados podem se revelar absolutamente necessários. Ademais, a ordem dos atos abstratamente predisposta pode vir a ser dramaticamente canhestra no contexto de aplicação. Enfim, muitas vezes o formalismo legalista dificulta, ao invés de viabilizar e ajudar, a resolução do litígio. Ao se reconhecer no legislador o senhor (quase) absoluto do procedimento, renuncia-se à contribuição do juiz e das partes para a construção de um rito competente para o caso. Repele-se a participação dos maiores interessados no assunto, em claro desperdício de inteligência.

Como será visto em detalhes mais em frente, a disponibilidade procedimental, ainda que em nível mínimo, é, de fato, circunstância inegável no atual contexto metodológico da dogmática jurídica. Basta ter presente que as disposições constitucionais, inclusive as principiológicas, vieram a adquirir carga normativa nos últimos anos, entre nós maiormente a partir da Constituição de 1988. Ora, só isso basta para desatualizar e desautorizar aquelas preleções, legalistas, que induzem e indulgenciam a passividade do juiz em matéria procedimental. Querendo ou não, a normatividade constitucional obriga prescritivamente e, em certa medida, viabiliza dogmaticamente que o juiz tome as rédeas do processo, adequando o rito legal às necessidades do caso que se revelem sob a forma de direito fundamental.

Não faz muito tempo, teóricos e práticos podiam lavar as mãos diante do absurdo normativo, pois não havia um ferramental dogmático que permitisse o reparo dos abusos, erros e omissões do legislador infraconstitucional. Já não é mais assim. Não há mais escusa para os que encolhem os ombros diante dos desastres da lei, transferindo todas as responsabilidades para o parlamento. Há uma larguíssima margem para o aperfeiçoamento, via interpretação e integração, da legislação vigente. Nos tópicos seguintes será visto que há meios para o ajuste da norma ao caso, diminuindo-se o inevitável hiato, às vezes produtor de injustiças abomináveis, entre, por um lado, o abstrato e universal e, de outro, o concreto e individual.

Enfim, a irresponsabilidade judicial já não tem mais desculpas ideológicas nem epistemológicas. Em matéria de procedimento, pode sobreviver, porém, como decorrência do enorme viço, ainda hoje, do movimento por meio do qual veio a nascer o moderno direito processual. Cristalizando a base conceitual sistematizada pelo processualismo, acabamos, ainda que inadvertidamente, mantendo um pensamento jurídico que, além de ser cientificamente ultrapassado, já não serve para as necessidades sociopolíticas do presente.

3.5.4 Importância do exame do caso

Um jusfilósofo talvez pudesse endossar a especulação de que, para a perspectiva jurídica, a maior descoberta filosófica do século passado provavelmente tenha sido a do círculo hermenêutico. Segundo a tese, o processo interpretativo parte da pré-compreensão do sujeito, sua experiência e conhecimento, desenvolvendo-se dinamicamente, com interações recíprocas, conforme o processo avança, entre o sentido do conjunto e de cada parte. A todo passo, a pré-compreensão é alterada, repercutindo na interpretação feita dali por diante. O processo de interpretação e compreensão, portanto, é circular (helicoidal, mais precisamente). Não há como chegar a uma interpretação final, definitivamente correta, pois novas informações podem afetar a compreensão estabilizada³²⁵.

Para os fins aqui visados, essas brevíssimas palavras acerca do assunto são suficientes, pois já servem para evidenciar por que o pensamento circular, “que é estranho às ciências «exactas» e que é descurado pela maioria dos lógicos, é na Jurisprudência de um grande alcance”³²⁶. Efetivamente, o círculo hermenêutico tem largas implicações para o direito, algumas perturbadoras. Sendo verdade que a compreensão não é linear, mas circular, então o significado das normas hierarquicamente superiores, querendo ou não, é em parte definido pelo sentido das inferiores³²⁷. O significado do direito processual depende do sentido do direito material, e vice-versa. O significado de cada norma depende do sentido da sua

³²⁵ Uma exposição mais abrangente acerca do círculo hermenêutico, desenvolvida no interesse do ponto de vista jurídico, pode ser conferida em Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 285 et seq.)

³²⁶ LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 287.

³²⁷ Não surpreende, assim, em referência à hierarquização das normas, a proposta, “como complementação [a um] modelo de sistematização linear, simples e não gradual”, de “um modelo de sistematização circular (as normas superiores condicionam as inferiores, e as inferiores contribuem para determinar os elementos das superiores), complexo (não há apenas uma relação vertical de hierarquia, mas várias relações horizontais, verticais e entrelaçadas entre as normas) e gradual (a sistematização será tanto mais perfeita quanto maior for a intensidade da observância dos seus vários critérios), cuja consequência preponderante está alocada no plano da eficácia” (ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 127).

posição no sistema e da integralidade do direito³²⁸. Mais, o significado da norma é reciprocamente dependente do sentido do fato, donde a ingenuidade, de resto, do pensamento abstrato que se considera suficiente.

Nesse sentido, Zagrebelsky considera que o processo de interpretação é realizado por meio de um exercício circular, em vários ciclos, entre os fatos e as normas. Sempre que possível, deve ser encontrado um ponto de equilíbrio entre as exigências do caso e os comandos positivados³²⁹. O objetivo é mais facilmente alcançado quando existam normas abertas às quais se possa submeter a situação concreta. Com sua natural plasticidade, elas permitem atender bem as necessidades do caso, sem que seja necessário afrontar a regra prevista na lei³³⁰.

Nem sempre será possível, porém, tirar da lei uma interpretação que sirva para bem regular o caso concreto. No fundo, põe-se um problema semelhante àquele sempiterno dilema que, historicamente, já se especificou nas antíteses entre lei do homem e lei de Deus, entre direito natural e direito positivo, entre jusnaturalismo e juspositivismo, e entre soberania popular e direitos fundamentais. Para Zagrebelsky, as exigências do caso contam mais do que a vontade do legislador. No juízo de constitucionalidade, as demandas da lei, em circunstância de irredutível embate, são sobrepujadas pelas determinantes advindas da situação concreta. A solução é contrária à positivista, orientada pela máxima *dura lex sed lex*³³¹.

³²⁸ Em virtude do que se torna mais fácil compreender a insistência de um Eros Grau no sentido de que o direito não pode ser interpretado em tiras, aos pedaços (*Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*, op. cit., *passim*).

³²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 133-4. Original: “En el proceso de interpretación del derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección. Partiendo del caso se acude al derecho para interrogarlo y obtener de él una respuesta. A partir del caso, el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en un procedimiento circular (el llamado «círculo interpretativo») de dirección bipolar que finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas.” No mesmo sentido, ao tratar da eficácia externa dos princípios, Humberto Ávila pondera, citando Arthur Kaufmann, que “as normas jurídicas são decisivas para a interpretação dos próprios fatos. Não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente” (*Teoría dos principios...*, op. cit., p. 99).

³³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 136. No original: “Las posibilidades de la interpretación dependen además de la actitud del propio legislador. La discrecionalidad de que goza el intérprete para reconducir a la ley las exigencias de regulación que presenta el caso no sólo depende de los métodos de interpretación y de su número, sino también de la estructura de la propia ley. A veces, incluso, el derecho, por así decirlo, no presenta resistencia a ser interpretado de acuerdo con estas exigencias «casuísticas». Esto sucede sobre todo con las normas «elásticas» o «abiertas», es decir, las que utilizan las llamadas «cláusulas generales», cruz de todo concepción estrictamente positivista del derecho y de la función judicial y delicia de todo crítico de la misma. Cuando se expresa de este modo («buenas costumbres», «buena fe», «buen padre de familia», «interés público», «relaciones sociales justas», etc.), es el propio legislador quien declara su incapacidad para prever la concreta aplicación y quien autoriza expresamente que los casos y sus exigencias obtengan reconocimiento.”

³³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 134. Original: “Cuando el resultado interpretativo no violenta ni unas ni otras puede decirse que se hay «logrado» la interpretación. Pero cuando esto no sucede, se ponen de manifiesto las diferencias entre la concepción actual del derecho y la dominante en la

Nessa estrutura torna-se clara, de resto, aquela ideia de que o cenário pós-positivista articula uma solução intermediária entre positivismo e jusnaturalismo. Encontra-se um equilíbrio entre indisponibilidade e disponibilidade, entre continuidade e mudança no direito. Supera-se o direito instável e disponível, centrado na lei, dependente do legislador ordinário. Não se retorna, por certo, a uma concepção jurídica estática e transcendental³³². Mas surge, com a constitucionalização, uma referência razoavelmente fixa, que se coloca como critério para a verificação da lei. O sobrediscurso constitucional não é metafísico, mas é um sobrediscurso. O constitucionalismo permite, potencialmente, um direito melhor do que aquele puramente dependente do dizer do legislador. Há um meio de correção.

Voltando à proposta de Zagrebelsky para resolver o problema do caso para o qual não haja lei que sirva, observa-se que há nela uma pouco admissível abertura para o casuísmo, a não ser que realmente se refira, como sentido, apenas às situações limítrofes, que não devem ser tantas, supondo-se que a lei seja abstratamente constitucional. Não parece que, sempre, as exigências do caso tenham que prevalecer sobre a lei. As regras quase nunca servem perfeitamente. Apesar disso, algumas vezes tem que ser aplicadas, ainda que a solução não seja a ideal segundo tal ou qual parâmetro. Se o caso não for atípico em algum grau relevante, a regra incidente deve ser aplicada. É preciso equilibrar justiça individual com justiça geral.

A propósito, Karl Larenz já constatava há muito tempo que essa “questão de como é possível ao juiz chegar à decisão justa dos casos com a ajuda da lei ou, porventura, sem ela, ocupa todos os autores modernos da metodologia jurídica”³³³. Ao que consta, ainda não foi encontrada uma solução que pudesse ser acolhida por todos. Em termos mais próximos, dogmáticos, o problema toma a forma de um debate acerca da definição da posição dos

época del Estado de derecho decimonónico. Allí era la ley la regla jurídica que contrastaba con las exigencias de regulación y nada podía impedir su aplicación. Operaba la máxima *dura lex sed lex*, que es la quintaesencia del positivismo acrítico. Hoy, por el contrario, la imposibilidad de alcanzar aquella composición abre una cuestión que no afecta ya a la interpretación de la ley, sino a su validez. Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida.”

³³² Na modernidade, com o fenômeno da positivação, o direito transformou-se de âncora do *status quo* em meio para transformações, potencialmente incontrolável. O constitucionalismo foi a engenhosa fórmula de equilíbrio enfim identificada. Sobre a matéria, citando Niklas Luhmann, Tercio Sampaio Ferraz Júnior leciona o seguinte: “A concepção da lei como principal fonte do direito chamará a atenção para a possibilidade de o direito mudar toda vez que mudar a legislação. Destarte, em comparação com o passado, o direito deixa de ser um ponto de vista em nome do qual mudanças e transformações são rechaçadas. Em todos os tempos, o direito sempre fora percebido como algo estável face às mudanças do mundo, fosse o fundamento desta estabilidade a tradição, como para os romanos, a revelação divina, na Idade Média, ou a razão na Era Moderna. Para a consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser a usual: a ideia de que, em princípio, todo direito muda torna-se a regra, e que algum direito não muda, a exceção. Essa verdadeira institucionalização da mutabilidade do direito na cultura de então corresponderá ao chamado fenômeno da positivação do direito” (*Introdução ao estudo do direito...*, op. cit., p. 74).

³³³ LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 190.

princípios no pensamento jurídico, especialmente na sua relação com as regras. Para uns, os princípios são normas superiores, às quais as regras se subordinam. Para outros, cada modalidade normativa tem o seu lugar, inexistindo uma ordem de precedência.

Posteriormente essas questões serão retomadas. Por agora é preciso insistir na necessidade de considerar os fatos para o fim de definir o sentido da lei. Afinal, o “trabalho do intérprete-aplicador apresenta-se não apenas como uma tarefa de desocultamento ou de fixação de significados que, até certo ponto, permanecem escondidos, mas também como um esforço de mediação/superação desse abismo entre a generalidade da lei e a situação jurídica emergente dos casos particulares”³³⁴. Nessas condições, não há como sustentar qualquer forma de epistemologia abstracionista, indutora do mecanicismo na aplicação da lei.

No limite, aliás, a norma plenamente constitucional acaba, diante do caso, tornando-se flagrantemente inconstitucional. Não é preciso forçar tanto a imaginação para chegar a um exemplo. O prazo de contestação, rigidamente fixado na lei em quinze dias, é sem dúvida constitucional. Geralmente é um prazo útil, que viabiliza o exercício do direito constitucional de plena defesa. Mas não será diante, por exemplo, de uma ação particularmente complexa, digamos uma ação civil pública que, claramente, vem sendo preparada há anos, surgindo com trezentas páginas de inicial, dezenas de laudos, milhares de páginas de documentos...

A aplicação da norma, em hipótese quejanda, é evidentemente inconstitucional. Pode-se até arriscar um balanceamento entre princípios. De um lado, segurança jurídica (*i. e.*, o valor formal da regra) e efetividade tutelar, na sua faceta temporal. De outro, devido processo, especificado no direito à ampla defesa. Dadas as características mui singulares do exemplo, porém, até mesmo intuitivamente se percebe o desfecho de semelhante embate. Então, para viabilizar um processo devido (sobreprincípio), o juiz deve assegurar o direito de defesa em condições minimamente praticáveis (princípio), cabendo-lhe adequar a norma procedimental (subprincípio) e, assim, definir uma regra condizente com a situação concreta, fixando prazo maior do que o legal. Aqui fica bastante claro, novamente, que o devido processo não é, necessariamente, aquele predisposto na lei. Para evitar a aplicação inconstitucional de norma constitucional, o caso concreto tem que ser devidamente examinado. Quem fixa os olhos na regra legal pode não enxergar o direito.

³³⁴ BRANCO; COELHO; MENDES, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 49.

Enfim, no sempre abalizado magistério de Luís Roberto Barroso, o “fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame”³³⁵. Com efeito, há “situações em que a regra, embora perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra viola gravemente o próprio fim que ela busca alcançar”³³⁶. A doutrina pátria vem tomando consciência da hipótese. Trata-se de uma inconstitucionalidade *in concreto* propriamente, não de declaração *in abstrato* de inconstitucionalidade feita no contexto de um caso particular para o fim de resolver a situação concreta³³⁷.

Na seara processual, as leis que vedam a concessão de tutela cautelar ou antecipada contra a Fazenda Pública costumam levantar o problema. Há uma séria dificuldade em definir se a norma é, no plano abstrato, constitucional ou inconstitucional. Trata-se de uma espécie de ornitorrinco jurídico, preceito que não é inconstitucional, mas tampouco é constitucional. Fica a meio caminho. A decisão que se tomar sobre a lei *in abstrato* não vedará que, diante do caso concreto, se adote solução com sinal contrário. A admissão dessa possibilidade resulta, aliás, em um exemplo eloquente daquele fenômeno que vem sendo chamado de flexibilização do direito.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 223, que atacava a Medida Provisória n. 173, pela qual se proibia a concessão de liminares contra as medidas provisórias constantes do Plano Collor, o STF denegou a cautelar suspensiva do diploma impugnado, sob a ressalva, porém, de que a decisão não prejudicava, segundo o relator, o exame judicial da constitucionalidade em cada caso concreto. A questão deveria ser resolvida pela via difusa, não pela concentrada (rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29/06/1990). A norma foi tida por constitucional, mas, digamos assim, nem tanto constitucional. Na situação

³³⁵ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 385.

³³⁶ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 357. O estudioso referencia, neste passo, a obra de Humberto Bergmann Ávila, que se debruça sobre o assunto, em certa altura, para o fim de demonstrar que as regras também podem ser objeto de ponderação, tal como os princípios (Cf.: *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 44 et seq.).

³³⁷ A propósito, não se trata de descoberta original. Como informa Luiz Guilherme Marinoni, na “doutrina constitucional norte-americana é conhecida a distinção entre a impugnação da constitucionalidade da lei ‘na sua face’ e ‘como aplicada’ [...] o que revela claramente a separação entre o significado da lei ‘em abstrato’ e o significado da lei ‘diante dos casos concretos’ e a sua importância para o controle de constitucionalidade” (*Teoria geral do processo*, op. cit., p. 51). Rememore-se que se costuma falar em controle de constitucionalidade *in concreto* para reportar-se à fiscalização empreendida em vista de uma situação concreta (controle difuso, *incidenter tantum*) e em controle *in abstrato* para referir-se à verificação desvinculada de qualquer caso específico (controle concentrado, *principaliter tantum*). Essa terminologia tem os seus problemas, já que, na verdade, ambas as modalidades de controle abordam a norma em tese, quer dizer, em abstrato.

concreta, o juiz ainda poderia negar aplicação à regra por defeito de constitucionalidade, concedendo, assim, a medida liminar que em princípio estaria proibida³³⁸.

3.5.5 Derrotabilidade normativa

Mesmo a norma mais perfeitamente redigida, irrepreensível sob todos os aspectos, pode se mostrar inepta em contexto singular, inesperado, imprevisto. A circunstância lembra um problema bem conhecido, já tangenciado acima. A definição de regras necessariamente implica uma redução da realidade. Nem todas as variáveis podem ser consideradas na sua estipulação. Alguns aspectos podem não ser cogitados. Outros podem vir a adquirir relevância. A regra pode ter alcance menor ou maior que o pretendido. São casos de *lex minus* ou *magis dixit quam voluit*. Na esclarecedora lição de Humberto Ávila, as regras

determinam um curso de ação a ser seguido pelos destinatários nas situações em que o caso se enquadra nos seus termos. Para eliminar conflitos com um mínimo de efetividade, as regras devem prescrever, de modo inteligível e relativamente incontroverso, uma dada resposta para uma determinada gama de circunstâncias. Para fazê-lo, porém, elas precisam selecionar os fatos que serão considerados juridicamente relevantes, incluindo-os na sua descrição legal³³⁹.

A positivação de regras, assim, forçosamente envolve a seleção de variáveis para a formação da hipótese de incidência. Algumas entram na descrição da norma, outras ficam de fora. Desenvolve-se, a partir daí, o desenho de um fato arquetípico, para o qual se preceitua determinada consequência. Não há garantias, por certo, que o trabalho vá ser livre de defeitos. Em uma hipótese, pode acontecer de o texto normativo não abranger, na sua literalidade, alguns fatos que deveriam ter sido compreendidos. É o fenômeno da subinclusão. Também

³³⁸ A decisão é comentada em BRANCO; COELHO; MENDES, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 494-6. Os seguintes trechos do voto do relator do acórdão, Min. Sepúlveda Pertence, são esclarecedores: “Para quem, como eu, acentuou que não aceita veto peremptório, veto *a priori* a toda e qualquer restrição que se faça à concessão de liminar, é impossível, no cipoal de medidas provisórias que se subtraíram ao deferimento de tais cautelares *initio litis*, distinguir, em tese e só assim poderemos decidir neste processo –, até onde as restrições são razoáveis, ate onde são elas contenções, não ao uso regular, mas ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta à jurisdição legítima do Poder Judiciário. [...] Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação aquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva.” Caso semelhante foi percebido por Luís Roberto Barroso, que dá notícia do seguinte: “Pode acontecer de uma norma, sendo constitucional no seu relato abstrato, produzir um resultado inconstitucional em uma determinada incidência. Por exemplo: o STF considerou constitucional a lei que impede a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública (RTJ, 169; 383, 1999, DCMC 4, Rel. Min. Sydney Sanches), fato que, todavia, não impediu um Tribunal de Justiça de concedê-la, porque a abstenção importaria no sacrifício do direito à vida da requerente (TJRS, AI 598.398.600, 4º Câm. Civ., rel. Des. Araken de Assis)” (*Interpretação e aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 349).

³³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann, “Neoconstitucionalismo”..., op. cit., p. 12.

pode suceder o contrário, quando a expressão textual da norma alcança fatos para os quais ela, na verdade, não foi pensada nem dirigida. São casos de superinclusão³⁴⁰.

A regra pode se revelar completamente inadequada em determinadas situações. Em casos de superinclusão, não deve ser aplicada, a despeito do seu teor literal. Hipótese oposta, na subinclusão, deve ser aplicada, embora a textualidade do dispositivo não autorizasse. Humberto Ávila cogita de preceito que vedasse a condução de animais domésticos em veículos de transportes públicos. Malgrado o seu sentido imediato, deve-se entender que a norma não proíbe o uso de cão guia por deficiente visual (houve superinclusão, ou seja, a descrição da norma foi além da finalidade pretendida); e que ela veda que se viaje transportando um leão (subinclusão, a descrição típica ficou aquém do fim visado)³⁴¹.

A possibilidade de ajustar a regra às circunstâncias do caso, pela consideração de elementos ausentes ou pela desconsideração de elementos presentes no seu enunciado, depende da concepção que se tenha acerca do grau de formalismo que deve orientar a aplicação do direito. Ele “pode variar da rigidez absoluta de um modelo de formalismo puro à flexibilidade total de um modelo de particularismo puro, passando por modelos intermediários de rigidez moderada”³⁴². A primeira posição combina com a justiça geral, a segunda com a justiça particular. Por certo, entre os extremos há muitas outras possibilidades³⁴³.

Deve ser indubitoso que, tirando os maiores dos formalistas, todos podem concordar que os casos evidentemente anômalos exigem soluções diferentes daquelas predispostas pelas regras. Saídas *contra legem*, nesse sentido, têm que ser toleradas. Dizendo de outro modo, as regras jurídicas são “derrotáveis”, “excepcionáveis” ou “superáveis”, esses que são os diferentes termos utilizados para se referir ao fenômeno. O jurista deve estar aberto para a hipótese, do que exsurge a necessidade, outra vez, de olhar para os fatos. A norma que

³⁴⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann, “Neoconstitucionalismo”..., op. cit., p. 12-3.

³⁴¹ ÁVILA, Humberto Bergmann, “Neoconstitucionalismo”..., op. cit., p. 13.

³⁴² ÁVILA, Humberto Bergmann, “Neoconstitucionalismo”..., op. cit., p. 13.

³⁴³ Karl Larenz resume o problema todo do seguinte modo: “A maior parte das situações fácticas são por demais complexas. A norma, que tem de se simplificar, porque quer abarcar uma série de situações fácticas, apreende em cada situação fáctica particular apenas alguns aspectos ou elementos. E descarta todos os outros. Mas isto conduz não raramente à questão de se alguns dos elementos descuidados na norma são, no entanto, tão relevantes no caso concreto, que a sua consideração seja aqui ineludível, se não se quiser (a partir da noção de Direito) tratar o desigual como «igual» e assim resolver «injustamente»” (*Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 190). Coisa impressionante, o dilema já havia sido notado na Antiguidade, por Aristóteles (*Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006, Livro V). O filósofo pondera: “O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. [...] Desse modo, a natureza do equitativo é uma correção da lei quanto esta é deficiente em razão da sua universalidade” (Ibid., p. 125).

aparentemente incide pode, na verdade, não ser pertinente. Ou incide, mas não deve ser aplicada.

Da perspectiva da argumentação jurídica, MacCormick assinala que as regras servem para imunizar futuras disputas acerca de determinado ponto. Sucede, porém, que “tais regras podem se tornar menos claras do que inicialmente planejado e se sujeitar a novas interpretações à luz de algum princípio jurídico significativo em algumas circunstâncias relativamente incomuns”³⁴⁴. Nessas hipóteses, um “arranjo desenhado para atingir certos efeitos jurídicos deixa de operar para atingir tais efeitos por causa da ocorrência de circunstâncias anômalas”³⁴⁵.

O que é relevante sobre a *defeasibility* é que um arranjo construído com base em regras jurídicas, ou algum estado de coisas jurídico que emerge a partir de um conjunto de regras e eventos, pode ter uma aparência de validade e, no entanto, este arranjo ou “fato institucional” pode ainda estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide. Aquilo que inicialmente era reconhecida ou aparentemente válido torna-se aberto à contestação e passível de perder sua validade, ou mesmo revelar-se como inválido desde sempre, apesar de todas as aparências³⁴⁶.

Em sentido semelhante, já de um prisma dogmático de uma teoria normativa, Robert Alexy constata a “possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio”³⁴⁷. Portanto, também as regras têm um caráter *prima facie*, que é diferente, porém, do caráter *prima facie* dos princípios. Elas oferecem razões em tese definitivas, exibindo-se sob o amparo de determinado princípio material – do que seja oposto ao que lhe pudesse desacreditar – e do princípio formal que manda respeitar as decisões adotadas pelas autoridades legitimamente constituídas. Podem, nada obstante, ser superadas³⁴⁸.

Humberto Ávila desenvolve um modelo dogmático acerca das condições de superabilidade das regras, cogitando de requisitos materiais e procedimentais³⁴⁹. Quanto à dimensão material, afirma que “o grau de resistência de uma regra à superação está vinculado tanto à promoção do valor subjacente à regra (valor substancial específico) quanto à realização do valor formal subjacente às regras (valor formal de segurança jurídica)”³⁵⁰. Quanto mais importante for a segurança jurídica na interpretação da norma, menos receptiva

³⁴⁴ MacCORMICK, Neil, *Retórica e Estado de Direito*, op. cit., p. 311.

³⁴⁵ MacCORMICK, Neil, *Retórica e Estado de Direito*, op. cit., p. 311.

³⁴⁶ MacCORMICK, Neil, *Retórica e Estado de Direito*, op. cit., p. 311.

³⁴⁷ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 104.

³⁴⁸ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 103-6.

³⁴⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 114-120.

³⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 87.

ela será à possibilidade de se introduzir uma exceção. Devem ser levadas na devida conta os efeitos da superação para a maioria dos casos, buscando-se equilibrar, assim, justiça geral e justiça individual. Nas áreas penal e tributária, v. g., a segurança tem um papel primordial, o que preconiza maior resistência à superação das regras respectivas, com o que também se respeita o princípio da igualdade³⁵¹.

No aspecto procedimental, a superação exige uma justificativa coerente, que depende da demonstração da incompatibilidade entre a incidência da regra e a finalidade que lhe é subjacente, além da evidenciação de que o afastamento da norma não redundará em excessiva insegurança jurídica. Há que ser articulada, ainda, uma fundamentação condizente, quer dizer, as razões que levam à superação da regra devem ser devidamente enunciadas, de forma racional e transparente. Ademais, a superação deverá ser feita mediante prova, quando não for possível presumir, de que dela não resultarão prejuízos muito graves no que tange à segurança jurídica, custos de deliberação, coordenação e conhecimento³⁵².

Essa proposta oferece, sem dúvida, subsídios relevantes, que, quando nada, indicam a importância da segurança jurídica e a impostergável necessidade de levar as regras a sério. Elas só podem ser superadas em casos especiais, envoltos por circunstâncias mais ou menos anômalas (pressupondo-se, claro, a sua abstrata constitucionalidade). Entretanto, o modelo talvez seja rigoroso demais e, de qualquer forma, não resolve de per si nenhum problema concreto. De resto, é até certo ponto paradoxal estipular regras formais para a aplicação não formalista das regras. Em cada situação da vida, inúmeros fatores adicionais, imprevistos de um prisma geral e abstrato, costumam afluir e exigem consideração. Nem sempre será fácil antever o impacto da derrota da regra no grau de segurança jurídica do sistema, circunstância que sozinha não parece suficiente para proscrever a possibilidade de superação.

Como se observa, está-se novamente perante a questão alusiva ao grau de formalismo na aplicação do direito. Robert Alexy enquadra o problema em termos de nível de rigidez e flexibilidade de um ordenamento jurídico: ele será “tão mais rígido quanto mais forte for o caráter *prima facie* de suas regras e quanto mais coisas forem reguladas por meio delas”³⁵³. Em sistema baseado em uma Constituição de vigorosa força normativa, com princípios assumindo *status* pleno de norma jurídica, a aplicação das regras infraconstitucionais não pode ser feita a todo custo, a não ser que se suponha um legislador

³⁵¹ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 115-9.

³⁵² ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 119-20.

³⁵³ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 105.

infalível, lógico e sistemático, cioso dos princípios e fidelíssimo à Constituição. Como a presunção é insustentável, acaba que as regras também assumem um caráter *prima facie*, embora muito mais vigoroso do que aquele próprio dos princípios.

Interessante observar que a hipótese de incidência inconstitucional de regra constitucional, examinada no tópico antecedente, refere-se na verdade a um problema de subinclusão (*lex minus dixit quam voluit*) ou, mais comumente, de superinclusão (*lex magis dixit quam voluit*). São linguagens diferentes, ou ângulos diversos, para designar uma mesma questão. A negativa de aplicação de norma constitucional, porque a medida levaria a resultado inconstitucional, não é muito mais do que uma nova forma, atualizada aos parâmetros atuais da dogmática, de resolver desafios antigos, outrora manejados, por exemplo, mediante interpretação restritiva ou ampliativa. Uma grande diferença pode ser notada, porém. Por meio de interpretação restritiva ou ampliativa, geralmente delinea-se em abstrato o real alcance da disposição normativa. Já o reconhecimento da possibilidade de incidência inconstitucional de norma constitucional enfatiza a necessidade de levar na devida conta as circunstâncias do caso.

Como quer que seja, por óbvio nada impede que se use o grave discurso constitucional apenas nos casos em que isso realmente vier a ser necessário. Às vezes, basta interpretar a norma de modo criativo. Atualmente, convive uma pluralidade de linguagens dogmáticas, muitas vezes de aplicação fungível. A normatividade constitucional e principiológica abre novas possibilidades e facilita a solução de alguns problemas, viabilizando caminhos menos formalistas. Mas nem sempre será preciso utilizá-la ou, melhor ainda, nem sempre será preciso valer-se dela exclusivamente. Operará mais bem, por vezes, como força justificante para a interpretação inovadora da norma ordinária, eficácia essa reconhecida, aliás, aos direitos fundamentais principiológicos.

Entre as possibilidades de discurso de fundamentação, tem-se, ainda, o recurso à equidade no sentido aristotélico, de ajustamento da norma, que é geral e abstrata, ao caso específico, sempre individual e concreto. Na categorização de Humberto Ávila, a razoabilidade como equidade constitui um postulado normativo aplicativo, com base no qual a regra, naquelas situações comprovadamente anômalas, poderá deixar de ser aplicada. A norma incide, mas não deve ser aplicada³⁵⁴. Não é necessário usar a linguagem do controle de constitucionalidade. Bastaria, *v. g.*, demonstrar que a finalidade da regra é diferente daquilo que se atinge quando ela é administrada ao caso excepcional. Evoca-se o postulado e, assim,

³⁵⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., cf.: p. 152-5.

nega-se aplicação à regra. Partindo-se de uma interpretação restritiva ou ampliativa, pode-se sustentar que a regra sequer incide.

Tratando do direito processual, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira centra-se justamente na equidade ao abordar as ferramentas para o combate do formalismo excessivo³⁵⁵. O ilustre processualista anota, por exemplo, que se impõe “atentar às particularidades do caso concreto no trabalho de adaptação da norma, principal ou não, que por hipótese é geral e abstrata”³⁵⁶. Nesse sentido, “a equidade desponta como a justiça do caso concreto, como inarredável mediação entre o caráter abstrato do sistema e as exigências das hipóteses singulares e concretas”³⁵⁷. A ordem assegurada pelo formalismo não tem significado em si mesma. “Assim, se o juiz preservar as garantias das partes, vedado não lhe é adotar um ponto de vista mais maleável, adaptando o rigor formal ao caso, quando necessário para vencer o formalismo, obstaculizador da justiça na hipótese concreta”³⁵⁸.

As normas processuais, muito evidentemente, também são derrotáveis, quer abstratamente (via controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado) quer concretamente (negativa de incidência ou de aplicação, diante do caso, de norma abstratamente idônea). Como analisado previamente, de resto, a nossa legislação processual perdeu o sentido sistemático que teve até certo momento. Rígido e detalhista, o regime procedimental manteve a sua essência, ao passo que em outras áreas o processo se ductilizou, com a penetração de normas abertas que lhe mudaram completamente a fisionomia. Para a recuperação da coerência normativa, ainda que em nível insatisfatório, as normas rituais

³⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, op. cit., p. 137 et seq.

³⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, op. cit., p. 137.

³⁵⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, op. cit., p. 141.

³⁵⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, op. cit., p. 143. Em outro passo, o estudioso afirma que “a solução haverá de estar dentro do próprio sistema, pois, nessa matéria, como visto anteriormente, mostra-se inconveniente a atribuição de ampla liberdade ao órgão judicial” (Ibid., p. 139). O “formalismo excessivo deve ser combatido com o emprego da equidade como função interpretativo-individualizadora, tomando-se sempre como medida as finalidades essenciais do instrumento processual (processo justo e equânime, do ponto de vista processual, justiça material, do ponto de vista material), e os princípios e valores que estão na sua base, desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo” (Ibid., p. 143-4). A fixação de regras pormenorizadas, compressoras da latitude judicial, tende a redundar em maior recurso à equidade (ou mecanismo de suavização equivalente). A propósito, já foi mencionado que também nos estudos do professor Alvaro se percebe um desenvolvimento, com o incremento da preocupação, antiga, em pôr o formalismo (em que se inclui o procedimento, a espinha dorsal do formalismo) sob o controle de um prisma material (em particular, segurança e efetividade). Donde, de resto, uma bem-vinda proposta de formalismo-valorativo como alternativa ao formalismo excessivo, o que levou o estudioso a incluir, na 3ª edição de sua premiada obra, um subtítulo naqueles termos, constatado que a tese identificava uma nova fase metodológica do direito processual (Cf.: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil...*, op. cit., p. 15-6 – Nota Prévia do Autor à 3ª Edição).

devem ser consideradas, em geral, como sendo facilmente derrotáveis, isto é, deve ser pouco formalista a aplicação da regra procedimental. A superação da norma é saída excepcional, claro, mas não uma que exija, se corretas aquelas premissas, contexto notavelmente incomum.

Nada disso contradiz o reconhecimento de que, em termos gerais, “as peculiaridades da lei processual não são tais que sigam a utilização de cânones especiais de interpretação”³⁵⁹. Aliás, é prevalente entre os processualistas o entendimento “no sentido de acentuar a relevância da interpretação sistemática”³⁶⁰. Até porque os princípios, inclusive os constitucionais, “estão presentes em toda e qualquer norma processual e à luz dessa sistemática geral todas as disposições processuais devem ser interpretadas”³⁶¹.

Ainda de uma perspectiva panorâmica, poderia ser enfatizada, também, a importância da interpretação teleológica no direito processual, pois se trata de instrumento para a realização de determinados fins, que são dogmaticamente bem visualizados quando referidos à efetividade de certos direitos fundamentais, notadamente, de um lado, aquele que assegura um processo devido e, de outro, aquele que garante uma efetiva tutela³⁶². Se o processo é instrumento, então a dicção dos textos normativos correlatos, mormente daqueles referidos a procedimento, deve forcejar pela produção de leituras que o tornem adequado para os fins a que se orienta. Quando isso não for possível, a solução será denegar aplicação da norma processual, seja em nível abstrato seja no plano concreto.

Essas considerações não chegam a ter muita substância e, a bem da verdade, valem mesmo, sem muitos ajustes, só para as regras procedimentais. Veja-se, *v. g.*, que as normas sobre início (formação da relação jurídica processual, seus efeitos) e fim do processo (coisa julgada, regime correlato) devem ser tão precisas e detalhadas quanto possível.

³⁵⁹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 109.

³⁶⁰ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 110.

³⁶¹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 110.

³⁶² Enfatizando a importância da interpretação teleológica, ensina Adroaldo Furtado Fabrício: “Em Direito Processual, mais do que nas outras disciplinas jurídicas – por eminentemente instrumental que é – a percepção das normas segundo a sua teleologia é fundamental para a consecução dos resultados aos quais se volta à atividade jurisdicional. Nessa seara jurídica, mais do que nas outras, ao intérprete não é dado contentar-se com a leitura plana e gramatical dos textos normativos, porque todos eles se orientam por um objetivo maior do que a simples disciplina formal da marcha dos atos entre si encadeados: o de realizar, senão a justiça em termos absolutos, pelo menos a aplicação mais correta possível (na limitada escala humana) dos preceitos de Direito Material que tenham incidido” (Flexibilização dos prazos como forma de adaptar procedimentos..., op. cit., p. 422). Também Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ligando a questão à equidade: 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 direcionado para os fins últimos da jurisdição” (O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, op. cit., p. 141).

Ademais, sua aplicação deve ser formalista, rígida e mui resistente à superação. Seria impensável que esse tipo de matéria fosse regido por princípios simplesmente. Aí regras são imprescindíveis, porque a segurança jurídica é fundamental. As orientações gerais sobre a interpretação da lei processual, quando vindicam flexibilidade extraível de abordagem exegética teleológica, não têm tanta valia nessas específicas áreas.

Averigua-se que o pensamento geral e abstrato não consegue avançar muito nem mesmo quando restrito a um só ramo do direito. Ainda que enfocasse um específico problema, a análise em tese não poderia fazer mais do que oferecer uma solução *prima facie*. Sem cogitar de uma aplicação mecanicista do direito, formalista ao extremo, não há como resolver nada, propriamente, no plano abstrato, puramente normativo. Todo caso concreto deve ser carinhosamente examinado, ainda que para se atingir a conclusão, como geralmente vai acontecer, de que a solução trivial é adequada o suficiente.

A constatação da importância do caso e da condição excepcionável das normas jurídicas, aspectos intimamente relacionados, serve para censurar aquela postura, lamentável, que faz com que a demanda, sem ser analisada, seja processada rigorosamente, às cegas, conforme o rito abstratamente estipulado na lei. Já se observou que não “seria exagero indagar se o contraditório e a cognição exercidos no processo judicial brasileiro dediquem-se, hoje, mais ao cumprimento de ritos procedimentais do que à resolução efetiva e adequada do conflito”³⁶³. O vício produz situações absolutamente inaceitáveis, como aqueles julgamentos, sem resolução de mérito, proferidos depois de alguns anos.

Como mencionado mais acima, semelhante cenário é induzido, entre outros fatores, por aquela percepção, no mínimo duvidosa, de que o rito é indisponível. Assume-se que a lei, minuciosa, resolve o problema procedimental. Desse equivocado pressuposto não falta nada para deixar o processo correr às soltas, sem controle nenhum. Contemplativo, o juiz observa de longe o rito se desenrolar conforme presumivelmente comanda a lei em caráter peremptório, lei que se imagina suficiente e exauriente para bem manejar a causa. Tudo indica que o ativo manejo do procedimento tende, no cômputo geral, a produzir melhores resultados do que os obtidos pela passividade judicial.

³⁶³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de processos e cultura de litigância – a experiência do “case management” inglês. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 638.

Outros já puderam observar que “a simplificação das formas não basta para dar efetividade ao processo”³⁶⁴: é necessário que haja “uma postura ativa por parte dos operadores do direito no que tange à aplicação das formas para que o processo torne-se efetivo”³⁶⁵. Até há pouco, aquela fixação legalista bem que servia como desculpa para a omissão, afinal era difícil produzir flexibilidade nos termos da dogmática, ainda que se a quisesse. Hoje em dia a escusa não existe mais. Quando menos, o juiz pode e deve invocar a eficácia dos princípios constitucionais para, com isso, garantir real tutela aos direitos fundamentais processuais a partir deles extraíveis.

3.6 Direito alienígena e gerenciamento processual

A ductilização do direito é ocorrência generalizada não apenas porque alcança todas as disciplinas jurídicas, mas também porque se desenvolve em escala planetária, tocando ao menos os países ocidentais ou ocidentalizados. Também em matéria de procedimento, a evolução indica uma clara tendência no sentido da flexibilidade, com a superação do legalismo e do formalismo. Não é surpresa, assim, que a consulta ao direito alienígena revele sistemas em que tal importante passagem já tenha sido concretizada. A legalidade das formas já não é mais uma solução universal. Convém trazer algumas notícias a respeito, ponto em que é oportuno apresentar o modelo gerencial de condução de processos.

Em meados da década de 1990, sob o impulso de diretivas emanadas da União Europeia, Portugal veio a empreender amplas reformas em seu direito processual, por meio das quais surgiu, entre outras relevantes novidades, disposição que autoriza, em caráter geral, a modificação judicial do procedimento legalmente estabelecido. O juiz recebeu expressamente o poder de ajustar o rito abstratamente positivado na lei para, assim, poder adequá-lo às circunstâncias particulares do caso. O regime da legalidade das formas é abandonado, em clara ruptura com o sistema até então vigente³⁶⁶.

O preceito foi acolhido na parte geral do CPC lusitano, sendo aplicável, pois, a qualquer modalidade de processo, tanto nos declarativos (de conhecimento), como nos cautelares e também nos de execução. Ele consta do art. 265-A, cuja rubrica o nomeia de

³⁶⁴ GOMES NETO, José Mário Wanderley; NOGUEIRA, Felipe Santana Mariza. O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 160, p. 325-349, jun. 2008, p. 346.

³⁶⁵ GOMES NETO, José Mário Wanderley; NOGUEIRA, Felipe Santana Mariza, O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil, op. cit., p. 346.

³⁶⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio da adequação formal do direito processual civil português. *Revista de processo*, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 121-134, out. 2008, *passim*.

princípio de adequação formal. Ei-lo: “Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”³⁶⁷.

A jurisprudência tem admitido a incidência do princípio em fase recursal. Ademais, vem-se entendendo, em razão do papel subsidiário do direito processual civil, que a adequação formal pode ter curso também nos processos constitucional, trabalhista, tributário, administrativo e penal. É reconhecida a impossibilidade de se enumerar todas as hipóteses em que a adequação possa ter curso. A decisão que adapta o procedimento pode determinar a omissão de atos previstos e a realização de atos não previstos na lei, ou mesmo fixar, amplamente, uma tramitação sucedânea à cogitada legalmente. A adequação, porém, é medida excepcional, em qualquer caso³⁶⁸.

Embora tenha a silhueta de uma cláusula geral, a norma lusa exhibe um sentido bem peculiar. Encerra uma válvula de escape, expressamente prevista, ao regime procedimental tipificado na lei. Deve-se seguir, em princípio, o *iter* legal. Mas não é preciso tanto esforço, nem mesmo recorrer a discurso constitucional, para manipulá-lo com o fim de atender às exigências do caso. A disposição de além-mar logra produzir, com elegância e singeleza, um regime procedimental maleável. Adiante, argumentaremos que, a bem da verdade, o princípio da adequação, com um teor análogo ao preceito português, é já norma positivada também por aqui, embora sem corpo textual, circunstância que evidentemente dificulta o seu generalizado reconhecimento e, em especial, a sua operabilidade prática.

Fosse como fosse, o certo é que o arranjo português, apesar de superior em relação ao atual regime brasileiro (como concebido convencionalmente), mostra-se ainda tímido quando comparado aos modelos que podem ser reconhecidos como vanguardistas no tocante ao direito procedimental. A partir da década de 1970, alguns países desenvolveram uma perspectiva gerencial acerca do processo, colocando a sério o foco dos seus sistemas de justiça sobre a resolução de conflitos, ao invés do cumprimento de formalidades. O gerenciamento envolve uma amplíssima flexibilidade procedimental, aspecto que constitui, porém, apenas um dos elementos componentes do variado arsenal técnico da sistemática.

³⁶⁷ O texto consolidado do Código de Processo Civil português pode ser encontrado no seguinte endereço: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil> (Acesso em: 20 jul. 2012).

³⁶⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, O princípio da adequação formal do direito processual civil português, op. cit., *passim*.

Mais profundamente, o gerenciamento materializa um novo modelo de prática judiciária, envolto por uma racionalidade diferente daquela a que estamos habituados.

Na explicação de Paulo Eduardo Alves da Silva, o “gerenciamento de processos’ pode ser compreendido como o planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e custos”³⁶⁹. Ele “pressupõe a diversidade dos meios de resolução de conflitos, o controle do juiz sobre o desenvolvimento do processo e a adaptação do procedimento legal. A partir de tais premissas, cada ordenamento cria regras mais ou menos flexíveis de condução planejada de processos”³⁷⁰. O gerenciamento, como insiste o estudioso, supõe e incentiva uma nova racionalidade no funcionamento da justiça. É muito mais do que um conjunto de técnicas. Implica uma mudança cultural³⁷¹.

A par das dimensões ligadas à administração judiciária, de recursos materiais e tecnológicos, além da gestão de custos, em “caráter exemplificativo, e unicamente para fins didáticos, pode-se sistematizar o *case management* em técnicas de três naturezas: envolvimento judicial imediato com triagem dos casos, resolução amigável do conflito e flexibilização do procedimento”³⁷². “Outra premissa é de que o cumprimento formal do rito definido em lei não assegura a justa resolução do conflito. É preciso que o juiz enquadre o caso ao procedimento, planeje os atos processuais, controle o andamento do feito e flexibilize, quando necessário, o procedimento”³⁷³.

Na Inglaterra, o *judicial case management*, que já era praticado em algumas cortes, foi consagrado como uma das bases do novo modelo processual implantado por meio do inédito código processual daquele país, as *Civil Procedure Rules*, editadas em 1998. Como objetivos supremos, entre outros, o estatuto estabeleceu a necessidade de assegurar a

³⁶⁹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 35.

³⁷⁰ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos e cultura de litigância...*, op. cit., p. 638.

³⁷¹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., *passim*, p. 84-7, e. g. Com efeito, o gerenciamento de processos adota uma perspectiva diferente da tradicional, enfeixando direito processual e administração judiciária. Amplamente, ele “pode ser compreendido como o conjunto de práticas de condução do processo e organização judiciária coordenadas pelo juiz para o processamento célere e efetivo dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário. Dentro dos limites da matriz constitucional e da lei, o juiz é provocado a ‘gerenciar’ os processos judiciais sob sua competência pela abertura a meios alternativos de resolução do conflito, otimização dos instrumentos disponibilizados em lei, corte dos excessos de forma, flexibilização e adaptação do procedimento legal às circunstâncias do caso e do juízo, aproveitamento da fase de saneamento, maximização da oralidade e concentração de atos processuais, acompanhamento do fluxo de processos no cartório e coordenação de suas atividades, etc. A filtragem de litígios de massa e as demandas repetitivas pela vinculação jurisprudencial também pressupõem a racionalidade gerencial aqui debatida, na modalidade de ‘gerenciamento do volume de processos judiciais’” (Ibid., p. 21).

³⁷² SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos e cultura de litigância...*, op. cit., p. 644.

³⁷³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 36-7.

igualdade das partes, de economizar custos, de distribuir os recursos ao caso considerando a existência de outras demandas, de assegurar rápido e justo processamento das causas, e de tratá-las de forma proporcional aos valores, importância e complexidade³⁷⁴.

A lei cuida de arrolar um conjunto, exemplificativo, de técnicas voltadas ao atingimento daqueles objetivos fundamentais, algo a ser realizado por meio do ativo gerenciamento dos processos. Entre outros aspectos, determina que se promova o estímulo à resolução amigável do conflito, o recurso a meios alternativos de resolução de disputas, e a cooperação das partes na condução dos procedimentos. Também que se identifiquem desde o início as questões envolvidas, fixando-se cronograma ou outra forma de controle do andamento do feito, e que se profiram decisões para assegurar que o caso seja julgado rápida e eficientemente. E ainda que se considerem os custos das providências processuais que se pretenda determinar³⁷⁵.

A lei prevê três espécies de procedimentos comuns, determinados basicamente em função do valor da causa. A *small claims track* é própria para as demandas de até cinco mil libras, a *fast track* para as causas de até 25 mil libras e a *multi-track* para os processos complexos e importantes. A eleição dos ritos, porém, não é questão exaurida no plano legislativo, nem vinculada exclusivamente ao valor da causa. Com efeito, salvo nas situações expressamente vedadas, pode o juiz optar por qualquer dos procedimentos previstos. A lei apenas oferece parâmetros para a decisão a respeito, como o número de partes, a natureza da

³⁷⁴ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 42-4. Eis o dispositivo das *Civil Procedure Rules*, na língua original: “1.1 *The overriding objective*. (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly. (2) Dealing with a case justly includes, so far as is practicable (a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and (e) allotting to it an appropriate share of the courts resources, while taking into account the need to allot resources to other cases” (Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>. Acesso em: 20 jul. 2012).

³⁷⁵ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 44. *Civil Procedure Rules*: “1.4 *Courts duty to manage cases*. (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (b) identifying the issues at an early stage; (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others; (d) deciding the order in which issues are to be resolved; (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; (f) helping the parties to settle the whole or part of the case; (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case; (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it; (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion; (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court; (k) making use of technology; and (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.”

tutela pretendida, a provável complexidade jurídica ou probatória e a importância do caso para terceiros. Além disso, a escolha do procedimento pode ser revista posteriormente³⁷⁶.

A relativa liberdade na seleção entre os procedimentos previstos em abstrato é acompanhada, ainda por cima, de ampla latitude na manipulação do rito escolhido. Procedimentos podem ser mesclados. Prazos podem ser prorrogados ou abreviados, inclusive por acordo entre as partes, salvante a existência, nesta hipótese, de vedação pontual. O rito pode ser interrompido, com a prolação de decisão, assim que ficar claro que a demanda não tem perspectiva de sucesso ou que a defesa não tem reais condições de frutificar. O juiz dispõe de um vasto arsenal de poderes gerenciais, estando autorizado a adotar qualquer medida com o propósito de fazer com que o processo atinja os seus propósitos, salvo quando haja norma proibitiva específica³⁷⁷. Atente-se que entre nós o convencionalismo

³⁷⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. *Revista de processo*, São Paulo, v. 33, n. 161-178, set. 2008, p. 168-170. *Civil Procedure Rules*, preceitos selecionados: “26.1 *Scope of this Part*. (1) This Part provides for (a) the automatic transfer of some defended cases between courts; and (b) the allocation of defended cases to case management tracks. (2) There are three tracks (a) the small claims track; (b) the fast track; and (c) the multi-track; 26.5 *Allocation*. [...] (3) Before deciding the track to which to allocate proceedings or deciding whether to give directions for an allocation hearing to be fixed, the court may order a party to provide further information about his case. (4) The court may hold an allocation hearing if it thinks it is necessary [...]; 26.6 *Scope of each track*. [...] (3) Subject to paragraph (1), the small claims track is the normal track for any claim which has a value of not more than 5,000. (4) Subject to paragraph (5), the fast track is the normal track for any claim (a) for which the small claims track is not the normal track; and (b) which has a value (i) for proceedings issued on or after 6th April 2009, of not more than 25,000; and (ii) for proceedings issued before 6th April 2009, of not more than 15,000. [...] (6) The multi-track is the normal track for any claim for which the small claims track or the fast track is not the normal track; 26.7 *General rule for allocation*. (1) In considering whether to allocate a claim to the normal track for that claim under rule 26.6, the court will have regard to the matters mentioned in rule 26.8(1). (2) The court will allocate a claim which has no financial value to the track which it considers most suitable having regard to the matters mentioned in rule 26.8(1). (3) The court will not allocate proceedings to a track if the financial value of the claim, assessed by the court under rule 26.8, exceeds the limit for that track unless all the parties consent to the allocation of the claim to that track [...]; 26.8 *Matters relevant to allocation to a track*. (1) When deciding the track for a claim, the matters to which the court shall have regard include (a) the financial value, if any, of the claim; (b) the nature of the remedy sought; (c) the likely complexity of the facts, law or evidence; (d) the number of parties or likely parties; (e) the value of any counterclaim or other Part 20 claim and the complexity of any matters relating to it; (f) the amount of oral evidence which may be required; (g) the importance of the claim to persons who are not parties to the proceedings; (h) the views expressed by the parties; and (i) the circumstances of the parties[...]; 26.10 *Re-allocation*. The court may subsequently re-allocate a claim to a different track.”

³⁷⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*, op. cit., p. 170-3; e SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 45-6. *Civil Procedure Rules*: “2.11 *Time limits may be varied by parties*. Unless these Rules or a practice direction provide otherwise or the court orders otherwise, the time specified by a rule or by the court for a person to do any act may be varied by the written agreement of the parties. [...] 3.1 *The courts general powers of management*. (1) The list of powers in this rule is in addition to any powers given to the court by any other rule or practice direction or by any other enactment or any powers it may otherwise have. (2) Except where these Rules provide otherwise, the court may (a) extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (even if an application for extension is made after the time for compliance has expired); (b) adjourn or bring forward a hearing; (c) require a party or a party's legal representative to attend the court; (d) hold a hearing and receive evidence by telephone or by using any other method of direct oral communication; (e) direct that part of any proceedings (such as a counterclaim) be dealt with as separate proceedings; (f) stay the whole or part of any proceedings or judgment either generally or until a specified date or event; (g) consolidate proceedings; (h) try two or more claims on the same occasion; (i) direct a separate trial of any issue; (j) decide

procedimental prega precisamente o contrário, isto é, o juiz não pode dispor da norma procedimental, a não ser que haja específica regra permissiva.

O gerenciamento de processos não é exclusividade da Inglaterra, que, aliás, sequer é pioneira no assunto. Nos Estados Unidos, o *case management* se desenvolve desde a década de 1970, conglobando práticas próximas, em linhas gerais, àquelas do modelo inglês³⁷⁸. Embora sejam mais comentadas as experiências de países de *common law*, técnicas de gerenciamento foram adotadas em sistemas diversos, vinculados a diferentes estirpes jurídicas.

the order in which issues are to be tried; (k) exclude an issue from consideration; (l) dismiss or give judgment on a claim after a decision on a preliminary issue; (ll) order any party to file and serve an estimate of costs; (m) take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective; [...] 3.3 *Courts power to make order of its own initiative*. (1) Except where a rule or some other enactment provides otherwise, the court may exercise its powers on an application or of its own initiative. [...] (4) The court may make an order of its own initiative, without hearing the parties or giving them an opportunity to make representations; [...] 24.2 *Grounds for summary judgment*. The court may give summary judgment against a claimant or defendant on the whole of a claim or on a particular issue if (a) it considers that – (i) that claimant has no real prospect of succeeding on the claim or issue; or (ii) that defendant has no real prospect of successfully defending the claim or issue; and (b) there is no other compelling reason why the case or issue should be disposed of at a trial; [...] 26.4 *Stay to allow for settlement of the case*. (1) A party may, when filing the completed allocation questionnaire, make a written request for the proceedings to be stayed while the parties try to settle the case by alternative dispute Resolution or other means. [...] (3) The court may extend the stay until such date or for such specified period as it considers appropriate;”

³⁷⁸ Em terras estadunidenses o *judicial case management* é discutido e praticado, especialmente no âmbito das *Federal Courts*, desde a década de 1970. Adquiriu crescente importância diante do recrudescimento das críticas à ineficiência do sistema judiciário, acabando, em 1990, consagrado legislativamente. A lei prescreve apenas recomendações gerais. Aos tribunais compete criar, em vista de suas peculiaridades, os próprios programas de gerenciamento, que envolvem, por exemplo, flexibilidade procedimental, triagem de processos, fixação de cronogramas e, intensamente, o recurso a mecanismos alternativos de resolução de conflitos, integrados ao sistema de justiça. Pouquíssimos casos se resolvem por adjudicação, com decisão judicial do mérito (SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 35-42). A experiência norte-americana também revela que “os sistemas de justiça de tradição anglo-saxônica têm-se distanciado do modelo adversarial clássico e caminham em direção a um tipo próprio de ativismo judicial” (Ibid., p. 31). Deveras, o “desenvolvimento do *case management* nos ordenamentos de *common law* [...] quebra a tradição adversarial: o juiz assume a condução do processo e o modelo processual abandona o caráter adversarial” (Ibid., p. 125). Fernando da Fonseca Gajardoni também trás notícias acerca do modelo estadunidense de gerenciamento, igualmente notando sua similitude com a sistemática inglesa (Cf.: A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*, op. cit., p. 173-6). O autor lembra aquela bem conhecida convergência entre as tradições de *common* e *civil law*, prognosticando a fusão dos sistemas adversarial e inquisitorial (Ibid., p. 164-7). De fato, a Inglaterra hoje tem uma espécie de código de processo civil. Lá e nos Estados Unidos é crescente a importância dos *statutes*. Por aqui os precedentes tomam ares importantes. Em matéria de procedimento, juiz observador é, claramente, o dos sistemas inquisitoriais, vez que, como se verifica, o *adversarial system* já não é mais aquele. Gajardoni também aponta, aliás, a evidente contradição de um sistema em que o juiz seja investigador da prova e expectador do procedimento (Ibid., p. 166). Essa é, em certa medida, a nossa situação presente. Interessante que aqui o incremento dos poderes procedimentais do juiz passa pela diminuição daqueles reservados ao legislador. Na *common law*, o desenvolvimento foi diferente, embora redundasse em desfecho análogo: foram as partes que perderam prerrogativas, transferindo-se para o juiz maiores poderes sobre o desenrolar do processo. Como detecta Paulo Eduardo Alves da Silva, nos sistemas adversariais “o poder de condução do processo é partilhado não entre a lei e o juiz, mas entre a lei e as partes” – a “reforma da justiça daqueles países adotou o *case management* como mecanismo para transferir para o juiz o poder de condução do processo que as partes detinham” (*Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 90).

Além da Inglaterra e Estados Unidos, ele chegou à Escócia, País de Gales, Bélgica, Holanda, Croácia, Eslovênia, Canadá, Austrália e Nova Zelândia³⁷⁹.

Caso curioso, o gerenciamento de processos é realidade também nos tribunais da justiça comum da França, o berço maior do legalismo. É o que divulga Érico Andrade, delineando o modelo daquele país, com referências também ao sistema inglês de gerenciamento, bastante assemelhado. Três instrumentos são enfocados: a flexibilização ritual, a estipulação de cronogramas para o processamento das causas e a contratualização do procedimento. Destaque merece esse último aspecto, que se refere à possibilidade de as partes e o juiz estipularem, com ampla liberdade, a forma de condução e desenvolvimento do processo. Há até mesmo acordos coletivos sobre questões procedimentais, celebrados entre tribunais e representantes dos advogados³⁸⁰.

Andrade exprime pertinentes considerações a propósito da temática, relacionando o gerenciamento com a corrente reformulação do direito processual, pela qual se busca atualizar o patrimônio conceitual construído sobre bases teóricas oitocentistas. O direito como um todo se transforma na ânsia de alcançar funcionalidade, contexto no qual se torna permeável – constatada a insuficiência da dogmática jurídica perante os desafios correntes – a contribuições de outras ciências sociais, tal qual a administração, a sociologia e a economia. A atividade jurisdicional, função integrada ao organismo do Estado, passa a ser enquadrada como modalidade de serviço público, ficando sujeita, pois, aos imperativos correlatos, relacionados, p. ex, à economicidade e à eficiência, dimensão também contemplada pela ótica gerencial do processo. Já o contrato de procedimento serve como exemplo do fenômeno relativo à penetração da consensualidade no Estado e no Direito público³⁸¹.

³⁷⁹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 36.

³⁸⁰ ANDRADE, Érico, As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, op. cit., *passim*.

³⁸¹ ANDRADE, Érico, As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, op. cit., *passim*. Talvez se devesse conceber como serviço público, com todas as características e corolários disso, a atividade relativa à solução de conflitos, não o método jurisdicional de fazê-lo. Nada impede que esse serviço público seja integrado na intimidade do sistema jurisdicional, como, aliás, costuma acontecer, inclusive no Brasil. É sabido, aliás, que temos muito espaço para avançar no que se refere ao emprego de métodos alternativos de resolução de disputas. Tratando do assunto, Rodolfo de Camargo Mancuso critica veementemente a leitura irrealista e ufanista que se vem fazendo do art. 5º, XXXV, da Constituição, hábito que acaba por incentivar uma cultura demandista e judiciarista, em desprestígio aos meios alternativos de solução de controvérsias. Com razão, o processualista argumenta que o acesso à justiça deve ser entendido como acesso a meios para a solução do conflito, e não como acesso ao judiciário, visto que a inafastabilidade da jurisdição não implica obrigatoriedade da jurisdição. Para o estudioso, a solução para a sobrecarga do Judiciário está no incentivo aos meios alternativos de solução de litígios, com o envolvimento de toda a máquina pública. À avenida jurisdicional seria reservado um papel residual, concernente às demandas necessárias e aos conflitos especialmente relevantes e complexos (*A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, *passim*).

Nitidamente, tudo isso é dificultado por aquela mentalidade legalista que preza um direito rígido, minudente e indisponível, alimentando a falsa suposição de que basta fazer o que manda a lei, conforme uma boa dogmática, para que o sistema funcione. Por aqui habitualmente se prescrevem meios, cuja observância assegurará, conforme se presume, o atingimento dos fins. Em matéria procedimental, a propensão implica o meticuloso detalhamento do rito na lei, cuja religiosa observância supõe-se garantirá a tutela. No gerenciamento de processos predomina a lógica inversa. Haverá que ser distribuída a justiça, competindo ao juiz especificar o rito que permita realizar aquele desiderato da melhor maneira possível. Naturalmente, “pelo *case management* os operadores tendem a se conscientizar que a resolução do conflito não se confunde com o cumprimento de ritos procedimentais”³⁸².

De certo modo, nossa legislação imagina cada processo como um mundo independente, figurando que a condução de um não influi no curso dos demais ou, de outro modo, assumindo que os insumos da atividade jurisdicional são infinitos. O pensamento jurídico convencional, dogmático canônico, se circunscreve a semelhantes estreitos limites. Não interessam os efeitos sistêmicos da técnica, mas apenas o que possa representar dentro de cada processo, individualmente considerado. Também quanto a esse aspecto o gerenciamento processual orienta-se por uma filosofia distinta, aparentada à conhecida racionalidade que vem alumando o Conselho Nacional de Justiça nas suas funções relativas à administração judiciária. Enfoca-se o sistema de justiça e o interesse do cidadão jurisdicionado. Cria-se em torno disso um saber jurídico mais aberto, que alcança aspectos administrativos. Obviamente, o aperfeiçoamento sistêmico repercute positivamente em cada caso individual.

O raciocínio desenvolvido neste trabalho, embora situado no plano dogmático, vai ao encontro dessas tendências e aspirações contemporâneas. Dispõe-se a testar os limites do que é possível produzir, dogmaticamente e *de lege lata*, sem tantas heresias, em termos de flexibilização procedimental para além das hipóteses de ductilidade previstas expressamente na legislação. Pela ótica do gerenciamento, constitui um aporte para que se possa realizar uma condução mais ativa dos processos, com a consequente penetração dos benfazejos influxos que se poderia estreitar, especialmente, à ciência da administração³⁸³. Contribuição modesta é

³⁸² SILVA, Paulo Eduardo Alves da, Gerenciamento de processos e cultura de litigância..., op. cit., p. 658.

³⁸³ Como avalia Paulo Eduardo Alves da Silva, seriam “também preciosas investigações sobre os caminhos e as possibilidades para a flexibilização e adaptação dos procedimentos estabelecidos em lei” (Gerenciamento de processos e cultura de litigância..., op. cit., p. 660).

verdade, mas que deve ter alguma valia, já que avanços maiores para o gerenciamento de processos, nessa questão procedimental, devem depender da atuação do legislador.

Reconhece-se que o direito brasileiro contém, ainda que embrionariamente, muitos mecanismos que permitem alguma atividade gerencial sobre os processos. É o caso, por exemplo, das disposições sobre as providências preliminares, julgamento conforme o estado do processo, audiência preliminar e saneamento (CPC, art. 323 a 331). Também das normas sobre indeferimento da petição inicial, julgamento liminar de mérito e antecipação da decisão sobre o pedido incontroverso (CPC, arts. 295, 285-A, 273, § 6º). Ademais, o procedimento se desenvolve por impulso oficial (CPC, art. 262), competindo ao juiz assegurar às partes igual tratamento, tentar conciliá-las a qualquer tempo, e ainda velar pela rápida solução do litígio, aspectos compreendidos em seu poder de direção do processo (CPC, art. 125)³⁸⁴⁻³⁸⁵.

³⁸⁴ Paulo Eduardo Alves da Silva enxerga possibilidades de gerenciamento em torno, por exemplo, dos conceitos jurídicos indeterminados, das regras sobre a efetivação das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, da possibilidade de proferir decisões em caráter de urgência, dos mecanismos próprios para o manejo de demandas repetitivas e, enfim, das disposições todas que delegam poderes ao juiz, inclusive as que lhe permitem coibir o abuso processual. O estudioso considera que o saneamento, a audiência preliminar e o poder do juiz na direção do processo são os principais instrumentos da legislação brasileira atual para o gerenciamento de processos (*Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., v. g., p. 89-90, 97 e, em especial, 116-7, que ficam no tópico III.3, todo ele devotado ao exame dos meios de gerenciamento contidos na lei brasileira). Como visto antes, ele acusa a incongruência de um sistema que contempla semelhantes possibilidades e, ao mesmo tempo, fixa um regime procedimental rígido, minucioso e indisponível (Ibid., p. 89-90), constatando que isto parece “neutralizar parcialmente a regra do impulso oficial e os poderes de direção do juiz” (Ibid., p. 90).

³⁸⁵ Notando que a lei brasileira contempla em germen o gerenciamento de processos, Érico Andrade reputa que as técnicas envolvidas na metodologia não são incompatíveis com o modelo constitucional do processo brasileiro, embora considere delicada a perspectiva da contratualização de procedimentos (As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, op. cit., p. 193-7). Também não visualizamos óbices constitucionais ao modelo, cuja adoção esbarra, na verdade, em certas propensões culturais. Andrade noticia que a perspectiva do gerenciamento começa a penetrar na Itália, já se refletindo inclusive na legislação (As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, op. cit., *passim*, p. 181-2, em particular). A doutrina italiana mais moderna estaria entendendo que o devido processo legal “não significa processo rigidamente modelado pela lei, mas sim o delineamento legal do processo, que pode ser montado sobre cláusulas gerais, abertas e flexíveis, que permitem maior mobilidade judicial para adequação procedimental ao caso concreto” (Ibid., p. 193). Como se observa, também por lá existe aquela confusão entre devido processo e estrito legalismo. Diga-se, aliás, que a implantação do gerenciamento na Itália possivelmente redundará na subsequente adoção do modelo também por aqui. Sabidamente, temos o costume, para o bem ou para o mal, de seguir a reboque dos italianos em questões processuais. Antônio Gidi relembra que as ações coletivas brasileiras são derivadas das *class actions* norte-americanas por via indireta, através da doutrina italiana das décadas de 1970 e 1980 (*A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 16-7). Elogiando o pragmatismo norte-americano, o estudioso traça comentários que facilitam a compreensão da diferença entre as racionalidades subjacentes ao gerenciamento do processo e à perspectiva convencional: “precisamos compreender que o direito processual civil americano, por ser desligado de muitos dogmas, formalidades e abstrações criados pela sistematização doutrinária característica dos sistemas de *civil law*, é muito mais complexo, prático e flexível do que o nosso. Se em determinado processo for necessário tomar uma providência que solucione ou agilize a solução de um problema, e ela é constitucional, justa, efetiva, prática e econômica, o Judiciário a colocará em prática com o apoio unânime dos doutrinadores, ainda que Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei ou Liebman tenham dito uma frase de efeito que, abstratamente, vá de encontro à idéia”. E no rodapé complementa, evidentemente indisposto com essa nossa formação histórica, em que identifica um obstáculo ao bom

Apesar das ferramentas disponibilizadas pela legislação e do apoio doutrinário correlato, observa Paulo Eduardo Alves da Silva, “o gerenciamento de processos não se disseminou nos ordenamentos de *civil law* como poderia”³⁸⁶. O estudioso formula algumas hipóteses de investigação relativas às causas que levam a esse quadro no Brasil. Alude ao formalismo do sistema pátrio, que impede a adaptação dos procedimentos, e também à resistência aos meios alternativos de resolução de disputas. Especula ainda que o problema talvez tenha vínculos com interesses escusos inconfessados. Condutas protelatórias das partes redundam em ganhos de tempo e dinheiro. Os tribunais podem se socorrer do formalismo para desafogar-se do serviço, fugindo às questões de fundo³⁸⁷.

Érico Andrade cogita de que o problema esteja nas deficiências técnicas dos magistrados, que usam muito pouco dos mecanismos de abreviação procedimental já existentes. O gerenciamento cobra uma postura diferente dos juízes, exigindo-lhes uma ativa atuação desde o início do rito, com o foco no direito material. Em termos mais amplos, passa pelo enquadramento da administração da justiça na moldura geral do direito público, com a busca de maior eficiência e profissionalização, assim como pelo melhor aparelhamento dos órgãos judiciários. Mudanças legislativas não bastam. É preciso melhorar a gestão da máquina judicial³⁸⁸.

Observações como tais vêm a rememorar o limitado raio de alcance da dogmática jurídica, circunstância que, sabidamente, envolve o presente trabalho. Especificamente, elas podem conduzir à consistente objeção de que o clamor teórico por flexibilidade ritual é inócuo, já que a descoberta de novas potencialidades normativas naquele sentido não terá, por fatores diversos, repercussão prática relevante. Não se explora devidamente nem mesmo a flexibilidade expressamente contida em lei. Natural que fiquem desusados também, ainda mais do que os outros, os âmbitos de disponibilidade procedimental que se venha a identificar

funcionamento do sistema de justiça, tangenciando aqueles conhecidos problemas da dogmática mais tradicional, tecnicamente perfeita e funcionalmente desastrosa: “A propósito, os processualistas americanos não citam, não sabem e não estão interessados em saber quem são esses autores. Apesar disso, ou talvez exatamente por isso, têm um dos sistemas mais efetivos e mais respeitados do mundo civilizado. Enquanto isso, nós, brasileiros, andamos para trás, aprisionados em uma teia infundável de conceitos, dogmas, esquematizações e abstrações e louvando os *Manuali* italianos...” (Ibid., p. 172).

³⁸⁶ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, Gerenciamento de processos e cultura de litigância..., op. cit., p. 659.

³⁸⁷ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, Gerenciamento de processos e cultura de litigância..., op. cit., p. 659-61. Em outra obra, o estudioso enfoca, desenvolve e sustenta a hipótese, bastante crível, de que o formalismo dos países da tradição romano-germânica dificultou a difusão do gerenciamento naqueles sistemas, apesar do ativismo judicial característico dos regimes inquisitoriais (Cf.: *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 199 et seq.)

³⁸⁸ ANDRADE, Érico, As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, op. cit., *passim*.

mediante criativa inteligência da legislação. Críticas como essas serão examinadas mais adiante, no tópico sobre as dificuldades e riscos da flexibilização procedimental.

4 Fundamentos dogmáticos da adequação atípica

4.1 Eficácia dos princípios constitucionais

No conceito de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, direitos fundamentais “*são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual*”³⁸⁹. Consoante previsto no art. 5º da Constituição de 1988, as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (§ 1º) e “os direitos e garantias expressos [...] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (§ 2º).

É precisamente o famoso art. 5º que, com seus atuais setenta e oito incisos, destaca-se na afirmação de direitos fundamentais. Integra o Título II da Constituição, que é especificamente devotado aos direitos e garantias fundamentais. Nele se encontram diversos direitos fundamentais processuais, cada um dos quais muito bem conhecido. Entre eles se destaca o direito a um processo devido ou, de outro modo, o princípio do devido processo legal (inc. LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal) e o direito fundamental de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efetiva, ou ainda, sob outro ângulo, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (inc. XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito).

Em preceitos que, a bem dizer, são especificações dos direitos fundamentais a um processo devido e a uma efetiva tutela, o mesmo art. 5º ainda prevê o princípio do juiz natural (inc. LIII: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; e inc. XXXVII: não haverá júízo ou tribunal de exceção), o direito ao contraditório e a ampla defesa (inc. LV: 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), a vedação das provas ilícitas (inc. LVI: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por

³⁸⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 46. Os autores problematizam o próprio conceito, justificando também a opção terminológica (Cf.: *Ibid.*, cap. 3).

meios ilícitos) e o princípio da publicidade (inc. LX: a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem). Apesar da topografia, a norma que manda os tribunais fundamentarem as suas decisões deve ser reconhecida, pela ótica do cidadão, como um direito fundamental (art. 93, IX, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade)³⁹⁰.

A despeito das muitas polêmicas que envolvem a teoria geral dos direitos fundamentais, principiando pelo próprio conceito de direito fundamental, um ponto razoavelmente pacífico diz respeito à constatação da existência de uma dimensão objetiva em tais direitos, que independe da afirmação de um direito individual. O reconhecimento dessa dimensão objetiva, embora mais recente do que o alusivo à subjetiva, “já tem uma longa história doutrinária e a maioria de suas funções são geralmente aceitas, em breve, poderão ser também consideradas como ‘clássicas’”³⁹¹.

Entre os aspectos que pertencem à dimensão objetiva, destaca-se o chamado efeito de irradiação dos direitos fundamentais, por força do qual aqueles preceitos constitucionais devem servir de referência à compreensão de todas as normas do sistema. Assim, as “autoridades estatais devem interpretar e aplicar todo o direito infraconstitucional, sobretudo por meio das assim chamadas cláusulas gerais como a boa-fé no direito civil, de modo consoante aos direitos constitucionais”³⁹².

Dá a conhecida interpretação conforme os direitos fundamentais, que deve ser realizada independentemente de provocação do interessado, vale dizer, “quando o aplicador

³⁹⁰ Não deve haver muito espaço para polemizar, até porque a ausência de motivação obstaculiza o exercício, a rigor, de outros direitos fundamentais. Em uma palavra, não é devido o processo cujas decisões não sejam fundamentadas. Na substancial obra de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, por exemplo, a necessidade de motivação das decisões judiciais entra, sem cerimônias, como aspecto componente do princípio e direito à proteção judicial efetiva, que se baseia no art. 5º, XXXV, da Constituição, tudo isso em tópico que trata dos direitos fundamentais de caráter judicial e das garantias constitucionais do processo (Cf.: *Curso de direito constitucional*, op. cit., cap. 6.IV). Entende-se que “se a CF enumera direitos fundamentais no seu Título II, isso não significa que outros direitos fundamentais [...] não possam estar inseridos em outros dos seus Títulos, ou mesmo fora dele” (MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 69). O processualista lembra o julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 939/DF (rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18 mar. 1994), pelo qual foi declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 3/1993, que instituía o Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras, por lesão a preceitos, contidos no art. 150 da Carta, pertinentes a anterioridade e a imunidades tributárias (Ibid., p. 68).

³⁹¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 111.

³⁹² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 112. Os teóricos relacionam outros três aspectos à dimensão objetiva: a percepção dos direitos fundamentais como normas de competência negativa, a limitação dos direitos fundamentais no interesse dos seus titulares, e o dever estatal de tutela dos direitos fundamentais (Ibid., p. 111-3).

do direito está diante de várias interpretações possíveis de uma norma infraconstitucional, deve escolher aquela que melhor se coadune às prescrições dos direitos fundamentais”³⁹³.

Enfim, os “direitos fundamentais não apenas garantem direitos subjetivos, mas também fundam princípios objetivos orientadores do ordenamento jurídico”³⁹⁴. Em relação recíproca de remissão e complemento com o aspecto subjetivo, a dimensão objetiva “resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional”³⁹⁵.

Comumente, as normas de direito fundamental são tomadas como princípios jurídicos. A depender do conceito de princípio, porém, nem todas elas devem ser, rigorosamente, princípios jurídicos e, reversamente, nem todos os princípios constituem direitos fundamentais. Ao menos para a concepção que entende haver uma distinção forte entre regras e princípios, materializa uma regra, à toda evidência, *e. g.*, o preceito que diz “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI). Coerentemente, Robert Alexy sustenta que os direitos fundamentais podem constituir regras ou princípios, rejeitando o modelo puro de princípios e o modelo puro de regras³⁹⁶.

Como quer que seja, o certo é que há uma ampla e generalizada comunicação entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria dos princípios³⁹⁷. A proximidade, às vezes equivalência, entre o dialeto dos princípios e o dos direitos fundamentais autoriza que se

³⁹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 112. Convém não confundir, aliás, a postura exegética determinada pelos direitos fundamentais, que importa nesta altura, com aquela técnica de controle de constitucionalidade que também responde pelo nome “interpretação conforme”.

³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 73.

³⁹⁵ BRANCO; COELHO; MENDES, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 256.

³⁹⁶ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., cap. 3. II. Excerto significativo: “O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de norma – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das *disposições* de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as *normas* de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início elas são *ou* regras (normalmente incompletas) *ou* princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunido. Uma tal vinculação de ambos os níveis surge quanto na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos” (Ibid., p. 141).

³⁹⁷ A integração entre ambas pode ser constatada, por exemplo, na própria teoria de Robert Alexy: uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã, cuja base é formada pela teoria dos princípios (quer dizer, por uma teoria normativa que identifica princípios e regras) e pela teoria das posições jurídicas fundamentais (*Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit.). Na introdução e no primeiro capítulo, o autor cuida de alinhar e delinear o conteúdo e significado da teoria a ser desenvolvida na obra (Ibid., p. 25-49). Entre os processualistas também se verifica essa imbricação, quando pouco, entre princípios e direitos fundamentais. Ilustrativamente, veja-se a apresentação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sobre um dos aspectos essenciais dos direitos fundamentais, além da normatividade e supremacia: “O caráter principiológico do direito fundamental, a iluminar as regras já existentes, permitindo ao mesmo tempo a formulação de outras regras específicas para solucionar questões processuais concretas” (O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, op. cit., p. 6). Parece que o linguajar dos princípios enfatiza a estrutura da norma, ao passo que a ótica dos direitos fundamentais destaca a essencialidade do direito. A expressão “direito fundamental” às vezes se refere ao direito subjetivo que deriva do texto ou norma de direito fundamental em sentido objetivo. Em torno disso também não parece haver, geralmente, maiores preocupações com o desejável rigor analítico.

recorra à teoria dos princípios para o fim de mais bem esclarecer as funções eficaciais dos direitos fundamentais. Para os fins aqui visados, aliás, importam precipuamente aquelas disposições fundamentais sobre processo que consagram princípios jurídicos. No campo processual, de mais a mais, quase todos os direitos fundamentais têm efetivamente caráter principiológico³⁹⁸.

Conforme define Luís Roberto Barroso, a “*eficácia* é um atributo associado às normas e consiste na consequência jurídica que deve resultar de sua observância, podendo ser exigida judicialmente se necessário”³⁹⁹. A eficácia dos princípios é robustecida sobremaneira a partir do momento em que eles são reconhecidos como normas jurídicas propriamente. Deixam de ser apenas meios de integração do direito. No novo contexto, os princípios constitucionais já não são mais vistos como normas programáticas, cuja atuação dependeria da intermediação do legislador infraconstitucional.

Tal “percepção de que também aos princípios constitucionais deve ser reconhecida eficácia jurídica é fenômeno relativamente recente, em comparação com as regras. De toda a sorte, a doutrina tem procurado expandir a capacidade normativa dos princípios por meio de dois movimentos”⁴⁰⁰. Em uma frente, vincula-se aos princípios, com os ajustes necessários, a eficácia positiva ou simétrica, própria das regras, que reconhece um direito subjetivo àquele que seria beneficiado pela norma. Em outro desenvolvimento, surgem modalidades de eficácia próprias dos princípios, adaptadas às suas características, do que é exemplo a eficácia interpretativa, a eficácia negativa e a eficácia vedante do retrocesso⁴⁰¹.

No presente contexto, tem particular relevância três das modalidades de eficácia (no vocabulário de Luís Roberto Barroso) ou funções eficaciais (na linguagem de Humberto Ávila) dos princípios, que devem ser, aliás, as mais importantes entre todas. Faz-se referência, na nomenclatura de Humberto Ávila, às funções integrativa, interpretativa e bloqueadora. Os princípios exercem uma função integrativa “na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve

³⁹⁸ Mais ou menos nessa linha, embora por outras razões, Nelson Nery Junior, que não endossa a concepção que distingue estruturalmente princípios e regras, nem adota qualquer das correntes acerca da conceituação dos princípios, pondera o seguinte no final da introdução da sua conhecida obra: “elegemos os *princípios* a serem tratados no livro porque se traduzem nos preceitos constitucionais que englobam e sistematizam os principais e mais elementares *direitos fundamentais* a serem observados na realização e no desenrolar de todo e qualquer processo (judicial ou administrativo) no âmbito da Constituição Federal de 1988” (*Princípios do processo na Constituição Federal*, op. cit., p. 35).

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 378.

⁴⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 378.

⁴⁰¹ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 378-81.

ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo”⁴⁰². Ainda que tenha hoje um sentido diferente, revigorado, na essência essa é a função clássica dos princípios, desde sempre reconhecida, mesmo quando eles não eram tomados como, estritamente, normas jurídicas.

Um dos exemplos de Humberto Ávila é pertinente com a temática desta investigação: por força da eficácia integrativa, “se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo – mas elas são necessárias –, elas deverão ser garantidas com base direta no princípio do devido processo legal”⁴⁰³. A hipótese corresponde ao caso, já examinado, da oitiva da parte contrária quando opostos embargos de declaração que visem a efeitos infringentes. Com atuação integrativa, os princípios colmatam lacunas, embora a circunstância nem sempre seja tão clara. É *praeter* ou *contra legem*, dependendo do modo como se entenda o silêncio do legislador, a adequação procedimental realizada sob o pálio da eficácia integrativa dos direitos fundamentais processuais principiológicos. De outro ponto de vista, nota-se que se trata de controle de constitucionalidade da omissão legislativa.

Os princípios também têm uma função exegética no raciocínio jurídico, porquanto “servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos”⁴⁰⁴. Essa capacidade eficaz dos princípios corresponde ao já mencionado efeito de irradiação das normas constitucionais, acomodando-se, pois, no plano da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Humberto Ávila anota, com fins ilustrativos, que “o princípio do devido processo legal impõe a interpretação das regras que garantem a citação e a defesa de modo a garantir protetividade efetiva aos direitos do cidadão”⁴⁰⁵. Embora a legislação comum contenha vários dos subelementos do devido processo, o princípio “não é supérfluo, pois permite que cada um deles seja ‘relido’ ou ‘interpretado’ conforme ele”⁴⁰⁶.

Observe-se que a função interpretativa dos princípios pode ser relacionada com a constatação de que o direito processual existe para atingir determinados escopos, donde a noção de instrumentalidade do processo. Também encontra pertinência com a verificação da necessidade de que o instrumento seja apropriado aos fins que visa, donde a ideia de

⁴⁰² ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 97.

⁴⁰³ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 97.

⁴⁰⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 98.

⁴⁰⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 98.

⁴⁰⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 98.

adequação do processo. Pode ser vinculada, ainda, com a percepção de que o formalismo é relacionado a determinados valores, donde a articulação de um formalismo-valorativo. Veja-se que instrumentalidade, adequação e formalismo-valorativo oferecem vetores, mais ou menos no mesmo sentido, para a leitura do direito processual.

Por força da função interpretativa dos princípios, e uma vez reconhecida a supremacia hierárquica da Constituição, tanto no plano formal quanto no material, são precipuamente os direitos fundamentais processuais que devem servir como norte para a compreensão do direito processual. Dogmaticamente, os fins do processo devem ser relacionados aos direitos fundamentais processuais e a adequação do processo deve ser realizada com vistas ao atingimento daqueles fins. Em termos gerais, a eficácia interpretativa dos princípios sugere, contrariando a tese tradicional, uma dicção flexível acerca da legislação infraconstitucional sobre procedimento. Releva antes de tudo, em vez de seguir protocolarmente o rito desenhado na lei, alcançar as finalidades imanentes aos direitos fundamentais processuais.

Além das dimensões integrativa e interpretativa, os princípios ainda exercem uma função bloqueadora, “porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido”⁴⁰⁷. Humberto Ávila exemplifica, outra vez, com hipótese ligada ao direito processual, abrangendo questão de caráter nitidamente procedimental: “se há uma regra prevendo a abertura de prazo, mas o prazo previsto é insuficiente para garantir efetiva protetividade aos direitos do cidadão, um prazo adequado deverá ser garantido em razão da eficácia bloqueadora do princípio do devido processo legal”⁴⁰⁸.

Em matéria de prazo, a eficácia bloqueadora dos princípios opera especialmente diante do caso concreto. Isso porque o interregno previsto na lei costuma ser abstratamente adequado e usualmente suficiente. Ainda assim, porém, o prazo legal pode vir a ser por demais exíguo quando, v. g., a causa for particularmente complexa. Justamente aí é que entra em cena a eficácia bloqueadora dos princípios, prevenindo que a norma, abstratamente constitucional, seja aplicada inconstitucionalmente. Para que se tenha um processo devido (sobrep princípio constitucional – direito fundamental processual), a parte deve ter direito a defender-se plenamente (princípio constitucional), o que pode passar pela adequação judicial do prazo *contra legem* (subprincípio constitucional), circunstância em que se define,

⁴⁰⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 98.

⁴⁰⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 98.

especificamente para o caso, um regra diferente daquela que seria, a rigor, a única extraível do texto legal (a não ser que se consiga tirar de um enunciado que preveja, *e. g.*, “prazo de dez dias” uma norma que permita a prática do ato em, digamos, trinta dias)⁴⁰⁹.

A observação atenta poderá perceber a existência de uma circularidade causal entre flexibilidade procedimental e eficácia dos direitos fundamentais processuais. É isso mesmo que se afirma. Não se trata de defeito lógico, mas sim de diferentes pontos de vista, ambos idôneos, um pelo ângulo do dever-ser, outro pelo prisma do ser. A eficácia dos princípios constitucionais prescreve, normativamente, que os procedimentos sejam dirigidos ao estado de coisas mirado por aquelas disposições. E a adequação procedimental concretamente realizada deve redundar, faticamente, em acréscimo na eficácia dos direitos fundamentais processuais.

Ao longo da dissertação, já se vinha pugnando pela possibilidade de adequação procedimental atípica fundamentada dogmaticamente com base em princípio constitucional, quer dizer, em disposição de direito fundamental. Aí se verifica um raciocínio baseado em um sentido forte de Constituição, esse que é em parte viabilizado justamente pelo reconhecimento de novas potencialidades nos princípios jurídicos, para além de sua tradicional, acanhada, função integrativa. Cuidou-se neste passo, portanto, de explicitar e esclarecer uma das premissas que embalam a investigação.

A descoberta de novas modalidades de eficácia nos princípios confunde-se com o processo de constitucionalização do direito. No presente estudo, semelhantes variáveis são tomadas, realmente, como ponto de partida, não como questões problemáticas a serem deslindadas. Aliás, parece completamente desnecessário despendar muito esforço na fundamentação dessas propostas, a não ser por mero diletantismo. A constitucionalização do direito resulta de tese vencedora. É uma realidade presente, cada vez mais disseminada na dogmática e na prática jurídica. A desconsideração dessa conjuntura é que exigiria especial justificação.

A propósito, não se tem nenhuma dúvida de que outros rumos podem ser tomados a qualquer momento, inclusive com a “redescoberta”, *v. g.*, de que os princípios

⁴⁰⁹ Convém anotar que foram referidas apenas as funções eficaciais dos princípios reputadas mais relevantes no corrente estudo. A completa tipologia delineada por Humberto Ávila, que também aborda a eficácia das regras, é bastante minudente e complexa. Por um lado, tem-se a eficácia interna (sintática, normas atuando sobre a compreensão de outras normas) direta (sem a intermediação de outras normas – função integrativa) e indireta (com intermediação – funções definitória, interpretativa, bloqueadora e rearticuladora). Por outro, a eficácia externa (pragmática, normas atuando sobre a compreensão dos fatos e provas) objetiva (funções seletiva, valorativa e argumentativa) e subjetiva (função de defesa e protetora) (Cf.: *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 97 et seq.).

constitucionais não têm (devem ter) eficácia nenhuma... Caso isso viesse a se concretizar, velhas lições recuperariam a juventude, e as novas tomar-lhe-iam o lugar nas estantes da história. Embora implausível na atualidade, nada garante que o devenir não contemple reviravoltas do gênero. O futuro, por definição, é incerto. Nas ciências do espírito, toda pesquisa, querendo ou não, vincula-se ao seu tempo, vítima que é das próprias circunstâncias. E os cultores do direito, como sabido, são funâmbulos, apesar do disseminado conservadorismo. Há muito tempo, o praxista português Manuel de Almeida e Sousa de Lobão já constatava que “jurista é como andorinha: quando uma levanta vôo, as outras a seguem”⁴¹⁰.

4.2 Relendo a legislação infraconstitucional

Como examinado previamente, a doutrina costuma atestar, ainda que critique a minudência formalista e a rijeza procedimental da lei, que os sujeitos processuais não podem eleger rito diverso caso haja procedimento diferenciado, nem adotar *iter* diferente do ordinário na falta de previsão legal, tampouco mesclar ou alterar os procedimentos fixados na legislação. Enfim, o rito é, em regra, indisponível, inclusive para o juiz. A questão do procedimento é resolvida no plano legislativo. A adequação ritual é aceita apenas nas hipóteses em que haja expressa autorização do legislador. Do contrário, deve-se seguir religiosamente o caminho processual modelado na legislação.

Não parece que a indisponibilidade do rito decorra de uma impostergável solução hermenêutica, imposta pelos termos da legislação positivada. Conforme se pode desconfiar, essa intelecção decorre, no fundo, de premissas ideológicas e epistemológicas ultrapassadas, enraizadas no processualismo e não superadas, conquanto problematizadas, pelo período instrumentalista da ciência processual. Com efeito, o culto à rigidez procedimental é claramente relacionado àquele legalismo e aguda ânsia por controlar o poder do juiz, inclinações tipicamente oitocentistas. Basta abandonar semelhantes dogmas para se entrever uma alternativa plausível para a interpretação de nossa legislação, com o que se implanta, *de lege lata*, uma ampla avenida para a adequação procedimental.

De acordo com o CPC vigente, o “processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial” (art. 262), competindo ao juiz dirigir “o processo conforme as disposições [do] Código, incumbindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de

⁴¹⁰ Citado por José Carlos Moreira Alves (Conferência inaugural – I Jornada de Direito Civil. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2002, Brasília. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/03_conferencia_inaugural.pdf. Acesso em: 5 maio 2011).

tratamento; II – velar pela rápida solução do litígio; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes” (art. 125). Ademais, os “atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial” (art. 154). Similarmente, quando “a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (art. 244).

Tais disposições consagram preceitos abertos, com o perfil de cláusulas gerais. Uma assegura ao juiz o poder de dirigir o processo. Outra proclama a liberdade das formas. Ora, a leitura combinada e sistemática dessas duas normas autoriza plenamente a concepção segundo a qual o juiz brasileiro dispõe, *de lege lata*, de poderes para, com a devida motivação, adequar o procedimento previsto abstratamente na lei com o fim de torná-lo apto para o competente manejo do caso, fazendo frente, assim, às exigências advindas da situação concreta.

Atente-se para o fato de que aquelas hipóteses que denominamos de adequação atípica passariam a constituir, segundo a presente exegese, casos de adaptação ritual típica, isto é, seriam manipulações judiciais do procedimento claramente facultadas pela legislação (embora não por meio de dispositivo expreso). Nessa inteligência, a liberdade das formas é real, sob certo aspecto, ao invés de programática. Em princípio, segue-se o procedimento legal, abstratamente previsto. Mas o juiz fica autorizado, diante de caso incomum, a rearranjar o rito com o fim de ajustá-lo às circunstâncias concretas. Nessa abordagem, a instrumentalidade das formas opera como meio à suavização da rigidez legal, não como veículo para a prevenção da decretação da nulidade. Com isso se obtém uma flexibilidade *ex ante*, complementar àquela existente *ex post facto*. Em outras palavras, adianta-se a ductilidade formal, que inegavelmente existe *a posteriori*, consoante até a mais reacionária das interpretações. Surge uma instrumentalidade prospectiva, paralela à retrospectiva.

A bem dizer, esse rearranjo interpretativo é relativamente simples, apesar do amplo significado. Embora a virada hermenêutica possa não ser tão convincente pelos seus fundamentos intrínsecos, ela adquire solidez ao ser associada com os variados argumentos, vazados anteriormente, em prol da relativa disponibilidade da norma procedimental. Trata-se de uma solução dogmática que, mesmo sem transbordar do plano legal, recupera a coerência do sistema e permite levar a sério as necessidades do caso concreto. Tem supedâneo, ademais, em razões tiradas do direito comparado. Como visto acima, no sistema português, *e. g.*, há

disposição escrita permitindo a adequação do procedimento. Além de tudo, como examinado avante, as reformas do direito processual civil brasileiro tendem a render a escritura de norma no mesmo sentido.

A dicção que se vem de fazer é sobremaneira robustecida quando acoplada ao princípio da adequação procedimental, notadamente se concebido como uma determinação atrelada às garantias constitucionais do processo. Pela vinculação do procedimento aos direitos fundamentais processuais, o desvio em relação ao rito legal transforma-se, potencialmente, de vício em virtude. Não será necessariamente tido como um defeito a ser porventura relevado em razão da instrumentalidade das formas e do regime das nulidades previsto na legislação. Inverte-se a lógica que costuma reinar em torno do assunto. O ato será em princípio válido. Sobre a tese contrária é que repousará o ônus argumentativo⁴¹¹.

4.3 A importância da lei e o valor das regras

Nitidamente relacionada ao liberalismo clássico, a tradicional concepção sobre procedimento, que preconiza ritos minuciosos e rígidos fixados na lei, presta deferência ao valor pertinente à segurança jurídica. O grande objetivo é controlar o poder do juiz com o fim de garantir a liberdade individual, para o que se levantam obstáculos à arbitrariedade. Montesquieu dizia que “as formalidades da justiça são necessárias à liberdade”⁴¹². Rudolf

⁴¹¹ Sob diferentes condições e com fundamentos diversos, viragem semelhante a essa já foi esboçada por Galeno de Lacerda, em outra de suas pioneiras e memoráveis lições. Aproximadamente aos dez anos de vigência do CPC de 1973, o professor afirmava que, contrariamente às aparências, o sistema consagrado no diploma era antiformalista. Por culpa dos operadores do direito, porém, o Código não havia escapado das vicissitudes pertinentes aos excessos do formalismo vazio, vezo impulsionado pela interpretação literal de seus dispositivos. Depois de censurar tanto o formalismo quanto o textualismo, afirmando o caráter instrumental do processo em relação ao direito material, Galeno delineava uma industriosa proposta para, digamos, resgatar o Código da inclinação formalista dos juristas ou, como vemos, para salvar o Código do seu próprio formalismo. A solução estaria na compreensão do regime das nulidades como um sobredireito, regras que forçariam uma interpretação não formalista das demais (Cf.: LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual (Conferência proferida na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil, Porto Alegre, 1983). *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. especial, n. 21, p. 13-20, 1983-1984. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/index>. Acesso em: 13 abr. 2010, *passim*). Nessa tese, falta pouco para a concretização do adiantamento daquela flexibilidade *a posteriori*, viabilizada pelo regime relativizante das nulidades, com o que a adequação procedimental seria considerada hígida em princípio, ao invés de defeituosa. Interessante observar, a propósito, que Galeno não buscava fundamentos constitucionais para sustentar sua posição, algo que virtualmente ninguém deixa de fazer hoje em dia, em todas as áreas e tratando de qualquer assunto. Por aí se percebe o quanto a dogmática jurídica mudou nas últimas décadas.

⁴¹² MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 619.

Von Jhering, com sua capacidade expressiva inexecedível, pontificava que a “forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade”⁴¹³.

Essas retumbantes frases funcionam perfeitamente como lema à visão clássica, oitocentista, sobre procedimento. Ainda que enganadas⁴¹⁴ e, por cima, equivocadamente interpretadas⁴¹⁵, elas servem para chamar a atenção para a importância do formalismo, especialmente se o tomarmos em um sentido amplo, como faz Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, relacionando-o ao controle do poder e à garantia da liberdade individual. Nessa linha, pondera que “a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o poder das partes”⁴¹⁶.

⁴¹³ Apud Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que comenta: “Rudolf von Jhering [...], no exaustivo estudo histórico que empreendeu sobre o formalismo em geral, depois de ressaltar a particular relação entre forma e liberdade, duas ideias fundamentais do direito romano, e de destacar que o mais completo desenvolvimento da era da liberdade marca também o reinado mais tirânico do rigor formal, cedendo sua severidade somente quando a liberdade passou a desaparecer, conclui essas considerações com a frase célebre: ‘A forma é a inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade’ [...], que ainda hoje merece atenção” (*Do formalismo no processo civil...*, op. cit., p. 29).

⁴¹⁴ No tópico sobre o acesso à justiça como fundamento à flexibilidade procedimental, examinou-se o erro em que incorre a relação simplista entre, de um lado, forma e, de outro, segurança, liberdade e justiça. Também por lá foram colacionadas as seguintes preleções de Paulo Eduardo Alves da Silva, mui esclarecedoras: “a frase de Jhering no final do século XIX refletiu o pensamento jurídico ocidental durante mais de um século. Justamente o século da sedimentação da ciência jurídica processual tal qual hoje conhecemos. O direito processual foi sistematizado nesta época, sobre a premissa de que a *forma* é a *segurança* das partes contra o arbítrio do julgador: forma gera segurança, segurança traz liberdade e liberdade se mantém limitando o poder do Estado. Este raciocínio contrapõe o indivíduo ao Estado e justapõe a segurança à forma. Neste cenário, a resolução de conflitos não tem outro caminho que a forma definida em lei. O julgador, um mal necessário, há de ser neutro e igualmente subordinado à lei” (*Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 127-8). Com apoio em Michel Foucault, complementa: “O formalismo que existiu no período anterior não era irmão da liberdade e inimigo do arbítrio, mas filho do poder. A procedimentalização, a tecnicização do saber jurídico, a sofisticação formal dos processos, registrados na Idade Média serviram para centralizar a justiça nas mãos do soberano, para concentrar um rentável método de circulação de riquezas e exercício do poder, não para conter seu arbítrio – pelo contrário” (*Ibid.*, p. 128).

⁴¹⁵ A solene declaração acerca do vínculo entre liberdade e formalismo é suavizada imediatamente pelo próprio Montesquieu: as formalidades são necessárias, mas “sua quantidade poderia ser tão grande que chegaria a contrariar o objetivo das próprias leis que as teriam estabelecido: as questões não teriam fim; a propriedade dos bens permaneceria incerta; dar-se-ia a uma das partes os bens da outra sem verificação ou se arruinariam ambas em razão de tantas verificações” (*O espírito das leis*, op. cit., p. 619). Historicamente, a primeira parte da lição teve muito mais influência. A respeito, Galeno de Lacerda pondera que o conceito de Montesquieu, que liga formalidades e justiça, “tão pleno de ressonância, destacado das demais palavras do texto, que lhe abrandam a grandiloquência, foi responsável por séculos de equívoco, na radicalização do rito, como valor em si mesmo, em nome de um pretenso e abstrato interesse público, descarnado do humano e do verdadeiro objetivo do processo, que é sempre um dado concreto de vida, e jamais um esqueleto de formas sem carne. Subverteu-se o meio em fim. Distorceram-se as consciências a tal ponto que se cria fazer justiça, impondo-se a rigidez da forma, sem olhos para os valores humanos em lide. Lavavam-se as mãos sob o escudo frio e impassível da sacralidade do rito” (*O Código e o formalismo processual...*, op. cit., p. 14).

⁴¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil...*, op. cit., p. 29. O estudioso leciona que a forma em sentido estrito diz respeito ao meio de expressão da vontade e requisitos respectivos. Já as formalidades correspondem às circunstâncias, de tempo e lugar, extrínsecas ao ato (*Ibid.*, p. 26-7). Na proposta que formula, tais conceitos são expandidos e, de certa maneira, substantivados: “O formalismo, ou forma em sentido amplo, no entanto, mostra-se mais abrangente e mesmo indispensável, a implicar a totalidade formal do

Tal solução impediria a uniforme aplicação do direito e, além do mais, “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”⁴¹⁷. Sem dúvida nenhuma, não é nada conveniente que o juiz seja o exclusivo senhor do procedimento, como não soa nada recomendável que o legislador assuma a função. São dois extremos, nenhum aceitável. Por um lado, o procedimento legal excessivamente detalhado, estruturado por regras precisas, a serem aplicadas sob quaisquer circunstâncias. Por outro lado, o absoluto silêncio da lei, ficando cada juiz responsável por definir, no âmbito da própria competência, o procedimento a ser seguido, talvez caso a caso.

Sustentar que o juiz tenha maior liberdade em questões procedimentais não implica, por óbvio, advogar que o legislador seja alijado de qualquer responsabilidade na matéria. Pelo menos não é o que se defende neste trabalho. Todos sabem, aliás, que a segurança jurídica continua sendo um valor essencial na contemporaneidade, intimamente ligado à própria noção de Estado de Direito⁴¹⁸. Semelhantemente, o controle do poder soberano jamais deixou de ser uma questão relevante. No quadro geral, o desafio é atingir um equilíbrio entre velhas e novas pautas valorativas. Entre segurança jurídica e, digamos,

processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes*, *faculdades* e *deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, 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” (Ibid., p. 28). Na visão do autor, “o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para o processo ágil e eficaz), a segurança deriva do seu poder disciplinador. Sucede, apenas, que ao longo do tempo o termo sofreu desgaste e passou a significar apenas o formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo” (Ibid., p. 98-9). “Não há dúvida de que o princípio do rigor formal é a espinha dorsal do processo, mas essa ideia se concretiza especialmente no procedimento, o que o torna, por sua vez, a espinha dorsal do formalismo, pois seria impensável o processo sem determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre os seus sujeitos” (Ibid., p. 153).

⁴¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no processo civil...*, op. cit., p. 28-9.

⁴¹⁸ Preciso, Jorge Amaury Maia Nunes pondera que parece “certo afirmar que segurança jurídica e justiça se imbricam e se condicionam reciprocamente, dado que não é imaginável uma situação em que o valor segurança jurídica haja desaparecido e, mesmo assim, se possa falar em realizar a justiça; de outra banda, a só redução do Direito à segurança jurídica sem consideração do valor justiça transformaria o direito num simples instrumento de legitimação do poder qualquer que fosse sua qualidade” (*Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83-4). Está claro, porém, que é necessário se precaver daquela velha ilusão acerca da segurança jurídica, formada no século XIX em contexto de homogeneidade cultural imposta pelo domínio burguês e baseada, além do mais, na errônea premissa de que a lei é unívoca, devendo ser cultuada por um saber jurídico *more geometrico*. Como afirma François Rigaux, citado por Maia Nunes, a idade do ouro da segurança jurídica acabou (Ibid., p. 95). Atualmente já se sabe, aliás, que a segurança depende tanto do legislador quanto do juiz, pelo que se exige também entre nós algum grau de respeito aos precedentes, aspiração concretizada na lei com a criação, *e. g.*, das súmulas vinculantes e da sistemática para o julgamento de recursos repetitivos.

efetividade tutelar. Entre o imperativo de controlar o poder estatal e a necessidade de empregá-lo para o fim de limitar poderes privados.

A questão pode ser relacionada com o problema alusivo à definição do papel das leis e das regras no atual contexto metodológico da ciência jurídica, isso em referência, complementação e articulação à Constituição e aos princípios. De certo modo, a ênfase no discurso constitucional e principiológico se justifica, pois as novidades costumam ganhar os holofotes. Mas isso não quer significar, ao menos para nós, qualquer menoscabo às leis ou às regras. Não se cogita de uma dogmática feita de costas para o direito infraconstitucional e para as regras nele legitimamente positivadas. Devem ser repelidas as teses pós-positivistas ou neoconstitucionalistas que sustentam ou sugerem semelhante abordagem⁴¹⁹.

Muito claramente, as leis têm um papel fundamental no sistema jurídico, determinado, aliás, desde a própria Constituição, a começar pelo art. 1º, p. u., que proclama a soberania popular, do que a lei é a expressão por excelência: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. A Constituição consagra, ainda, o princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II). Inúmeros direitos constitucionais dependem da atuação do legislador ordinário: muito “frequentemente, os direitos fundamentais não podem ser implementados sem a intervenção do legislador infraconstitucional que os concretize”⁴²⁰. Abundam, aliás, reservas legais explícitas em dispositivos constitucionais.

Humberto Ávila observa que nas atuais sociedades complexas, em que existe uma pluralidade de concepções de mundo, há uma divergência tanto com relação aos valores a serem considerados quanto no que tange à forma de realização de tais vetores axiológicos. É o Poder Legislativo que está mais bem preparado para levar em conta essa pluralidade valorativa, produzindo soluções que considerem as diferentes perspectivas. Com seus mecanismos de discussão e participação, o parlamento pode ouvir todas as opiniões e, a partir

⁴¹⁹ Neste tópico, estaremos a ecoar, no fundo, o clamor por equilíbrio de autores como Humberto Ávila e Daniel Sarmiento, que advogam, segundo observamos, uma versão não radical de neoconstitucionalismo. Sarmiento é explícito a respeito, aliás, repudiando o extremismo neoconstitucionalista de Luís Prieto Sanchís (Cf.: *O neoconstitucionalismo no Brasil...*, op. cit., p. 67-8). Sobre as relações entre lei e Constituição, consigna o que segue, sempre com aquele espírito prudencial: “Poucos discordarão, pelo menos no Brasil, de que alguma constitucionalização do Direito é positiva e bem-vinda, por semear o ordenamento com os valores humanitários da Constituição. Porém, pode-se objetar contra as teses extremadas sobre este processo, que acabam amputando em demasia o espaço de liberdade do legislador, em detrimento da democracia” (Ibid., p. 65).

⁴²⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 52.

disso, selecionar uma entre as opções normativas defensáveis⁴²¹. Para Zagrebelsky, a lei preserva uma posição central no sistema, tendo um valor inerente a si própria, independentemente de seus conteúdos e vínculos com preceitos constitucionais. As leis não são mais todo o direito. Continuam, porém, fundamentais, como expressão da soberania popular⁴²².

Tudo isso serve para exaltar a relativamente esquecida importância das leis, não para repudiar esse maior relevo que a Constituição veio a assumir nas últimas décadas. A questão, outra vez, diz respeito à definição de um ponto de equilíbrio, agora entre lei e Constituição. O nó é exatamente o mesmo quando se examina o papel das regras e dos princípios no raciocínio dogmático. A elevação destes não deve implicar o enterro daquelas. As categorias normativas devem conviver no sistema, cada qual exercendo as funções que lhes são próprias. Como considera Daniel Sarmento, “é chegada a hora de um retorno do pêndulo no Direito brasileiro, que, sem descartar a importância dos princípios e da ponderação, volte a levar a sério também as regras e a subsunção”⁴²³.

⁴²¹ ÁVILA, Humberto Bergmann, “Neoconstitucionalismo”..., op. cit., p. 16-7.

⁴²² ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 150-3. Passagens significativas: “Según las concepciones europeas, toda construcción conceptual que no reconozca a las razones del legislador un lugar adecuado e independiente debe temerse como un peligro para el *equilibrio* constitucional. La legislación tiene un fundamento constitucional propio. Es expresión de derechos políticos que, en virtud de la Constitución, están en el mismo plano que los otros derechos y principios de justicia. En caso de contradicción, cede la ley, como exige la Constitución rígida. Pero esto no autoriza en absoluto a negar a la legislación su carácter originario y espontáneo, es decir, a «despolitizarla», degradándola a mera función técnica para la actuación de los contenidos constitucionales, por más elevados y seductores que éstos puedan ser. El positivismo legislativo se anota aquí todavía algún punto a su favor. [...] La ley, para valer, no requiere ninguna legitimación de contenido o sustantiva, aun cuando puede deslegitimarse por contradecir a la Constitución. En otras palabras, la ley vale en línea de principio porque es ley, no por lo que disponga” (Ibid., p. 151). “En síntesis: el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como «partes» del derecho, y no como «todo el derecho». Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático” (Ibid., p. 153). Embora a intrincada temática não seja explorada na presente investigação, soa oportuno mencionar, neste passo, que são conhecidos os gravíssimos dilemas que afligem o controle de constitucionalidade. É evidente a tensão entre democracia e constitucionalismo, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre censura constitucional e autogoverno. Remotamente, o problema pode ser relacionado ao conflito entre direito natural e direito positivo ou, ainda, ao contraste entre a liberdade moderna e a antiga. Na obra de Luiz Guilherme Marinoni pode-se consultar uma breve mas abrangente exposição, a partir de perspectiva processual, das diferentes posições relativas à legitimidade da jurisdição constitucional (*Teoria geral do processo*, op. cit., parte IV, tópico 2.15, em particular). Interessante observar que constitucionalismo e democracia, apesar de antagônicos sob certo ponto de vista, reforçam-se reciprocamente. A Constituição fixa as regras do jogo democrático, que, então, pode se desenvolver plenamente. Paradoxalmente, a soberania popular, para ser potencializada, precisa aceitar limites para si própria (Nessa linha: HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-62).

⁴²³ SARMENTO, Daniel, O neoconstitucionalismo no Brasil..., op. cit., p. 61. Em outro passo, o jurista denuncia malfeitos induzidos por certa linhagem neoconstitucionalista, bem assim aponta riscos presentes, e inevitáveis, nas atuais inclinações metodológicas: “A tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera

Ao definirem o que é permitido, proibido ou obrigatório, as regras afastam a controvérsia e a incerteza, eliminam ou reduzem a arbitrariedade e evitam problemas de coordenação, deliberação e conhecimento. Resultam de uma ponderação principiológica legislativa, concretizando algum elemento axiológico. Evitam o surgimento de um conflito moral e, assim, diminuem os custos de deliberação, que seriam excessivos se cada caso tivesse que ser resolvido individualmente, com uma fundamentação estritamente particularista. Servem, além de tudo, para refrear julgadores incompetentes ou corruptos⁴²⁴.

A obediência das regras se impõe também porque potencializa valores prestigiados pelo sistema jurídico, como a segurança, a paz e a igualdade⁴²⁵. Existem certas coisas, aliás, que só podem ser feitas por meio delas. Sem regras não seria possível haver semáforos da forma como o equipamento hoje é conhecido. Deve ser tida como praticamente insuperável a regra que manda parar quando o sinal está vermelho. Normas penais incriminadoras e as sanções correspondentes só podem ser estipuladas, em ambiente civilizado, por meio de regras contidas em lei, que corretamente são reputadas como insuperáveis quando a derrota redundasse na criação de crime ou na extrapolação das penas legalmente cominadas⁴²⁶.

insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um dos seus fundamentos – a noção básica de que as decisões sobre o que os cidadãos e o Estado podem e não podem fazer devem ser tomadas preferencialmente por quem represente o povo e seja por ele escolhido. E há na sociedade brasileira traços que tornam ainda mais perigosa esta tendência à frouxidão e emotividade na metodologia jurídica. Nossa cultura caracteriza-se muito mais pelo 'jeitinho' e pelo patrimonialismo do que pela valorização do cumprimento impessoal de regras. [...] Neste quadro, cabe indagar, sob a perspectiva de uma sociologia da interpretação constitucional, até que ponto a introdução entre nós de uma 'dogmática fluida' – a expressão é de Gustavo Zagrebelsky, um dos ícones do neoconstitucionalismo – não pode ter como efeito colateral o agravamento de patologias que marcam as nossas relações sociais. Será que o nosso Direito precisa de mais rigidez ou de maior maleabilidade? Ao fim e ao cabo, quem tende a se beneficiar com a adoção de uma hermenêutica jurídica mais flexível?" (O neoconstitucionalismo no Brasil..., op. cit., p. 62-3).

⁴²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 103-4 e 112-4. Também em "Neoconstitucionalismo"..., op. cit., *passim*. Ao esclarecer por que a coerência justifica um argumento, Neil MacCormick pondera em certa altura o seguinte, apontando o valor das regras: "Há também razões (informação adequada a pessoas afetadas pelo Direito, relativa clareza no Direito e previsibilidade razoável a sua aplicação) para que o Direito deva se expressar por meio de regras relativamente detalhadas. Essas regras relativamente detalhadas serão arbitrarias se não forem também desdobramentos de princípios mais gerais, menos numerosos do que as regras detalhadas, e mais gerais nos seus termos" (*Retórica e Estado de Direito*, op. cit., p. 263). Daniel Sarmento também rememora o valor das regras, tracejando a seguinte síntese: "As regras são indispensáveis, dentre outras razões, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações dos intérpretes em cada caso concreto; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, pois podem incidir de forma mais mecânica, sem demandarem tanto esforço do intérprete; e não implicam, na mesma medida que os princípios, em uma transferência de poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o Judiciário, que não é" (O neoconstitucionalismo no Brasil..., op. cit., p. 61).

⁴²⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 114.

⁴²⁶ Fora do âmbito jurídico, as regras também se mostram fundamentais. A maioria dos jogos é regulada exclusivamente por meio delas, que, aliás, não são derrotáveis naquele âmbito. Vence no futebol a equipe que fizer mais gols, não a que prestigiou o princípio que exige um jogo habilidoso e ofensivo, esteticamente

Essas breves considerações já bastam para sustentar a apreciação, tão natural quanto trivial, de que a lei e as regras devem ser levadas na devida conta, para o bem, quando nada, dos princípios democrático, da legalidade e da separação de poderes. O aplicador não pode ignorar as regras porque vislumbra, segundo o seu ponto de vista, um deslinde mais adequado extraível dos princípios. Nem pode pular o plano legal e ir direto à Constituição porque imagina encontrar nela uma solução mais justa. Entre o caso normal e o excepcional, há uma infinidade de situações intermediárias. Muitas vezes, a regra legal pode não parecer a ideal, nem mesmo ser a ideal segundo qualquer critério razoável, mas terá que ser aplicada assim mesmo⁴²⁷.

A regra legal, enfim, não pode ser simplesmente posta de lado, como se conselho fosse. Mas isso não exclui, porém, que se adaptem as normas, na medida do possível, às particularidades do caso, nem que a interpretação seja realizada sob a luz que irradia dos valores constitucionais. Tampouco que se busquem resultados exegéticos mais fiéis à finalidade do preceito, ampliando ou diminuindo o alcance sugerido pela literalidade do texto normativo, nem que se proceda ao afastamento das regras em casos excepcionais, superando-as argumentativamente⁴²⁸.

Por força do influxo das óbvias premissas esboçadas acima, apura-se que a flexibilidade procedimental deve ser buscada também, às vezes preferencialmente, pela ampla revisão daqueles entendimentos, situados no plano legal, que redundam em desnecessária

aprazível. Lidando com o tema, MacCormick averigua que as regras jurídicas “contrastam com ‘instituições autônomas’ como os jogos, que utilizam regras para constituir um tipo de atividade cuja razão de ser é intrínseca à atividade. Daí porque as regras de jogos são tipicamente, ou talvez universalmente, não-excepcionáveis (*non-defeasible*)” (*Retórica e Estado de Direito*, op. cit., p. 326).

⁴²⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann, “Neoconstitucionalismo”..., op. cit., *passim*.

⁴²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann, “Neoconstitucionalismo”..., op. cit., *passim*. Nesse trabalho, como já mencionado, é feita uma substancial crítica à versão do neoconstitucionalismo que confere primazia aos princípios (fundamento normativo), à ponderação (fundamento metodológico), à justiça particular (fundamento axiológico) e ao Poder Judiciário (fundamento organizacional). Os aspectos são correlacionados. Parte-se da premissa, equivocada, de que os princípios são mais importantes do que as regras. Em virtude da amplitude dos princípios, sempre será possível buscar na Constituição um que sirva para fundamentar o raciocínio. Assim, a aplicação do direito ficaria tendencialmente restrita à ponderação de princípios constitucionais. Nessas condições, supostamente o aplicador poderia produzir resultados mais justos em cada caso particular, porquanto habilitado a considerar todas as circunstâncias envolvidas, não apenas aquelas selecionadas pelo legislador e acolhidas em uma regra. Como a ponderação fica a cargo dos juízes, o Poder Judiciário adquire preponderância. Os problemas de semelhante proposta são muitos e não se restringem ao conjunto, vez que cada aspecto é, de per si, problemático. Não há como afirmar a superioridade dos princípios, nem pelo ângulo qualitativo nem pelo quantitativo. O sistema, desde a Constituição, está repleto de regras, que cumprem funções diferentes, não inferiores, daquelas exercidas pelos princípios. A ponderação principiológica constitucional redundando na “des-hierarquização” do ordenamento e, pois, na ruptura da lógica segundo a qual a Constituição ocupa a superior posição do sistema. Além de impraticável e inconsistente em sociedades massificadas e repletas de conflitos jurídicos repetitivos, a justiça estritamente particularista esbarra, *e. g.*, nos princípios democrático e da legalidade, pois ignora as pré-soluções definidas pelo legislador por meio da positividade de regras. A ascendência do Judiciário não se harmoniza com a separação dos poderes e ignora a soberania popular, cuja voz é ouvida nas eleições, em que são selecionados os membros do Legislativo e do Executivo (*Ibid.*).

rijeza. Com frequência, os textos positivados autorizam interpretações diferentes das tradicionais. Já teria efeitos ductilizantes bastante amplos a mera superação da tese, geralmente subentendida, de que o devido processo legal confunde-se com a cega e mecânica observância do rito previsto em lei. Uma solução geral, que prescindia da evocação de normas constitucionais, foi esboçada anteriormente, em nível estritamente dogmático: basta conceber que os poderes do juiz na direção do processo, consorciados com a liberdade das formas, contemplam a potestade para adequar o procedimento.

Mantida a exegese ortodoxa, que advoga a indisponibilidade do rito, tirante as expressas e específicas disposições legais que autorizam ajustá-lo, então talvez nem sempre venha a ser possível atingir a flexibilidade ambicionada por meio de reinterpretção do direito positivado. Por vezes o texto legal é claro e preciso demais para que se possa, idoneamente, interpretá-lo de modo a se obter algo diferente do que aquilo que é sugerido pelo seu sentido imediato e evidente. É o que costumeiramente se verifica com as regras que fixam prazos (a não ser que se viesse a concluir, em estudo específico sobre o aspecto, que, na verdade, quase todos os prazos endoprocessuais são dilatários, ou devem ser tidos como tais). Pressupondo-se que a regra seja abstratamente constitucional, nessas situações uma adequação procedimental atípica propriamente dita, *contra legem*, pode ter lugar naqueles casos concretos, relativamente raros, em que a aplicação da norma constitucional produziria resultado inconstitucional.

Como quer que seja, o indubitado é que não pode cada juiz criar os seus próprios ritos, ignorando aqueles previstos na lei. Se a técnica processual legislada não é inconstitucional, então deve ser empregada regularmente, ainda quando seja possível visualizar, inclusive por um prisma constitucional, soluções melhores do que as adotadas pelo legislador. Assim será independentemente das críticas que se consiga fazer ao regime procedimental previsto em nosso direito e das muitas razões que justificam considerar que as regras procedimentais são daquelas relativamente fáceis de serem superadas. O discurso constitucional e principiológico, como aqui cultivado, não tem o condão de fundir o raciocínio *de lege lata* com o *de lege ferenda*, embora nitidamente diminua o hiato entre uma e outra perspectiva.

Ressalte-se que essa avaliação não precisaria sofrer qualquer reforma substancial caso todos pudessem abonar a tese de que a possibilidade de adequação procedimental encontra base geral na lei existente, especificamente no conúbio entre os poderes do juiz na direção do processo e o princípio da instrumentalidade das formas. Mesmo que aceite essa

heterodoxa premissa, defendida neste trabalho, o desvio em relação ao *iter* legal continuaria sendo medida excepcional. Nas situações cotidianas, ainda seria forçoso observar o rito legalmente tipificado.

Disso tudo se tira uma consequência bastante relevante, a ser revista logo em seguida. Em qualquer caso, a adoção de marcha procedimental diferente daquela projetada na lei implica a assunção de um ônus argumentativo, que é muito maior nas hipóteses para as quais não haja expressa autorização para o ajuste do rito. Em uma palavra, é sempre a flexibilização procedimental que precisa de especiais fundamentos. Na falta deles, deve-se seguir o rito legal. Afinal, a lei goza de presunção de constitucionalidade, como todos sabem. O raciocínio que pretender superá-la deve aceitar a circunstância, e derrotar argumentativamente a presunção.

4.4 Notas sobre a estrutura técnico-operativa

Almeja-se realizar, neste passo, uma rápida exposição acerca da estrutura técnico-operativa da adequação procedimental atípica, ou seja, daquela adaptação realizada ao desamparo de expressa norma autorizadora, por vezes contrariando a lei, ou melhor, a interpretação tradicional da lei. Aqui se cuidará, na maior parte, de resumidamente esquematizar as constatações atingidas previamente. Está em mira, diretamente, a atividade prática. Privilegia-se, conforme o costume, o ponto de vista do juiz. Serão oferecidas apenas diretrizes gerais, úteis na generalidade dos casos. Não se objetiva, pois, fundamentar uma solução, muito menos uma definitiva, para qualquer problema procedimental, mas sim aportar subsídios para o enfrentamento de todos eles, especialmente quando manejados à luz do caso concreto.

Sob tais diretrizes, começemos registrando que, para Fernando da Fonseca Gajardoni, são três os requisitos indispensáveis à flexibilização procedimental: finalidade (motivo), contraditório e motivação. Em primeiro lugar, deve haver um motivo idôneo, caracterizador de um quadro excepcional, para que se proceda à variação procedimental. Em segundo lugar, deve-se garantir o contraditório útil, quer dizer, as partes hão de ter a oportunidade de opinar acerca da conveniência da inovação ritual cogitada. Em terceiro lugar, a decisão que flexibiliza o rito legal, definindo outro *iter*, deve ser devidamente motivada⁴²⁹.

⁴²⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 87-95.

Com efeito, a estrutura técnico-operativa da adequação procedimental atípica é formada por esse trinômio, com base no qual será organizada a exposição que virá em seguida. É preciso insistir na advertência, entretanto, de que se trata de uma análise genérica e esquemática. Mesmo no plano abstrato, que não pode considerar as variáveis dadas pelo caso, já se constata uma boa quantidade de distintas circunstâncias. Em vários aspectos, há uma diferença bastante grande, por exemplo, entre excepcionalmente, por um lado, dilatar um prazo considerado peremptório e, por lado, criar propriamente um rito para o caso. Ainda que compartilhem uma mesma moldura analítica, no fundo os pressupostos e a técnica envolvida são diferentes em um e em outro caso.

Apesar de tudo, alguns parâmetros gerais para a adequação procedimental podem ser delineados sem que se tenha em vista qualquer contexto específico. A primeira constatação é a de que na falta de circunstâncias especiais deve ser seguido o rito previsto em lei, desde que, claro, ele seja abstratamente constitucional e, pois, apto para a maioria dos casos a que se dirige. Genericamente, portanto, eis o pressuposto basilar da adequação procedimental atípica: tem que ser verificada a existência de um quadro fático que seja excepcional ou, no mínimo, diferente daquele tomado por referência pelo legislador ao estatuir a norma ritual pertinente. Com isso fica vedado, aliás, que cada juiz crie, para assim dizer, o seu próprio procedimento ordinário.

Além de anômalo, o quadro factual deve ser juridicamente relevante. Quer dizer, há que se examinar e averiguar, em exercício prospectivo, que a aplicação da norma procedimental prevista na lei produziria, no caso concreto considerado, uma situação censurável do ponto de vista jurídico. Mais naturalmente, a referência normativa para essa conferência é dada pelos direitos fundamentais processuais. Diante da situação, o rito legal pode não garantir um processo devido (contraditório, ampla defesa, motivação, etc.) ou, muito especialmente, não assegurar uma efetiva tutela (acesso à justiça, celeridade, efetividade, etc.). É preciso pontuar uma específica e concreta tensão entre a norma legal e algum princípio processual constitucional.

Gajardoni sistematiza em três conjuntos as situações autorizadoras da variação procedimental. O primeiro deles diz respeito aos casos em que a norma ritual não se mostra apta para garantir, efetivamente, o direito a que se refere. É o que se passa, *e. g.*, quando o prazo estatuído na lei não basta, concretamente, para que a parte possa realmente exercer o direito de defesa. O segundo grupo de situações é constituído pelas hipóteses em que a rigidez legal resulta, diante do caso, em empecilhos formais irrelevantes e censuráveis. Quando for

duvidosa a responsabilidade e custosa a perícia sobre o dano, *v. g.*, a ordem de produção das provas cogitada legalmente, com a precedência da perícia, mostra-se absolutamente inconveniente. O terceiro conjunto de casos em que a flexibilização é admitida mantém vínculo com a condição das partes. É o que sucede, *e. g.*, quando a preclusão deva ser relevada em favor do necessitado porque a defesa técnica se mostrou inapta, ou quando o juiz, atendendo a pedido conjunto das partes, permite a modificação do rito⁴³⁰.

Importa sobremaneira observar que todos esses casos podem ser acomodados no contexto de uma análise constitucionalizada, que frequentemente será preferível. No primeiro exemplo, a regra legal esbarra no direito a um processo devido, que envolve o exercício da ampla defesa. A incidência seria inconstitucional. No segundo, a cega observância da ordem legal de produção das provas, postura estulta e irracional, seria providência vetada, a um só tempo, pelo direito a um processo devido e pelo direito a uma tutela efetiva (a não ser que interesse a alguém atrasar a tramitação e, por cima, sendo admitido que o processo possa servir a tal propósito). No terceiro, a regra legal novamente adversa, em um dos exemplos, o direito fundamental de defesa. No outro, a solução pode encontrar amparo no direito de acesso à justiça, que parece autorizar o juiz a deferir, excepcionalmente, o ajuste do rito no interesse das partes para além das hipóteses legalmente cogitadas.

O segundo requisito à adequação procedimental atípica diz respeito à necessidade de observância do contraditório, entendendo-se esse princípio em toda a extensão do seu sentido mais moderno, em que se verifica a cobrança de uma postura realmente dialógica por parte do juiz. Especificamente, repele-se a possibilidade de julgamentos inopinados, isto é, de decisões sobre pontos em relação aos quais os litigantes não tiveram a oportunidade de se manifestar. Quanto ao tema em exame, isso significa que as partes deverão ser ouvidas, via de regra, antes da prolação da decisão que vier a adotar um caminho ritual atípico com esteio, *v. g.*, em interpretação original da norma procedimental ou na superação argumentativa de dada regra legal. A providência ajuda, aliás, na prevenção de erros judiciais, além de poder desestimular a interposição de recursos e, ainda, viabilizar a reunião de subsídios potencialmente fundamentais para a qualidade da decisão.

A compreensão contemporânea acerca do princípio do contraditório relaciona o preceito à necessidade de diálogo entre juiz e partes, em função do que é dever do magistrado “convidá-las ao debate quando pretenda inovar no processo, quando pretenda tomar alguma providência fora do padrão legal, ou quando vá adotar oficiosamente solução até então não

⁴³⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 88-9.

vislumbrada pelos litigantes ou expressada na lei”⁴³¹. Como não “se pode tomar as partes de surpresa sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, eventual alteração procedimental não prevista no *iter* legalmente estabelecido depende da plena participação delas, até para que as etapas do procedimento sejam previsíveis”⁴³².

Calha atentar, porém, que a necessidade de consulta às partes não tem a mesma importância em todos os casos. O contraditório não deve ser glorificado, nem qualquer outro princípio, de resto, por mais precioso que seja. Em um dos polos, imagine-se uma pequena dilação de prazo a fluir ou em curso, medida destinada a viabilizar o exercício efetivo do direito de defesa. Não soa necessário, nem oportuno, que o *ex adverso* seja ouvido, até porque a providência poderia tomar mais tempo do que o implicado na prorrogação. Em situação do tipo, impende fundamentar tanto a decisão de fundo quanto a de não ouvir a outra parte.

No outro extremo, pode-se figurar uma causa de extrema complexidade, como costumam ser muitas ações civis públicas, em que pareça ser conveniente criar um procedimento só para ela, que abranja todo o curso da demanda na primeira instância. Em contexto do gênero, sem dúvida nenhuma, insta ouvir ambas as partes, talvez mais de uma vez. Quem sabe até marcar uma audiência só para definir o rito do processo. Quando a causa for realmente intrincada, aliás, é melhor logo assumir que a lei não dará conta. A alternativa, que envolve imaginar que bastará seguir o rito ordinário, é pior segundo qualquer ponto de vista.

Nesse diapasão, referindo-se à possibilidade de a flexibilização mal feita resultar em delongas na tramitação do feito, pondera-se o seguinte, em considerações que devem ser válidas, sobretudo, para os casos que envolvam grandes ajustes no rito legalmente previsto:

Por isso, a adaptação das formas e dos prazos deve ser estipulada uma única vez, por audiência preliminar (*case management conference*). A flexibilização *ad hoc*, diante de cada evento surgido no processo, multiplica o debate formal e tira o contraditório do seu foco, que é a resolução do conflito. Em vez de equilibrar a resolução do conflito ao tempo e recursos disponíveis, intensificará o desequilíbrio existente. Em outras palavras, a flexibilização do procedimento também há de ser planejada⁴³³.

⁴³¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 89.

⁴³² GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 93. Endossando a arejada concepção de contraditório, o Código de Processo Civil em perspectiva, na letra do anteprojeto, consagra as seguintes regras inovadoras: “Art. 10. 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”; “Art. 110. O juiz decidirá a lide nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. *Parágrafo único*. As partes deverão ser previamente ouvidas a respeito das matérias de que deve o juiz conhecer de ofício”.

⁴³³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos e cultura de litigância...*, op. cit., p. 656-7.

Naturalmente, a criação *ab ovo* de todo o procedimento, ou de parte considerável dele, é medida realmente excepcional, que se justifica apenas em situações absolutamente anômalas. A atividade é trabalhosa e complexa. Só os mais habilidosos poderão levá-la adiante sem incorrer em muitos erros. Parece necessário assentar um regime de preclusões, ainda que de acordo com uma lógica menos rigorosa do que a cristalizada em nossa legislação. A questão relativa à estabilização do objeto litigioso é ponto que reclama particular atenção. No quadro total, cumpre refletir se os ganhos projetados com a customização do rito tendem a compensar os riscos, custos e dificuldades da providência, comparando isso tudo com as vantagens e desvantagens de seguir, ou tentar seguir, ou figurar que se está a seguir, o rito ordinário.

Merece realce o fato de que o dever de consultar as partes não ocasiona a exigência de que todos os sujeitos processuais tenham que concordar com a necessidade de ajuste do rito e com os exatos termos da medida. Com frequência, haverá alguém com interesse no mais rigoroso cumprimento, custe o que custar, do procedimento e das formalidades legalmente definidas. Pode ser que a posição seja legítima e, mesmo, tutelada constitucionalmente. Nessas condições, deve-se prestigiar o interesse da parte. Na dúvida tem que prevalecer a solução legislada. Sem melhores e elevadas razões, não pode o juiz substituir-se ao legislador na atividade concernente à especificação dos princípios constitucionais em regras jurídicas.

Mas também pode ser que não haja como sustentar o formalismo legalista, conclusão essa cujo atingimento deve passar, claro, pela prévia oitiva das partes. No mais das vezes, em situações concretas, o candente amor ao legalismo, aos rituais e às formalidades costuma provir do interesse, inconfessado, de que a justiça não surja ou não surja senão depois de vários anos. Como o processo é inevitável, tenta-se ao menos convertê-lo em meio de dilação da litigância para, assim, diferir ao máximo a realização do direito material, isto é, o pagamento daquilo que se sabe devido. Para alcançar o desiderato, cabe transformar qualquer banalidade formal em um cavalo de batalha. Sucede que esse interesse é condenável do ponto de vista constitucional, exigente de uma tutela efetiva e, portanto, célere. As normas legais que vierem a protegê-lo devem ser descartadas pelo juiz.

A impostergável necessidade de motivação constitui o terceiro requisito da adequação procedimental, intimamente ligado, aliás, ao primeiro deles, alusivo ao motivo e finalidade da medida. É consabido que o juiz tem o dever de fundamentar todas as suas decisões (CF, art. 93, IX). Quanto à questão em apreço, a obrigação é especialmente séria,

pois se trata de adotar um curso procedimental imprevisto na literalidade lei ou mesmo contrário aos termos da lei, ao menos conforme entendidos convencionalmente. Tanto maior será a gravidade daquele dever quanto mais ampla, profunda ou heterodoxa for a adequação procedimental que se tenha em perspectiva.

A primeira constatação em torno disso é a de que o ônus argumentativo competirá, sempre, à posição favorável ao ajuste atípico do procedimento. Assim o será tanto quando se ambiciona derrotar a norma cujo sentido não se discute como quando se pretenda conferir uma interpretação inovadora da lei ordinária. Em outras palavras, sem a devida fundamentação, não é legítima a negativa de aplicação da lei nem a transgressão aos entendimentos assentes. A lei e a tradição, segundo pensamos, gozam dessa vantagem. Não precisam se justificar, ou melhor, tem uma justificação formal. É claro também que a heresia do passado pode ser a tradição do presente. Cada contexto será mais ou menos único, algo que não exclui, porém, a ocorrência de situações repetitivas, juridicamente idênticas.

O que releva é deixar manifesto que existe uma peculiar responsabilidade argumentativa implicada na decisão que adéqua o procedimento definido abstratamente para o fim de atender às necessidades próprias do caso. Daí decorre, imediatamente, um correlato especial dever de motivação. Aliás, a doutrina costuma afirmar que o aumento da latitude judicial tem como contrapartida, precisamente, o recrudescimento das exigências de justificação. O controle do arbítrio judicial deixa de ser prévio, pela fixação de rígidas e detalhadas regras casuísticas, e passa a ser posterior, pela conferência da consistência argumentativa da decisão fundada em normas abertas, inclusive principiológicas⁴³⁴. Essa lógica assenta, como uma luva, ao tema aqui sob reflexão. Mais liberdade procedimental, maior dever de motivação.

Em termos gerais, é possível identificar três grandes abordagens cuja adoção oferece uma moldura analítica a partir da qual é possível bem fundamentar, quase sempre, a

⁴³⁴ Nessa linha, v. g., Luís Roberto Barroso, pela ótica constitucional: na aplicação de normas abertas, o fundamento de legitimidade da decisão transfere-se para o processo argumentativo (*Interpretação e aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 364-70). Em sentido análogo, Luiz Guilherme Marinoni, examinando o tema no contexto de análise sobre a jurisdição no Estado constitucional (*Teoria geral do processo*, op. cit., p. 108-11 e 122-36, em particular). O processualista leciona o seguinte, em alusão às regras processuais abertas: “pelo fato de o juiz ter poder para a determinação da melhor maneira de efetivação da tutela, exige-se dele, por consequência, a *adequada* justificação das suas escolhas. Nesse sentido se pode dizer que a justificação é a outra face do incremento do poder do juiz” (Ibid., p. 125). Ainda em toada semelhante, Daniel Sarmento: “Ademais, naquelas hipóteses em que a aplicação de princípios for realmente apropriada, ela deve dar-se de forma mais racional e fundamentada. Deve-se adotar a premissa de que quanto mais vaga for a norma a ser aplicada, e mais intenso o componente volitivo envolvido no processo decisório, maior deve ser o ônus argumentativo do intérprete, no sentido de mostrar que a solução por ele adotada é a que melhor realiza os valores do ordenamento naquele caso concreto” (O neoconstitucionalismo no Brasil..., op. cit., p. 61-2).

flexibilização atípica do rito: o poder geral de adequação procedimental, a revisão de dicções tradicionais sobre cada aspecto pontual e a superação da regra legal cujo sentido não se coloca em disputa. São estratégias combináveis entre si. Todas prescindem da evocação de normas constitucionais, embora quase sempre vá ser conveniente, ao menos, reforçar o argumento por meio delas. Todas podem operar no plano estritamente abstrato, ainda que pareça vir a propósito, nestes casos de postura inovadora, articular a solução hermenêutica original às necessidades próprias do caso concreto.

No plano legal, a base normativa da adequação procedimental atípica encontra-se na combinação entre os poderes do juiz na direção do processo (CPC, art. 125 e 262) e as disposições que estabelecem a instrumentalidade das formas (CPC, art. 154 e 244). A interpretação criativa desses dispositivos permite extrair, em favor do juiz, um poder geral de adequação do rito. A bem dizer, essa construção exegética não tem nada de espetacular. Simplesmente adianta a instrumentalidade das formas, que passa a funcionar *ex ante* também, dimensão nova que se agrega à tradicional incidência *a posteriori*. Em nível abstrato, instrumentalidade prospectiva paralelamente à retrospectiva. Essa saída pode ser muito frutuosa ainda que permaneça no plano legal e estritamente abstrato. Como se trata de inovação interpretativa, sempre calhará socorrer-se de adicionais fundamentos, constitucionais e ligados ao caso.

Outro grande meio para a produção de flexibilidade ritual diz respeito, simplesmente, à revisão dos entendimentos que conduzem a uma pontual rigidez no procedimento. Por exemplo, a ordem legal de produção das provas pode ser tida como preferencial em vez de obrigatória, como, aliás, já se tem entendido – basta romper os grilhões do literalismo para que essa dicção assuma foros de plena legitimidade. Nessa estratégia, muitas vezes poderá bastar, praticamente, a fundamentação feita no plano legal, ao menos a partir de quando se consolidasse uma virada hermenêutica. Talvez algum dia se venha a concluir, *v. g.*, que na verdade todos os prazos endoprocessuais são, mediante justificação plausível, prorrogáveis pelo juiz antes do respectivo vencimento. Nesse cenário, seria dispensável o emprego de discurso constitucional para o fim de se obter flexibilidade, pois a lei já a teria assegurado.

Há um conjunto de técnicas exegéticas bem conhecidas capazes de estruturar, isolada ou conjugadamente, a fundamentação de uma tópica decisão consentânea com as circunstâncias, ou mesmo uma mudança de interpretação produtora de um direito dúctil, maleável diante do caso. O texto legal nunca pode ser ignorado. Mas a sua dicção pode muitas

vezes produzir uma norma condizente com as particularidades da situação, reduzindo-se o inevitável hiato entre a regra jurídica, geral e abstrata, e a situação da vida, individual e concreta. Pode-se também aproveitar a luz que irradia dos valores constitucionais com o fim de realizar leituras normativas plásticas, afeiçoadas à necessidade de atender às exigências do caso concreto. Ainda, pode-se buscar uma interpretação que seja mais fiel à finalidade do preceito, ampliando ou diminuindo, abstrata ou concretamente, o alcance sugerido pela letra do texto normativo.

Uma terceira alternativa para a produção dogmática de flexibilidade procedimental diz respeito à superação da norma legal cujo sentido não se controverte. Reconhece-se o significado da regra e que ela incide. Mas nega-se aplicação à norma por razões superiores. Esse arranjo pode até operar no plano abstrato e dispensar o recurso à força normativa da Constituição. Mas é claramente mais afeiçoado para o manejo de casos complexos, incomuns, que têm exigências peculiares, desatendidas pela legislação infraconstitucional. Aí compete encontrar fundamentos principiológicos, constitucionais, para uma decisão adequada, derrotando o preceito legal na situação concreta.

Já foi aludido que por vezes o texto legal será claro e preciso demais para que se possa, legitimamente, interpretá-lo de modo a se lograr resultado exegético diferente daquele sugerido pelo seu sentido imediato e evidente. Pressupondo-se que a regra legal seja abstratamente constitucional, nessas situações uma adequação procedimental atípica propriamente dita, *contra legem*, pode ter lugar naqueles casos concretos, relativamente raros, em que a aplicação da norma produziria resultado inconstitucional. Sabe-se que a superação de regras legais constitui uma atividade acentuadamente difícil e laboriosa. É preciso esquematizar, de um lado e outro, os princípios e/ou regras colidentes. Em seguida, realizar um trabalho de sopesamento, empregando pelo menos um postulado normativo, que constituem, lembrando, disposições “imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas”⁴³⁵.

A proporcionalidade, a ponderação e a razoabilidade no sentido de equidade provavelmente constituam os postulados cujo emprego tem maior potencial no exame que tenha em vista a eventual superação da norma procedimental⁴³⁶. Geralmente bastará um deles.

⁴³⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., 122.

⁴³⁶ Sobre o assunto, ver a multicitada obra de Humberto Ávila, em que cataloga e examina os seguintes postulados aplicativos: ponderação, concordância prática, proibição do excesso, igualdade, razoabilidade como

Em tópico precedente, foi examinado o modelo analítico de Humberto Ávila para a superabilidade das regras. Destacadamente, tem-se a questão relativa à necessidade de se levar em conta, na decisão individual, as repercussões do julgamento para a generalidade dos casos. No âmbito recursal, em especial nos tribunais superiores, essa exigência parece ter um peso particularmente acentuado. Aí é fácil difundir a insegurança jurídica processual ao se tentar resolver adequadamente um caso especial. Insta agir com especial cautela naquele contexto.

Não importa a forma como se queira produzir dogmaticamente flexibilidade ritual ou ajustar concretamente a norma de procedimento, sempre deverá ser oportuno fazer uso, ainda que em caráter subsidiário, do princípio da adequação procedimental. Soa bastante promissor, em particular, aquele arranjo analítico, esmiuçado anteriormente nesta dissertação em item próprio, que concebe a norma como subprincípio constitucional, vinculado imediatamente a um princípio e mediadamente quer ao sobreprincípio do devido processo quer ao sobreprincípio da tutela jurisdicional efetiva. O (sub)princípio da adequação não é dos mais populares, até porque não tem corpo textual na lei comum. Mas anda se propagando rapidamente em doutrina. Logo deve começar a ressoar no foro.

4.5 Dificuldades e riscos da flexibilização

Sem dúvida nenhuma, diversas críticas podem ser formuladas à sugestão de que o juiz deva promover a adequação do rito às necessidades da causa, cumprindo explorar plenamente a flexibilidade reconhecida, além de divisar novas hipóteses de maleabilidade tanto pela revisão de entendimentos assentes quanto pelo emprego da força normativa dos princípios constitucionais do processo. Neste tópico, objetiva-se examinar rapidamente algumas das objeções que tal proposta pode suscitar, especialmente aquelas formuladas a partir de um ponto de vista pragmático. Sem dúvida, há riscos e dificuldades envolvidos na flexibilização procedimental. Segundo vemos, porém, os riscos são aceitáveis e as dificuldades transponíveis. Há mais a ganhar do que a perder.

Iniciemos por aquela crítica, já tateada mais cedo, baseada na alegação de que semelhantes elucubrações teóricas têm, na realidade, pouquíssima utilidade prática, algo que se infere pelo fato de que frequentemente não se tira proveito nem mesmo da flexibilidade

equidade, razoabilidade como congruência, razoabilidade como equivalência, e proporcionalidade (Ibid., p. 142-75).

ritual claramente existente na lei. De fato, em geral, pouco se maneja, por exemplo, a faculdade que permite ao juiz conciliar as partes a qualquer tempo.

Ocorre, porém, que muitos juízos adotam, sob certo aspecto, uma postura contrária, desvelando ductilidade em pontos de aparente rigidez, em desafio às lições encontradas na doutrina tradicional. Vão muito além da flexibilidade pacificamente reconhecida. Casos do gênero foram arrolados anteriormente.

Nas palavras de Fernando Gajardoni, “além das hipóteses legalmente autorizadas de flexibilização das regras procedimentais [...], há inúmeras outras situações não legalizadas que revelam a utilidade prática da flexibilização, muitas delas, inclusive, já presentes no foro e amparadas pela jurisprudência”⁴³⁷. Além de reduzir o hiato entre o que se passa nos processos e o que dizem os manuais, a construção teórica de uma base normativa que confira legitimidade, em princípio, a essas soluções procedimentais heterodoxas – heterodoxas do ponto de vista convencional – servirá para autorizar, por assim dizer, os juízes que tenham condições de gerenciar o processo. Não pode ser descartada pelo fato de que há quem não possa, e quem não queira, assumir o controle do rito. A inércia ou inépcia de alguns não pode importar na prescritiva inércia ou inépcia de todos.

Poderia ser lembrado, nada obstante, que “a extraordinária litigiosidade que caracteriza nosso tempo, obriga os magistrados a padronizarem suas decisões, praticando – com maior ou menor vocação para o *normativismo* abstrato – uma jurisdição ‘pasteurizada’, sem compromisso com o ‘caso’”⁴³⁸. Ou ponderado que não “seria exagero indagar se o contraditório e a cognição exercidos no processo judicial brasileiro dediquem-se, hoje, mais ao cumprimento de ritos procedimentais do que à resolução efetiva e adequada do conflito”⁴³⁹.

Apesar da primeira impressão, tais considerações, cuja procedência, no essencial, não se duvida, servem para endossar, ao invés de condenar, a proposta de adequação procedimental judicial. O normativismo, o formalismo e o burocratismo são inclinações adversadas pela exigência de que o juiz conduza ativamente, desde o início, o procedimento. O que leva ao mecanicismo processual é a suposição, correta ou incorreta, de que o rito é intangível. De resto, a crença acerca da indisponibilidade do rito, ainda disseminada, acaba autorizando, de certo modo, a letargia do juiz. Se afirmada normativamente a relativa

⁴³⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 106.

⁴³⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da, *Da função à estrutura*, op. cit., p. 100.

⁴³⁹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos e cultura de litigância...*, op. cit., p. 638.

disponibilidade da norma de procedimento, acabam, pelo menos, as justificativas situadas no plano teórico.

Mas ainda sobram os obstáculos práticos, sob a referência dos quais Dierle Nunes reputa ser uma “falácia recorrente” essa “credulidade romântica no ativismo judicial técnico processual, que permitiria flexibilizações procedimentais solitárias pelo juiz no caso concreto em face das peculiaridades de aplicação”⁴⁴⁰.

Tal crença na sensibilidade do juiz para fazer essas adequações procedimentais solitárias, parte do dogma do protagonismo judicial, criticado por muitos em face dos ganhos constitucionais do último século e que padece de um problema prático óbvio: o magistrado brasileiro não possui tempo e infraestrutura para ‘sopesar’ no caso concreto quais as melhores opções procedimentais a seguir, além de ser inviável a visualização do impacto (político, econômico, social) de suas decisões. Para o sistema que ele trabalha somente importa o cumprimento de metas e o julgamento em profusão⁴⁴¹.

Ainda que mereçam reflexões, essas censuras à administração judicial do procedimento não chegam a convencer. Pelo prisma normativo, poderia ser dito que a adequação ritual não encerra questão de diletantismo. Por vezes, trata-se de imposição decorrente da eficácia dos direitos fundamentais processuais. Não é essa ótica, porém, que interessa neste passo, mas sim a pragmática. Ao que parece, as observações transcritas assentam-se no pressuposto de que não há condições materiais – tempo e infraestrutura – para a adequação do procedimento. Quer dizer, o mecanicismo ritual é consequência das condições de trabalho a que estão submetidos os juízes.

Sucedem que nem todos estão afogados com o serviço. Para alguns, então, deve vir bem a calhar a possibilidade de gerenciar o processo, valendo-se para tanto de ampla flexibilidade procedimental. Não é ponto inquestionável, de mais a mais, que a robotização ritual seja resultado da incapacidade de bem lidar com o volume de demandas. Ela pode ser, ao contrário, um dos fatores que embalam o fenômeno. Isto é, a ausência de gerenciamento processual deve ser antes causa do que consequência do mau funcionamento da justiça. O mecanicismo enseja a prática de atos desnecessários. Redunda em erros cuja reparação é custosa. Às vezes exige a duplicação de atividades.

Aceita-se generalizadamente que planejar e agir conforme o plano é mais proveitoso do que reparar os erros decorrentes da ação intuitiva, espontânea ou mecânica. Não há razões para conceber o processo de modo diferente. É preciso abrir caminho para que o

⁴⁴⁰ NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 184, p. 109-140, jun. 2010, p. 123.

⁴⁴¹ NUNES, Dierle, Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil..., op. cit., p. 123.

juiz e as partes usem da própria inteligência para o fim de definirem um rito mais consentâneo com as necessidades da causa. O regime procedimental legalista, rígido e minudente, fecha-se para a contribuição daqueles que, conhecedores do conflito, têm real e próximo interesse no seu deslinde, ainda que por razões distintas. Pior do que isso, ele incentiva o mecanicismo ritual e, assim, a parvoíce do procedimento.

No plano geral, a correção dessas meditações, que parecem boas por si próprias, pode ser inferida pelo exame dos achados da pesquisa empírica conduzida recentemente por Paulo Eduardo Alves da Silva na justiça paulista de primeira instância, investigação que envolveu diversos juízos e tipos de procedimento, com o exame de dados de vários anos. Além de detectar a existência de uma generalizada prática informal de gerenciamento processual, com o emprego de uma variedade de expedientes jurídicos e administrativos, o estudioso constatou uma flagrante superioridade dos resultados, em tempo de processamento, dos juízos que adotavam alguma técnica de condução planejada dos processos. No cômputo total, a vara que não adotava técnicas de planejamento, prestigiando a “condução legal” do rito, ficou em último lugar entre as cinco comparadas, bem distante da penúltima colocada⁴⁴².

O pesquisador também analisou os resultados obtidos com a adoção do gerenciamento de processos nos Estados Unidos e na Inglaterra⁴⁴³. Eis um excerto que sintetiza o apurado na investigação, conglobando as constatações sobre as virtudes do gerenciamento entre nós e nos sistemas alienígenas examinados:

É indubitável que o gerenciamento de processos, ou melhor, a postura gerencial no exercício da jurisdição é um caminho para combater a crise da justiça nas sociedades contemporâneas. Nos três sistemas analisados, o gerenciamento de processos diminuiu o tempo de tramitação dos processos, aumentou o número de acordos e reduziu o volume de demandas. Demonstrou ter potencial para produzir um incremento quantitativo do sistema de justiça, no sentido da diminuição do volume do tempo de tramitação das demandas e aumento do número de acordos, bem como um incremento qualitativo, no sentido de encontrar o método de resolução mais adequado ao conflito e, principalmente, no aprimoramento da mentalidade dos operadores do sistema⁴⁴⁴.

Esse último aspecto merece ser salientado. Embora o gerenciamento de processos, perspectiva que abrange a adequação judicial do procedimento, encontre resistência no império formalista e burocrata ao qual ainda estamos subjugados, ele próprio pode colaborar, conforme vá avançando, na melhoria do cenário. Na Inglaterra, a adoção do gerenciamento processual teve por consequência uma mudança na cultura dos juízes, advogados e partes,

⁴⁴² SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., cap. II.5.

⁴⁴³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., cap. II.3.

⁴⁴⁴ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 84.

com o redirecionamento do foco à efetiva busca da resolução do conflito⁴⁴⁵. Não há razão para pensar que algo assemelhado não pudesse acontecer por aqui.

Outra objeção à adequação judicial do rito poderia partir da constatação da deficiência da formação dos bacharéis brasileiros. Muitos não estariam preparados para lidar com questões complexas, que exigem elaborados raciocínios jurídicos. Seria coisa necessária, nessa linha de argumentação, que a lei resolvesse o problema do procedimento, pois são poucos os juízes que têm, realmente, capacidade de contribuir a sério no seu enfrentamento. Já há resposta pronta para tal tese, formulada por Fernando Gajardoni, que é juiz, aliás: “não se pode pretender obstar a evolução de um sistema pela alegação genérica de incapacidade de seus operadores, ainda mais quando desprovida de comprovação científica”⁴⁴⁶.

Não é razoável que o sistema, para acomodar os menos capacitados, tenha que agrilhoar os mais habilidosos. Um aspecto é independente do outro, na realidade. Cumpre definir abstratamente o procedimento, providência de fato necessária. Mas se pode fazê-lo sob uma cláusula geral que estabeleça a relativa disponibilidade do rito, conforme previsto, *e. g.*, no regime processual português. No fundo, aquele argumento prova demais. Se a má qualidade da formação de boa parte dos profissionais fosse razão hábil para impedir o progresso, então “também não teríamos razão para aperfeiçoar o processo no plano normativo, já que os atores jurídicos, de qualquer modo, seriam incapazes de operá-lo adequadamente”⁴⁴⁷.

Nada disso vai de encontro ao fato de que é “muito mais difícil realizar um procedimento em regime de liberdade formal (que absoluta nunca é), porque passa do legislador para o juiz o encargo de medir e conformar os atos segundo os grandes princípios e garantias constitucionais, observando-os sempre sem a comodidade de um modelo diante de si”⁴⁴⁸. Efetivamente, construir o procedimento *ad hoc* é medida trabalhosa, difícil e arriscada. Por isso, deve ser reservada para casos realmente excepcionais. Em geral, aliás, a adequação judicial atípica do procedimento deve ser feita diante de circunstâncias peculiares. Na falta delas, cumpre seguir o rito definido na lei.

Como já ponderado, o problema não está na fixação de normas procedimentais pelo legislador, mas sim na sua minudência e, muito especialmente, inflexibilidade e indisponibilidade. Defender maiores poderes judiciais em matéria de rito não implica

⁴⁴⁵ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 50-2.

⁴⁴⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 106.

⁴⁴⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 106.

⁴⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, op. cit., p. 152.

exonerar o legislador das suas responsabilidades sobre o assunto. Não se quer um novo absoluto senhor do procedimento, substituindo-se o legislador pelo juiz. Procura-se, isso sim, uma posição intermediária, que represente um ponto de maior equilíbrio. O legislador deve assentar o regime procedimental que entender adequado, convindo mesmo que haja ritos detalhados. Mas também deveria admitir abertamente a limitação do normativismo abstrato, fixando procedimentos maleáveis e, paralelamente, escrevendo uma regra geral permissiva da adequação judicial do rito para o fim de conformá-los às exigências concretas.

Na opinião de Dierle Nunes, a saída não está na positivação de um sem-número de procedimentos especiais (tutela diferenciada), que acabam aumentando a complexidade total do sistema, a despeito do discurso de simplificação. Tampouco na estruturação de um sistema com base em normas abertas, a serem especificadas diante do caso concreto (adequação procedimental), inviável do ponto de vista prático, haja vista a carga de trabalho e a formação generalista do bacharel. A questão do procedimento deveria ser equacionada a partir da constatação de que a diversidade litigiosa pode ser dividida em três grandes grupos, a saber: individual ou “de varejo”, coletiva, e em massa ou de alta intensidade. Para cada modelo de litígio, à vista de suas peculiaridades, caberia conceber um diferente procedimento⁴⁴⁹.

Em termos globais, esse enfoque está correto e, a bem dizer, não é inconciliável com a proposta de que haja latitude, no plano judicial, para a adequação do procedimento. O estudo do direito estrangeiro permitiu constatar a existência, esquematicamente, de duas possibilidades para a estruturação de um regime procedimental flexível. Nenhuma delas é refratária à detalhada especificação legislativa de procedimentos. Como visto, no sistema português, há uma espécie de cláusula geral a consagrar o princípio da adequação procedimental. Nos países que adotaram o gerenciamento de processos, a lei regula alguns ritos comuns, de escolha relativamente livre, amplamente fungíveis e de elevada disponibilidade para o manejo pelo juiz e partes.

Já fora da perspectiva pragmática, outra ordem de fundamentos contrários à adequação judicial do procedimento poderia ser estruturada tomando como ponto de partida aquelas razões que devem ter levado, ainda que remotamente, à convencional inteligência

⁴⁴⁹ NUNES, Dierle, Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil..., op. cit., *passim*. Suma do enfoque do autor para o estudo das tutelas diferenciadas: Cumpre não tomar “por base as peculiaridades de cada situação litigiosa específica em discussão (algo inviável pelo perfil dos profissionais, as contingências de nosso sistema e as exigências de alta produtividade), mas, sim se tomando por base os tipos de litigiosidade, acima descritas [individual, coletiva ou repetitiva], reduzindo-se ao máximo o número de procedimentos e promovendo-se o delineamento de um sistema processual consentâneo com a situação prática imposta” (Ibid., p. 123).

dogmática sobre o assunto, de que o rito entre nós seja, e deva ser, indisponível, resolvido e definido no plano abstrato, pelo legislador. Por esse ângulo, segurança jurídica, liberdade individual e valores quejandos são bens cuja tutela depende do firme controle dos poderes do juiz, o que envolve torná-lo dócil e cego servo do rito mandado pronto e acabado pelo legislador, o representante do povo. O juiz deve ser, naquela célebre figura de Montesquieu, adaptada ao contexto, a boca inanimada do procedimento.

Não é esse o lugar para reconstruir o debate em torno do ativismo judicial. Por aqui basta rememorar que a positivação de cláusulas gerais e a afirmação da normatividade dos princípios e da Constituição são circunstâncias que importam, necessariamente, na superação do paradigma, liberal e oitocentista, que havia resultado no jurista tecnocrata e irresponsável, locutor das palavras da lei, ainda que mui desagradáveis. Hoje em dia, quem não quiser abonar a injustiça, como constitucionalmente avaliada a solução legal tanto no plano abstrato como no concreto, geralmente terá meios dogmáticos para repeli-la. Não há mais desculpa epistemológica.

Na realidade, a atribuição de maiores poderes procedimentais para o juiz não deverá resultar em nenhuma perda muito séria em termos de segurança jurídica e valores correlatos. Como observado por Fernando da Fonseca Gajardoni, “partindo do pressuposto de que a segurança jurídica reside na previsibilidade das ações futuras e de suas conseqüências, é possível ser evitado o arbítrio independentemente das regras procedimentais estarem estabelecidas em norma cogente e pretérita”⁴⁵⁰. Por esse prisma, é muito simples, de fato, salvaguardar a segurança jurídica. Basta garantir que o procedimento judicialmente definido ou ajustado seja de conhecimento prévio das partes.

Para que as regras procedimentais tenham seu poder ordenador e organizador, coibindo o arbítrio judicial, para que promovam a igualdade das partes e emprestem maior eficiência ao processo, tudo com vistas a incentivar a justiça do provimento judicial, basta que sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo, sendo de pouca importância a fonte de onde provenham⁴⁵¹.

Previamente, argumentou-se que as regras procedimentais, e sobre forma e formalidades em geral, podem redundar em insegurança jurídica e constranger a liberdade individual. Podem servir aos poderosos em vez de obrar em favor do cidadão comum. É preciso averiguar o que as formas produzem factualmente, e não imaginar ingenuamente que sempre tenham determinado resultado. Nem mesmo a capacidade ordenadora do procedimento deve ser presumida. O rito definido legalmente pode ser, na verdade, a

⁴⁵⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 85.

⁴⁵¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 85.

consagração da irracionalidade ou a cristalização do poder. Ainda por cima, o procedimento legal pode revelar-se absolutamente incompetente diante do caso concreto, ainda quando indefectível na sua conformação abstrata.

O denodado culto ao formalismo e a rigidez procedimental mostra-se falacioso ao vincular-se, com ares de condição *sine qua non*, ao controle do arbítrio judicial. Ora, em sistema como o nosso, que contempla amplas avenidas recursais, não faz muito sentido constranger o juiz por meio de rígida e exageradamente detalhada legislação processual. Abusos e resvalos autoritaristas são vivamente desestimulados pela possibilidade de submissão da matéria à instância superior. Se ainda assim surgirem, bastará incoar o instrumento recursal que couber no contexto. Aliás, a má qualidade da fundamentação já servirá de indício de que se está diante de uma decisão arbitrária. Como nota Gajardoni,

as variações procedimentais implementadas por determinação judicial poderão ser controladas pela finalidade e pelo já citado contraditório obrigatório, bem como pela possibilidade de reexame da decisão em sede recursal, até porque as alterações do iter padrão ordinário, sumário ou especial – que como tal devem continuar a reger os processos em que não haja necessidade de variação ritual – deverão ser precedidas de convincente motivação pelo órgão condutor do procedimento⁴⁵².

Paulo Eduardo Alves da Silva considera que a “deformalização, flexibilização ou adaptação do procedimento às circunstâncias do caso podem rapidamente se transformar em arbitrariedade”⁴⁵³. Entretanto, no nosso caso, o perigo “à democratização da justiça”, realmente, “não parece derivar da falta de cobertura legal ou do arbítrio judicial, mas do formalismo impregnado na cultura jurídica”⁴⁵⁴. Na verdade, o “perfil dos problemas da Justiça brasileira (acesso seletivo à justiça, processualismo, morosidade, burocracia judicial, etc.) sugere que o formalismo é em si um risco”⁴⁵⁵. Enquanto tivermos esse pródigo sistema recursal, não há tantos motivos para temer o ativismo judicial, quanto mais no que toca ao procedimento.

4.6 A flexibilidade do direito em perspectiva

Como sabido por todos os interessados em direito processual, atualmente tramitam no Congresso Nacional projetos de lei que visam à edição de uma nova Lei da Ação Civil Pública e de um novo Código de Processo Civil. Elaborado por uma Comissão de Juristas designada pela Presidência do Senado Federal por meio do Ato n. 379/2009, o

⁴⁵² GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental...*, op. cit., p. 86-7.

⁴⁵³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 151.

⁴⁵⁴ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 152.

⁴⁵⁵ SILVA, Paulo Eduardo Alves da, *Gerenciamento de processos judiciais*, op. cit., p. 152.

anteprojeto para um novo Código de Processo Civil veio a ser transformado no Projeto de Lei do Senado n. 166/2010, proposição aprovada pela Casa em dezembro de 2010, com texto substitutivo. A matéria agora tramita na Câmara dos Deputados, constituindo o objeto do Projeto de Lei n. 8.046/2010. Desde meados de 2011, a proposição está sob análise de comissão especial, criada com a responsabilidade de emitir parecer a respeito.

Passada a euforia inicial, percebe-se algum arrefecimento no interesse excitado pela promessa de reforma. A verdade é que ninguém poderia se declarar surpreso caso a aprovação de um novo Código custasse uma ou duas décadas. Além das naturais dificuldades envolvidas em mudança com semelhante envergadura, sabe-se que o processo legislativo alusivo a projetos de códigos é particularmente complexo e laborioso.

Sendo provável, assim, que o novo Código demore anos para ser editado, e também para evitar baralhamentos entre direito posto e direito projetado, resolvemos condensar neste tópico a análise da ambicionada reforma. Como o texto deverá passar por algumas alterações até a redação final, o estudo que se seguirá, fechado em agosto de 2012, enfocará a letra do anteprojeto.

Soa oportuno principiar observando que a abordagem adotada e preconizada por meio desta dissertação está em plena harmonia com três dos objetivos gerais que orientaram os trabalhos da comissão responsável pela elaboração do anteprojeto: articular intimamente Constituição e processo, simplificar o direito processual e permitir que o juiz se aproxime da realidade fática⁴⁵⁶. Propósitos do tipo costumam resultar em um direito maleável. E, de fato, a reforma do direito processual civil tende a produzir, sem dúvida, uma lei de maior plasticidade.

⁴⁵⁶ Eis os objetivos que orientaram precipuamente a Comissão, como informado por ela mesma na exposição de motivos do anteprojeto: “1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”. O texto do anteprojeto de novo Código de Processo Civil, junto com sua exposição de motivos e demais informações pertinentes, pode ser encontrado na página da Comissão de Juristas responsável por sua elaboração, mantida no portal do Senado (<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/default.asp>), especificamente no seguinte endereço: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Civil (Acesso em: 8 ago. 2012). A tramitação, emendas, pareceres, relatórios, texto substitutivo e situação atual podem ser conferidas, conforme o caso, por meio dos portais da Câmara e do Senado, pesquisando-se pelo número das proposições (No Senado, Projeto de Lei do Senado n. 166/2010; na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n. 8.046/2010). O Parecer aprovado no Senado, com o texto substitutivo, pode ser visto em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1> (Acesso em: 8 ago. 2012).

Nisso não há nada de inesperado. Qualquer profecia informada poderia ter adiantado essa avaliação, que, aliás, não faz mais do que registrar, no contexto, a adesão do processo civil à inclinação geral que conduz à flexibilização do direito. Especificamente no tocante ao regime procedimental, a propensão se materializa topicamente, no texto do anteprojeto, por exemplo, na adoção da teoria dinâmica do ônus da prova (art. 262), na possibilidade de aditamento do pedido até a prolação da sentença (art. 314), e na explicitação de que a ordem de produção das provas é preferencial (arts. 357 e 435).

Pelo prisma que aqui importa, essas e outras mudanças pontuais acabam tendo reduzida importância, porquanto há outra, de alcance geral, muito mais profunda: está em perspectiva a escritura do princípio da adequação procedimental. Em dois dispositivos, o anteprojeto de novo Código de Processo Civil contempla o preceito. O art. 107, V, estabelece competir ao juiz dirigir o processo, incumbindo-lhe “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”. Analogamente, o art. 151, § 1º, prescreve que quando “o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste”. Por força desses dispositivos:

A uma, o juiz pode determinar *a priori* a não observância de exigências formais inúteis para o deslinde da causa, enquanto, ao contrário, o princípio do prejuízo se aplica apenas aos atos imperfeitos já praticados que conseguiram atingir o escopo da regra desrespeitada – o Anteprojeto de Código exige do juiz uma atividade prospectiva de adaptação processual, enquanto o estatuto de 1973 apenas permite um instrumentalismo retrospectivo. A duas, podem ser acrescentados ao rito atos processuais não previstos na moldura legal, mas que são convenientes ou essenciais para uma adequada solução do litígio. Alguns magistrados, em ações civis públicas, mesmo sem autorização legal, já realizam logo no início do procedimento uma audiência para conciliação entre os envolvidos, que costuma ser muito proveitosa em matéria ambiental⁴⁵⁷.

Nesta dissertação, sustenta-se que a norma expressa por aqueles textos contidos no anteprojeto pode ser encontrada, por meio de reconstrução sistemática, no direito atualmente em vigor. Exsurge da combinação entre os poderes que o juiz tem na direção do processo e o cânone da instrumentalidade das formas. Trata-se de uma inovação exegética, que haverá de encontrar, quando menos, gravíssimas resistências. Por essas e outras, não pode haver dúvida de que a escritura do princípio da adequação procedimental traduz-se em uma providência muito oportuna. De observar, contudo, que o fato de a norma vir a ser escrita não alteraria, no âmago, o seu significado dogmático. A adequação judicial do procedimento,

⁴⁵⁷ BODART, Bruno Vinícius da Rós, Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro, op. cit., p. 94.

quando baseada na norma aberta de alcance geral, ainda seria medida de caráter extraordinário⁴⁵⁸.

A propósito, na exposição de motivos do anteprojeto, em nota de rodapé, faz-se referência ao *case management* inglês no ponto em que é apresentado o poder que se atribui ao juiz para que possa adaptar o procedimento às peculiaridades da causa. O modelo procedimental patrocinado pelo anteprojeto, no entanto, não é aquele vanguardeiro, supermaleável, próprio dos sistemas que adotaram o gerenciamento de processos. Pelo ângulo em exame, ele equivale, na realidade, ao esquema lusitano. Introduce-se uma norma aberta ductilizante de todo o regime procedimental: “o modelo adotado no anteprojeto é idêntico ao português, na medida em que apenas define uma cláusula geral de adaptabilidade, sem maiores considerações sobre os limites desse poder que é atribuído ao juiz”⁴⁵⁹.

Trata-se, sem dúvida, de um passo adiante em relação à (letra da) legislação em vigor. A mudança ambicionada é, porém, ainda retráida quando comparada aos modelos mais avançados. De fato, o anteprojeto não encampa os “modernos instrumentos de gestão ou gerenciamento processual (circuitos procedimentais, ‘contratualização’ e ‘calendarização’ do processo), extraídos do exame comparativo das legislações processuais atuais, todos voltados à busca da melhor gestão processual possível de cada causa pelo juiz”⁴⁶⁰. Tem-se no

⁴⁵⁸ Afora um ou outro detalhe, estamos inteiramente de acordo com as seguintes considerações de Bruno Vinícius da Rós Bodart sobre o assunto, que servem como resumo, aliás, embora pensadas para o direito projetado, acerca da estrutura técnico-operativa da adequação procedimental, que, para nós, funciona no contexto do direito posto: “Em razão dos princípios constitucionais da segurança jurídica, da igualdade e da legalidade, não se podem interpretar os artigos 107, V, e 151, § 1º, do anteprojeto como autorizadores de um ilimitado poder de criação judicial. Não se pode aceitar que cada magistrado crie o procedimento que melhor lhe aprouver, como se cada Vara dispusesse de um Código de Processo Civil próprio. O que se faz é substituir um regime em que a inobservância das formas legalmente prescritas gera a nulidade por outro, no qual o juiz é estimulado a se afastar do que as regras legais determinam sempre que desse modo for possível a maior promoção dos princípios processuais fundamentais. Entretanto, a princípio deve ser observado o procedimento legal. [...] O que se quer deixar claro é que o princípio da adaptabilidade não é um ‘cheque em branco’ para o juiz, não o autoriza a desconsiderar por qualquer pretexto os ditames legais. Até por isso, e em atenção ao artigo 93, IX, da Constituição, a decisão do juiz que promova a adaptação, afastando a aplicação de alguma regra processual, deve ser rigorosamente fundamentada, sob pena de nulidade. Outra forma de controle do poder de adaptação conferido ao magistrado é o princípio do contraditório – as partes devem sempre ser ouvidas previamente à prolação da decisão adaptadora. Noutros termos, deve o juiz consultar as partes quanto à conveniência da adaptação processual que visa promover” (Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro, op. cit., p. 101-2).

⁴⁵⁹ BODART, Bruno Vinícius da Rós, Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro, op. cit., p. 101.

⁴⁶⁰ ANDRADE, Érico, As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, op. cit., p. 193. Se bem que, como nota o estudioso, no “direito processual brasileiro vigente, e mesmo *de lege ferenda*, de acordo com o novo anteprojeto, as ferramentas básicas para a concepção gerencial já existem, pois sempre se deferiu ao juiz amplos poderes gerencias, de modo que esse moderno quadro processual não chega a assustar os sistemas continentais, cujos processos sempre permitiram o controle judicial do procedimento. Noutras palavras: se no direito brasileiro vigente ou *de lege ferenda* não existem ainda concretamente os instrumentos gerenciais dos ‘circuitos’ processuais, do calendário processual e a possibilidade de contratos de procedimento, tem-se que o mesmo direito brasileiro acoberta o panorama gerencial e prevê o germe dos circuitos processuais e da

particular, ao que consta, uma manifestação específica daquela busca por equilíbrio entre conservação e inovação, objetivo mirado pela Comissão elaboradora do anteprojeto.

Também corre no Congresso Nacional projeto alusivo a uma nova Lei da Ação Civil Pública. A proposição advém de iniciativa do Poder Executivo, certamente influenciada pela agitação doutrinária, verificada há alguns anos, em torno da edição de um Código de Processos Coletivos⁴⁶¹. Elaborado por uma Comissão Especial constituída por meio da Portaria n. 2.481/2009 do Ministério da Justiça, o anteprojeto chegou em abril de 2009 à Câmara dos Deputados. Autuado como Projeto de Lei n. 5139/2009, foi submetido à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Casa legislativa e, por ela, rejeitado em maio de 2010, período a que remontam os últimos andamentos. Não foi ao arquivo mercê da impetração de recurso visando à apreciação da matéria em plenário⁴⁶².

Como não poderia deixar de ser, a dinâmica que leva à ductilização do direito atinge também o processo coletivo em perspectiva. O princípio da adequação procedimental é igualmente consagrado no texto do projeto de nova Lei da Ação Civil Pública, no art. 10, § 1º: “Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico

possibilidade de ‘contratualização’. É preciso tentar inserir o direito processual brasileiro na era do *management* judiciário, não como expressão pura e simples do poder judicial, mas como representação da cooperação eficiente entre todos os atores processuais, contexto que representa uma verdadeira tendência geral e não toca apenas este ou aquele sistema jurídico, como destaca a doutrina francesa” (Ibid., p. 195).

⁴⁶¹ Ao longo da última década, surgiram quatro propostas, elaboradas no meio científico, para a criação de um Código de Processos Coletivos. Duas delas de caráter genérico, para assim dizer, dirigidas a um grupo de países com necessidades análogas no que tange à mudança legislativa da tutela transindividual, e outras duas especificamente gestadas para a reforma do sistema brasileiro: o modelo de Código de Processo Civil Coletivo para países de direito escrito, elaborado pelo professor Antônio Gidi, o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, desenvolvido no âmbito do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, e um par de anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, um originário do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e encampado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), outro surgido no âmbito dos programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá. Os quatro projetos constam, com as respectivas apresentações, exceto quanto ao anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, como anexos de obra de Fredie Souza Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (*Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 4, p. 452 et seq.). Vejam-se as seguintes observações da aclamada professora Ada Pellegrini Grinover, na exposição de motivos do anteprojeto do IBDP, uma das influências da pretendida nova Lei da Ação Civil Pública: “Em síntese, pode-se afirmar que a tônica do Anteprojeto é a de manter, em sua essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas. Corresponde a essa necessidade de flexibilização da técnica processual um aumento dos poderes do juiz – o que, aliás, é uma tendência até do processo civil individual”. No anteprojeto do IBDP, a flexibilização da técnica processual constitui princípio da tutela jurisdicional coletiva (art. 2º, “j”). Ademais, ele prevê o seguinte, no art. 48: “Este Código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata”.

⁴⁶² O texto do projeto, tramitação, emendas, relatórios e pareceres também podem ser conferidos através de sondagem na seção pertinente do portal da Câmara, pesquisando-se pelo número da proposição (Projeto de Lei n. 5139/2009).

Endereço direto:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485> (Acesso em: 8 ago. 2012).

coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa”. A disposição é idêntica, afora eventuais pormenores, àquelas contempladas na pretendida reforma do processo individual.

Apesar do abono doutrinário às pretendidas modificações, que na realidade são tímidas em confronto com as revoluções havidas alhures, os nossos legisladores não receberam bem, talvez porque não tivessem entendido, as propostas de positivação de normas permissivas da adequação judicial do rito. A censura de semelhante mudança foi esboçada entre os motivos alegados – nenhum dos quais, aliás, minimamente convincente – para o prematuro sepultamento da nova Lei da Ação Civil Pública⁴⁶³. Por sua vez, o texto substitutivo àquele do anteprojeto de novo Código de Processo Civil já não contempla mais o princípio da adequação procedimental. A supressão teve arrimo, inclusive, naquele erro, clássico, que relaciona legalismo com devido processo⁴⁶⁴.

Pelo que se pode intuir, os prognósticos para as reformas não são particularmente alvissareiros, muito embora o projeto alusivo ao novo Código de Processo Civil continue em movimento, recebendo atenção constante. Talvez seja aprovado no curto ou médio prazo. De toda a sorte, quanto à questão da positivação ou, como vemos, da explicitação textual do princípio da adequação procedimental, as perspectivas são especialmente desanimadoras. Não seria espantoso que as reformas saíssem sem que o texto normativo viesse a lume. Tudo parece preconizar que se deva tentar produzir a melhoria do sistema por meio de releituras das normas existentes. Não convém aguardar que o legislador resolva os nossos problemas. Sempre se pode avançar, ainda que os textos permaneçam os mesmos.

⁴⁶³ Observe-se o seguinte excerto do Parecer vencedor, pela rejeição da proposta, da lavra do Deputado Jose Carlos Aleluia (DEM/BA): “Quanto ao mérito, no entanto, o projeto não prospera. A proposta cria processo em que o réu recebe tratamento desigual de um juiz que terá liberdade para tomar partido sempre e somente em favor do autor, inclusive alterando a ordem das fases processuais, e concedendo liminares (e antecipações de tutela) sem que o autor as tenha pedido e sem que tenha sido dada oportunidade de defesa ao réu”.

⁴⁶⁴ A leitura do Parecer da Comissão do Senado responsável pela análise do projeto de novo Código de Processo Civil, por meio do qual foi aprovada, na forma de substitutivo, a proposição pertinente, permite identificar, aqui e ali, a influência da noção, equivocada, de que o devido processo exige a cristalização legal do procedimento. Eis um trecho do Parecer, em que é explicitado o caminho seguido pelo relator, Senador Valter Pereira (PMDB-MS): “os dois pontos do projeto mais criticados nas audiências públicas que se realizaram, bem como nas propostas apresentadas pelos Senadores e também pelas diversas manifestações que nos chegaram, são a ‘flexibilização procedimental’ (art. 107, V, e art. 151, §1º, do projeto) e a possibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido a qualquer tempo, de acordo com as regras do art. 314 do projeto. Dando voz à ampla discussão instaurada por aqueles dispositivos, entendemos ser o caso de mitigar as novas regras. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental, nas condições que especifica, limita-se a duas hipóteses: o aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova. Quanto à alteração da causa de pedir e do pedido, a opção foi pela manutenção da regra hoje vigente: ela é possível até o saneamento do processo que, no substitutivo, fica mais evidenciado que no Código vigente.” No texto aprovado, já não há mais uma norma aberta, apta a funcionar como válvula geral de escape à rigidez. No lugar da consagração do princípio da adequação procedimental, foram concedidos poderes ao juiz para “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico” (art. 118, V).

Conclusão

Ao longo da última década, tem surgido em nosso meio uma razoável produção doutrinária que enaltece e vindica, com maior ou menor ousadia, flexibilidade procedimental no âmbito do direito processual civil. Inicialmente, a flexibilidade era objeto de rogo dirigido ao legislador, bem a ser alcançado *de lege ferenda*. Mais recentemente, ela é, também, produto dogmático que se obtém *de lege lata* por meio de releituras da legislação existente, em contexto de mudanças metodológicas.

Ainda que ninguém tivesse notado, está em curso uma virada revolucionária em torno do que é (ou do que deva ser) o nosso regime procedimental. Nos marcos da fase autonomista da ciência processual, a cristalização de ritos detalhados em normas legais absolutamente indisponíveis era circunstância a ser elogiada. No período instrumentalista, o valor da minudência da lei e da intangibilidade do rito já era algo de que se desconfiava. Contemporaneamente, nas coordenadas da implantação do pós-positivismo, o mesmo pendor é intensificado, com o que surge, claramente, a aspiração por flexibilidade e disponibilidade, para manuseio judicial, da norma de procedimento.

É nesse contexto que se inseriu o trabalho de pesquisa apresentado ao longo da presente dissertação. Examinou-se, portanto, o regime procedimental contemplado no direito processual civil brasileiro, com o foco sobre o estatuto central do sistema, ou seja, o Código de Processo Civil. Rigorosamente, a temática pertence à teoria geral do processo e seria acomodável, assim, em uma teoria geral do Estado. Teve-se em consideração, entretanto, o processo civil, para cujo âmbito haverão de ter valia, sem a necessidade de reparos ou ajustes, as conclusões que foram alcançadas na investigação.

Não se cultivou a pretensão, porém, de construir soluções dogmáticas para específicos problemas procedimentais, mas sim a de aportar subsídios para o enfrentamento de todos eles, especialmente quando manejados à luz do caso concreto. No geral, tratou-se de reunir e sistematizar ensinamentos que, na maior parte, já estão razoavelmente vulgarizados no meio especializado. Portanto, a contribuição oferecida não teve caráter original, embora talvez tenha exibido, aqui e ali, algumas observações autênticas.

Panoramicamente, pode-se afirmar que foi atingida a conclusão, confirmatória da hipótese que guiou a pesquisa, de que o regime procedimental do processo civil brasileiro já é, pode ser, e deve ser mais maleável do que sustentam, ou divulgam, as preleções convencionais. Na doutrina corrente, ainda é encontrada a visão segundo a qual a norma de procedimento seria, em nosso meio, absolutamente indisponível. Flexibilidade admitida seria só aquela clara e especificamente deferida pela lei, que deve ser detalhada. Seguir o rito legal constituiria, ademais, coisa muito valiosa e importante, defesa imprescindível contra o arbítrio judicial e, assim, penhor inalienável da segurança jurídica e da liberdade individual. Até mesmo o *due process*, megaprincípio constitucional, serve de fundamento para a observância da norma procedimental legal.

Apesar do advento do instrumentalismo, com suas censuras à rigidez e minudência da lei, essa concepção, conforme cogitado, mantém-se sobranceira, sem tantos ajustes, na imaginação de quase todos os que não tiveram a oportunidade de refletir sobre o assunto, como era o caso, aliás, do presente monografista. Nada obstante, consoante verificado ao longo da pesquisa, aquele modo de idealizar o procedimento, a despeito do aparente vigor e atualidade, encerra tese repleta de equívocos, produtora de efeitos deletérios e, hoje, completamente superada.

Repleta de equívocos, porque ingenuamente justificava o legalismo com norma constitucional e, por cima, supunha que as formas garantiriam justiça, liberdade e segurança. Como parece óbvio, as normas constitucionais servem, sobretudo, não para abonar a austera observância da lei, mas sim para fiscalizar a idoneidade e, sendo o caso, repelir a aplicação dos preceitos legais. Ademais, não há qualquer relação necessária entre forma e elevados valores, simplismo esse, aliás, que é tipicamente oitocentista, tempo a que remonta a concepção clássica sobre procedimento. Embora as formalidades possam proteger valores prestigiados socialmente, elas também podem aviltá-los ao ensejar, por exemplo, que o credor não pague, que o criminoso não seja preso, que o poderoso desfrute de privilégios processuais, etc.

A par dos erros, a clássica concepção sobre regime procedimental, ao entronizar a lei como única responsável, praticamente, pela definição do rito, acaba levando, ainda que não pretendesse, a resultados deletérios, pois exige e induz a passividade judicial, a robotização irrefletida do rito e, enfim, a parvoíce procedimental. Ela termina por servir, sob certo aspecto, como escusa para os juízes que não acompanham devidamente o desenrolar do processo. Imagina-se que é a lei que resolve o problema procedimental, não havendo motivo,

consequentemente, para devotar muita atenção ao curso do processo. Basta seguir a lei, às cegas. Associada a outros fatores, tais equivocadas suposições devem explicar por que o sistema de justiça opera às vezes maquinalmente, insensível ao conflito subjacente à marcha processual.

Não há mister de verificar enganos nem de constatar efeitos daninhos para se concluir, com bastante segurança, que a concepção que apura ou enaltece o legalismo, a minudência e a rigidez procedimental foi totalmente superada pela evolução legal e doutrinária das últimas décadas. Mesmo que não se tivesse pretendido, acabou sendo sepultado o velho, empedernido, regime procedimental do direito processual civil brasileiro, como havido e pensado até o final da década de 1970. Ainda que não se tenha adquirido plena ciência da circunstância, o contexto presente já é completamente outro.

Um dos fatores fundamentais constitutivos dessa transformação diz respeito ao avanço das cláusulas gerais na legislação processual. Por meio delas, o rito veio a adquirir um inédito grau de plasticidade, inclusive em campos estruturantes e sensíveis, como os relativos ao momento de concessão e, quanto às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, ao modo de efetivação da tutela jurisdicional. A generalização da tutela antecipada, aliás, veio a romper, em certa medida, com a lógica subjacente ao arranjo formado pelo procedimento comum e pelos procedimentos especiais. O sincretismo entre conhecimento e execução – inerente à antecipação da tutela e, hoje, consagrado como regime geral – deixou de ser privilégio de certos ritos diferenciados. O sistema ganhou flexibilidade.

A ascensão das cláusulas gerais perfaz, a bem dizer, apenas um pequeno capítulo, ainda que importante, de um movimento geral que abrange o conjunto do direito, tocando também, no tempo próprio, a seara processual. Faz-se referência à instalação do chamado pós-positivismo, complexo quadro em que se sobressaem, além das cláusulas gerais, o agudo incremento da força normativa da Constituição, a elevação do direito principiológico e dos direitos fundamentais e, ainda, a preocupação em bem manejar o caso concreto. As transformações na metodologia jurídica, ao se efetivarem no âmbito do direito processual, tornaram claramente obsoleta a visão sobre regime procedimental que se centrava na lei, prezando rigidez e minudência. Só falta adquirir maior consciência acerca do novo quadro e, a partir daí, providenciar, de início, maior congruência discursiva.

Acredita-se que uma maior liberdade procedimental em favor do juiz e das partes, especialmente se roborada e sistematizada por meio de reforma legislativa, possa contribuir, apesar dos eventuais riscos, com um importante passo na construção de um sistema judicial

mais justo, rápido e eficiente, preocupado com a solução do conflito e com o bom atendimento do jurisdicionado. O progresso exige o abandono de certas ideias que, embora fossem valiosas a seu tempo, não servem mais na contemporaneidade. Se quisermos resultados diversos, devemos agir de modo diferente. O conservadorismo saudosista não oferece soluções para os problemas da pós-modernidade. Não será o modelo procedimental oitocentista que atenderá às necessidades e aspirações hodiernas.

Devemos, assim, empreender a construção de um regime procedimental adequado às condições correntes, mobilização componente do enfrentamento do colossal desafio que é a transformação do sistema de justiça com o fim de torná-lo mais funcional, centrado no cidadão e comprometido com a realização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Por meio desta dissertação, tentamos oferecer, na específica área examinada, uma modesta contribuição naquele sentido. Quem sabe coubesse lamentar, retrospectivamente, que talvez tenha prevalecido uma tônica desconstrutiva em vez de uma construtiva. Não nos compete avaliar, mas esperamos, ao menos, ter alumiado um pouco o assunto, sugerindo o caminho para aqueles que se dedicarem à tarefa de reformular, no que se refere a cada específica questão dogmática, o regime procedimental do nosso direito processual civil.

Para pôr em destaque algumas das principais conclusões e constatações atingidas ao longo da dissertação, e explicitando as respostas que se obteve para as indagações e inquietações que motivaram a pesquisa, ajuntam-se os seguintes epítomes:

- 1) A temática alusiva à adequação procedimental insere-se em quadro metodológico no qual se observa uma distensão nos conceitos de razão e de ciência, dinâmica que se transmite ao saber que se produz em torno do direito, inclusive o dogmático. Com o abandono de pressupostos tipicamente modernos, a razão vai se tornando substantiva e argumentativa ao invés de formal, lógica e demonstrativa. A produção de conhecimento sobre o direito segue o mesmo rumo, desprendendo-se de premissas científicas. Tem desenvolvimento, nessas balizas, um movimento geral de flexibilização do direito, que encontra variadas expressões nos planos legislativo e dogmático;
- 2) De um plano dogmático e estrutural, a flexibilização do direito pode ser rastreada na crescente normatividade da Constituição ou, de outro modo, na constitucionalização do direito, circunstância que leva a uma aplicação sempre ponderada das regras positivadas na legislação ordinária. A lei não se aplica a todo custo. Se transbordar dos marcos constitucionais, mesmo dos impostos fluidamente por meio de princípios jurídicos, haverá que

ser posta de lado. A importância atribuída ao exame do caso concreto, em substituição ao ânimo de extrair a solução apenas da interpretação da lei, também inspira e exige certa flexibilidade. Esse espírito prudencial do nosso tempo se traduz, concretamente, em certos mecanismos dogmáticos, entre os quais, em realce, as cláusulas gerais e os princípios jurídicos;

3) Essas categorias constituem expedientes técnicos que viabilizam, no plano dogmático, a instalação de um direito dúctil. Cada vez mais comuns e relevantes, as cláusulas gerais ensejam, pela própria natureza, a prática de um direito maleável, aberto sistemicamente e sensível à apreciação do caso concreto. Sem uma *fattispecie* rigorosa, diferentes situações, muitas vezes substancialmente diversas, podem ser remetidas a uma mesma norma. Ao revés de pretender fixar soluções taxativas para problemas precisos, o direito se abre ao exame da situação concreta, para que, a partir daí, construa-se uma decisão que seja justa. Não obstante a importância das cláusulas gerais no direito contemporâneo, sua condição não chega a fazer frente ao portentoso relevo que os princípios jurídicos vieram a assumir nas últimas décadas. A vertiginosa elevação dos princípios, com seu manifesto caráter dinâmico e flexível, constitui a prova maior do movimento de suavização do direito. Sua qualificação como norma jurídica, sem rodeios e vacilações, materializa o elemento estruturante do renovado papel que lhes é atribuído na ciência do direito;

4) A ascensão dos princípios na teoria jurídica suscita diversos perigos, algo que não poderá ser devidamente considerado enquanto imperar uma idolatria irrefletida. É certo que os princípios, muitos deles ao menos, encapsulam valores recolhidos no corpo social e absorvidos pela linguagem do direito. Mas a incorporação dos valores ao discurso jurídico nada garante acerca do valor dos valores. Além do mais, a linguagem dos princípios, por si só, não assegura de forma nenhuma que serão produzidas melhores decisões. As regras ensejam uma medida mais ou menos certa de justiça para a generalidade dos casos, ainda que redundem frequentemente em resultados aquém do ideal, e que possam produzir, quando aplicadas a qualquer preço, flagrantes injustiças. Já os princípios abrem o campo decisório, para o bem ou para o mal. Eles próprios nada garantem. Apenas o seu correto manejo poderá aproximar o direito da justiça. O risco é, ao invés disso, avizinhá-lo do poder ou da força;

5) O direito e a ciência processual são tocados, a seu tempo, pelas forças que dão forma ao quadro geral. Quer dizer, instalam-se no ambiente especializado os elementos que particularizam a metodologia jurídica contemporânea, notadamente a constitucionalização do direito e, correlatamente, a ascensão do direito principiológico e dos direitos fundamentais,

além das cláusulas gerais. Não é acontecimento casual, portanto, o fato de a flexibilização procedimental ter despertado cada vez mais o interesse dos estudiosos do processo nos últimos anos. Ao contrário, a circunstância pode ser facilmente enquadrada como aspecto componente da evolução generalizada na direção de um direito dúctil, ocorrência que perfaz o multifário cenário pós-positivista e neoconstitucionalista;

6) Para alguns estudiosos, a exemplo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, já se presencia os albos de uma nova etapa metodológica na ciência processual, singularizada principalmente por uma espécie de reforçada constitucionalização do processo. Para além da tradicional sistematização que distingue o direito processual constitucional (jurisdição constitucional) e o direito constitucional processual (tutela constitucional do processo), a dogmática do processo se impregna de um “espírito constitucional”, de um “modo de pensar constitucional”, de “um sentimento constitucional”. A constitucionalização do direito processual não importa, porém, no abandono das causas que animavam a metodologia instrumentalista. Continua em pauta a efetividade, a observação crítica do processo e o foco no cidadão jurisdicionado;

7) Nesses coordenadas, os conceitos de processo e de procedimento são realinhados e, ainda, jungidos a preceitos constitucionais, com o que acabam, de certo modo, substantivados. Ocorre uma espécie de deformalização das definições, que passam a ter conteúdos atrelados a direitos fundamentais processuais. É a constitucionalização dos conceitos de processo e de procedimento, ponto a partir do qual se deve buscar a construção de um arcabouço analítico adequado para as exigências do nosso tempo. A preocupação maior deve estar, pois, na soldagem dos conceitos de processo e de procedimento aos direitos fundamentais processuais. Seguindo essa linha, apura-se que o processo constitui uma relação jurídica, que se desenvolve na forma de um procedimento, por meio da qual atua a jurisdição com o fim de viabilizar o exercício, pelo jurisdicionado, de direitos fundamentais processuais, notadamente os que garantem um processo devido e uma tutela efetiva. Esses devem ser, com efeito, os dois vetores decisivos. O direito fundamental a uma tutela efetiva forceja, geralmente para o proveito do requerente, pela aderência do processo à necessidade de tutelar o direito substancial. O direito fundamental a um processo devido assegura, mais usualmente no interesse do requerido, a dimensão garantista do procedimento;

8) Instrumentalismo, adequação do processo e flexibilidade procedimental são noções aproximadas. O direito processual mira determinados escopos, ou seja, é instrumento para determinados fins. Assim sendo, deverá ser tecnicamente adequado para o atingimento de tais

desideratos, inclusive no aspecto procedimental. A flexibilidade da norma e na aplicação da norma processual é exigência que se liga a essa perspectiva de que o direito processual é instrumento, e instrumento que deve ser adequado aos objetivos ambicionados. Embora tenham caráter geral, na doutrina corrente as noções de adequação e flexibilidade são vinculadas, sobretudo, ao aspecto procedimental;

9) A adequação do procedimento pode ser efetuada pelo legislador, pelas partes e pelo juiz, vale dizer, a adequação pode ter natureza legal, convencional ou judicial. No caso da adequação judicial do rito, ela poderá ser concretizada sob o amparo de expressa disposição legal ou pode ser realizada *praeter legem* ou mesmo *contra legem*, entendendo-se “lei” em sentido estrito, formal – a adequação será contra a lei, ou contra a interpretação mais imediata, natural ou tradicional da lei, mas sempre em nome e a favor do direito, dentro dos parâmetros do ordenamento, portanto. No primeiro caso, ter-se-á uma flexibilização judicial típica, quer dizer, uma adequação do procedimento realizada com a autorização de clara disposição legal, geralmente específica, que defere tal poder ao magistrado. Na segunda hipótese, ter-se-á uma flexibilização judicial atípica, assim designada porque levada a cabo sem que haja evidente supedâneo legal, ou em oposição à solução hermenêutica convencional, ou mesmo contrariando a literalidade da lei;

10) A adequação procedimental legal é realizada por meio da positivação de regras específicas para dadas circunstâncias e, muito particularmente, mediante a fixação de procedimentos especiais para determinadas causas, que refogem, pois, do raio de aplicação do rito comum, ordinário ou sumário. A adequação procedimental convencional tem pouco espaço no direito processual brasileiro, embora apareça, por exemplo, na possibilidade de as partes pactuarem a suspensão do processo. A adequação procedimental judicial típica ocorre quando o magistrado, ao arrimo de nítida norma permissiva, decide entre um dos cursos processuais indicados ou deferidos pela legislação, algo que sucede, *v. g.*, na aplicação dos preceitos que assentam a facultatividade da realização da audiência preliminar e a atipicidade dos meios executivos no que se refere às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa;

11) Pelo exame da legislação pátria, indutivamente constata-se que de fato existe em nosso meio o cognominado princípio da adequação procedimental. Em si mesma e em referência à sua aplicação, na lei se verifica a adequação do procedimento em vista de parâmetros objetivos, subjetivos e teleológicas, todos relacionáveis, mediata ou imediatamente, à situação jurídica de direito material controvertida. Na última década, o princípio da adequação procedimental vem adquirindo, pelas mãos da doutrina, crescente carga normativa. Seu

enquadramento deixa de ser apenas dogmático-descritivo, atingindo também caráter dogmático-operativo. Paralelamente, ele é constitucionalizado, ou seja, é acoplado aos direitos fundamentais processuais, evolução em plena harmonia com as tendências metodológicas em curso. Nesse quadro, apura-se que o princípio da adequação procedimental não chega a ter substância própria, porquanto apenas traduz, no fundo, uma dimensão que se pode atrelar a cada um dos princípios do direito processual, em particular dos previstos constitucionalmente. Trata-se, rigorosamente, de um subprincípio, isto é, de um vetor normativo transprincipiológico a cobrar um procedimento consentâneo com os princípios processuais pertinentes;

12) A adequação procedimental, destarte, deve servir de meio à eficácia dos direitos fundamentais processuais, tanto em uma perspectiva intransitiva (devido processo, processo justo) quanto em uma transitiva, dirigida à proteção do direito material (acesso à justiça, tutela jurisdicional efetiva). O princípio da adequação estrutura-se a partir da constatação de que o rito tem que ser capaz de bem garantir – na medida do possível, ponderando-se *in concreto* as forças normativas que apontarem para direção opostas – o exercício dos direitos fundamentais extraíveis dos princípios processuais de envergadura constitucional. Isso se obtém, muito preferencialmente, com a aplicação da lei. Ela pode ser integrada, ou mesmo descartada, entretanto, quando vier a se mostrar como um obstáculo ao exercício dos direitos fundamentais em função dos quais o rito deve ser organizado. Enfim, nas funções do procedimento, definidas por princípios constitucionais, é que se deve reconhecer, no plano dogmático-operativo, o conteúdo daquilo para que, no final das contas, o rito tem que ser adequado;

13) Embora se anuncie cultura da liberdade das formas, nossa legislação é, em geral, acentadamente rígida e pormenorizada. Prepondera a legalidade formal. Liberdade existe não em sentido próprio, como ampla latitude em questões formais, mas sim na possibilidade de se aproveitarem os atos que não seguirem as prescrições da lei, desde que a transgressão não seja cominada com nulidade e que a finalidade visada tenha sido alcançada. É uma espécie de flexibilidade *a posteriori*. Além disso, convencionalmente se entende que o procedimento previsto na lei deve ser rigorosamente seguido. Não há flexibilidade na seleção do procedimento, nem maleabilidade no manejo das regras de cada procedimento. Inexistindo expressa norma prevendo o contrário, o rito é absolutamente indisponível, inclusive para o juiz. Ainda quando crítica da rigidez e do detalhamento da lei, a literatura instrumentalista, na essência, compartilha dessa visão;

14) As aspirações da lei e (conforme) as teses mais ortodoxas, entretanto, não são exatamente abonadas por aquilo que se passa no plano empírico. Aí se verifica, assiduamente, a ocorrência de adequações procedimentais judiciais atípicas *praeter* e mesmo *contra legem*, isto é, soluções rituais que não se coadunam com o sentido mais evidente de determinado dispositivo legal ou que não se processam com base em nítida autorização normativa e/ou consoante o que preconiza o convencionalismo em matéria de procedimento. Apesar do que comanda a lei, como usualmente concebida, e malgrado as lições doutrinárias tradicionais, no contexto empírico da experiência forense a ductilidade procedimental é largamente disseminada. A abundante flexibilidade no exercício da jurisdição deixa dúvidas sobre a positividade da pretensão legal de sustentar um regime procedimental rígido, assim como sugere a necessidade de rever velhos dogmas doutrinários acerca do assunto;

15) Na hipótese de Ovídio A. Baptista da Silva, situações como essa relativa à teoria e prática procedimental, em que se verifica um hiato entre o que prescreve a doutrina e o que fazem os juízes, ainda que contrariados nas suas concepções teóricas, têm surgimento em decorrência do fato de que os doutos estão presos ao conceitualismo e ao legalismo dos Oitocentos, ao passo que as cortes têm que lidar com as necessidades impostas pela complexa realidade do século XXI. Pela ótica teórica, os tribunais cometem heresias ao criarem soluções que, na realidade, combinam com as aspirações e exigências contemporâneas;

16) A partir da fase instrumentalista da ciência processual, surge em doutrina um clamor por flexibilidade procedimental, inicialmente pensado *de lege ferenda*. Hoje em dia, tais aspirações não costumam redundar, apenas, em críticas ao direito posto e a súplicas para que o legislador intervenha. Com o ferramental dogmático pós-positivista, cobra-se que o juiz se responsabilize pelo procedimento. Assim, o clamor por flexibilidade ritual dirigido ao legislador foi complementado pela produção *de lege lata* de maleabilidade procedimental, para o que se emprega, maiormente, a força normativa da Constituição, inclusive de seus preceitos principiológicos. O rito haverá que se desenrolar, concretamente, à altura das exigências decorrentes dos direitos fundamentais processuais, inclusive dos que tenham feição principiológica, cumprindo ao juiz moldá-lo consoante semelhantes diretrizes, de preferência com a lei, mas contra ela se preciso for;

17) Nesse particular, a literatura instrumentalista é transicional e, por isso, ambígua e vacilante. Existe certo hibridismo entre as ideias antigas, de que não se consegue desprender completamente, e as concepções novas, cujas consequências não são sequer plenamente antevistas. O titubeio é claro no que se refere à adoção de uma postura legalista ou

constitucionalista acerca do procedimento. Em certo momento, pontifica-se que seguir o procedimento fixado na lei é postura imprescindível, comandada pela exigência de um *due process of law*. Alguns parágrafos depois, porém, esclarece-se que não é bem assim, pois o que importa mesmo é permitir o contraditório, prestigiando também os demais princípios constitucionais do processo. Com a constitucionalização dos conceitos de processo e de procedimento, hodiernamente, é finalizada a virada iniciada na fase instrumentalista. O *due process* já não se caracteriza, em absoluto, pelo fiel cumprimento do rito contido na lei, mas sim pelo caminho procedimental indicado pelos direitos fundamentais. Ele pode até coincidir com o rumo predisposto na lei, mas daí não se extrai, de forma nenhuma, qualquer vínculo, conceitualmente relevante, entre devido processo e observância do *iter legal*. A cláusula do *due process*, e todas as demais garantias constitucionais, servem para a fiscalização da lei, não como justificativa para o legalismo;

18) Diferentes campos do saber jurídico oferecem fundamentos abonadores da tese de que os procedimentos devem ser flexíveis e de que as normas procedimentais devem ser tidas como relativamente disponíveis. A partir da teoria da argumentação, apura-se que a recuperação da coerência normativa do sistema processual, seriamente perturbada com as reformas acontecidas nas últimas décadas, demanda uma nova concepção acerca do regime procedimental do processo civil. As regras detalhadas e rígidas, ou entendidas como rígidas, não são mais normativamente coerentes. Elas ficaram presas ao valor segurança, que já não tem a mesma dimensão em outras partes, reformadas, do direito processual. Naturalmente, é no teor das mudanças, orientadas para a efetividade, que se capta o sentido que deve orientar uma compreensão unitária do direito processual. A segurança da rigidez deve abrir espaço, assim, para a efetividade da flexibilidade. Estão em xeque os exageros detalhistas da lei em matéria procedimental, como estão provavelmente desatualizadas as interpretações que redundam em rigidez ritual;

19) Sob a referência do art. 5º, XXXV, da Constituição, extrai-se uma gravíssima censura à nossa atual conjuntura legal e jurisdicional, em que a abundância, minudência e complexidade da legislação processual acaba por ensejar, frequentemente, que o processo se torne um campo de guerra acerca de si mesmo, quer dizer, fornece a matéria-prima cujo manejo degenera a jurisdição em um palco para gigantes debates sobre minúsculos problemas formais. O juiz já não é mais a boca da lei, todos dizem. A Constituição tem eficácia normativa, garantem. Os princípios também, afirmam. Se assim for, então tudo está a indicar que o juiz deve ter muito cuidado ao prestar deferência às formalidades da lei. Ao fazê-lo,

poderá comprometer direito melhor, advindo das alturas constitucionais. Com seu potencial de afrontar o direito fundamental de acesso à justiça, o formalismo legalista é postura cuja idoneidade deve ser sempre escrupulosamente verificada;

20) Ainda que não quisesse, a tese que advoga legalismo, minudência e rigidez procedimental acaba por estimular a mecanização do rito e, sob certo aspecto, servir como escusa para os juízes que não acompanham devidamente o desenrolar do processo. É a lei que resolve o problema procedimental, imagina-se, logo não há motivo para devotar muita atenção ao curso do processo. A equivocada suposição ajuda a explicar por que muitas vezes o sistema de justiça opera de modo maquinal, seguindo protocolarmente o *iter* cogitado na lei. Em vez de mirar a distribuição de tutela, cumpre formalidades, segue burocraticamente o rito legal. Ademais, ao se reconhecer no legislador o senhor (quase) absoluto do procedimento, renuncia-se à contribuição do juiz e das partes para a construção de um rito competente para o caso. Repele-se a participação dos maiores interessados no assunto, em claro desperdício de inteligência;

21) A metodologia jurídica contemporânea liga extrema importância ao exame do caso concreto, fruto esse da superação de tendências abstracionistas, conceitualistas e normativistas. Não se cogita de soluções definitivas no plano abstrato, como se o labor prático pudesse ficar reduzido à mecânica verificação da correspondência entre fato e norma. Um e outro aspecto se definem reciprocamente, aliás, o que também demonstra a necessidade de examinar o caso, algo que se relaciona diretamente à condição falível das normas jurídicas. Com efeito, as circunstâncias concretas podem, no limite, desautorizar um preceito que seja, no seu relato abstrato, plenamente idôneo e claramente constitucional. As normas jurídicas são, todas elas, falíveis e derrotáveis. A solução natural sugerida pelos dispositivos (aparentemente) incidentes pode ser problematizada e superada por meio de melhores argumentos, eles que, de início, talvez sequer fossem objeto de consideração. As normas processuais, muito evidentemente, também são superáveis, quer abstratamente quer diante da situação concreta;

22) Em matéria de procedimento, isso tudo eleva a exigência de que o caso seja devidamente analisado desde logo e a cada momento do *iter*, avaliando-se a competência da solução ritual abstratamente prevista. Para viabilizar maior funcionalidade ao modelo procedimental do processo civil, recuperando a coerência normativa do sistema, as normas correlatas devem ser consideradas, em geral, como sendo facilmente derrotáveis, isto é, deve ser pouco formalista a aplicação da regra procedimental. A superação da norma é saída

excepcional, claro, mas não uma que exija contexto notavelmente incomum. A importância que se deve ligar ao caso e a condição excepcionável das normas jurídicas, aspectos intimamente relacionados, servem para censurar aquela postura, lamentável, que faz com que a demanda, sem ser analisada, seja processada rigorosamente, às cegas, conforme o rito abstratamente estipulado na lei. Todo caso concreto deve ser carinhosamente examinado, ainda que para se atingir a conclusão, como geralmente vai acontecer, de que a solução trivial é adequada o suficiente;

23) A visão comparatista oferece outro conjunto de razões em prol da flexibilidade ritual. Com efeito, a consulta ao direito forâneo demonstra que estão vencidas, há pelo menos dez anos, as preleções que, em tom fatalista, asseguram ser a legalidade das formas uma solução universalmente adotada. A tendência internacional é, claramente, no sentido da liberdade procedimental, algo que se insere, muitas vezes, na moldura de uma transformação mais abrangente por que passam alguns sistemas de justiça, com a adoção de uma racionalidade inversa àquela que inspira o burocratismo formal, que ainda nos comprime. Em Portugal, o princípio da adequação formal foi expressamente incorporado ao ordenamento. Encerra uma válvula de escape, de amplo alcance, ao regime procedimental tipificado na lei. Deve-se seguir, em princípio, o *iter* legal. Mas está autorizada a sua manipulação judicial com o fim de se atender às exigências do caso. A disposição de além-mar logra produzir, com elegância e singeleza, um regime procedimental maleável;

24) Apesar de superior em relação ao atual regime brasileiro (como concebido convencionalmente), o arranjo luso mostra-se ainda tímido quando comparado aos modelos que podem ser reconhecidos como vanguardistas no tocante ao direito procedimental. A partir da década de 1970, alguns países, de diferentes famílias jurídicas, desenvolveram uma perspectiva gerencial acerca do processo, orientando os seus sistemas de justiça a que se voltem, ao invés de mirarem o cumprimento de formalidades, à efetiva resolução dos conflitos. Já acolhido na Inglaterra e em França, tendo ecoado, em certa medida, também na Itália, o gerenciamento envolve copiosa flexibilidade procedimental, aspecto que constitui, porém, apenas um dos elementos componentes do variado arsenal técnico da sistemática, que congloba dimensões ligadas à administração judiciária, de recursos materiais e tecnológicos, além da gestão de custos;

25) O gerenciamento de processos parte da premissa de que o formal cumprimento do rito definido em lei não assegura a justa resolução do conflito, com o que enfatiza que a distribuição da justiça não se confunde com a persecução do *iter* abstratamente previsto.

Exige-se que o juiz controle o andamento do processo, dispondo, se necessário, da norma procedimental. Mais profundamente, o gerenciamento materializa um novo modelo de prática judiciária, envolto por uma racionalidade diferente daquela a que estamos habituados. Por aqui usualmente se prescrevem meios, cuja observância assegurará, conforme se presume, o atingimento dos fins. Em matéria procedimental, a propensão implica o meticuloso detalhamento do rito na lei, cuja religiosa observância supõe-se garantirá a tutela. No gerenciamento de processos predomina a lógica inversa. Haverá que ser distribuída a justiça, competindo ao juiz especificar o rito que permita realizar tal desiderato da melhor maneira possível;

26) Na Inglaterra, o *judicial case management*, que já era praticado em algumas cortes, foi consagrado como uma das bases do novo modelo processual implantado por meio das *Civil Procedure Rules*, editadas em 1998. No aspecto procedimental, impera a mais irrestrita disponibilidade. A legislação prevê algumas espécies de procedimento comum, mas a eleição dos ritos, porém, não é questão exaurida no plano legislativo. Salvo nas situações expressamente vedadas, pode o juiz optar por qualquer dos procedimentos previstos. A lei apenas oferece parâmetros para a decisão a respeito, que pode ser revista posteriormente, havendo, além do mais, vasta latitude na manipulação do rito escolhido. O juiz dispõe de um vistoso arsenal de poderes. É autorizado a adotar qualquer medida com o propósito de fazer com que o processo atinja os seus propósitos, salvo quando haja norma proibitiva específica. Entre nós, o convencionalismo procedimental prega precisamente o contrário, isto é, o juiz não pode dispor da norma ritual, a não ser que haja expressa regra permissiva;

27) Em plano estritamente dogmático, algum grau de flexibilidade procedimental é correntemente uma imposição, inelutável, advinda da normatividade, na extensão hoje admitida, dos princípios consagrados constitucionalmente como direitos fundamentais processuais. Em outras palavras, a aquisição de plena força normativa pela Constituição e seus princípios veio a tornar disponível em algum grau, de intensidade maior ou menor, a norma sobre procedimento situada no nível infraconstitucional. Nessas condições, a adequação procedimental atípica pode ser fundamentada com base em princípio constitucional, quer dizer, em disposição de direito fundamental. As funções eficaciais dos princípios – entre outras, funções integrativa, interpretativa e bloqueadora –, imanescentes também, por óbvio, aos princípios fundamentais do direito processual, viabilizam dogmaticamente, e prescrevem normativamente, a adequação procedimental atípica *praeter* e até mesmo, em certas condições, *contra legem*;

28) Isso não contradiz o fato de que a lei e as regras devem ser levadas na devida conta, para o bem, quando nada, dos princípios democrático, da legalidade e da separação de poderes. O aplicador não pode ignorar as regras porque vislumbra, segundo o seu ponto de vista, um deslinde mais adequado extraível dos princípios. Tampouco pode pular o plano legal e ir direto à Constituição porque imagina encontrar nela uma solução mais justa. Entre o caso normal e o excepcional, há uma infinidade de situações intermediárias. Muitas vezes, a regra legal pode não parecer a ideal, nem mesmo ser a ideal segundo qualquer critério razoável, mas ainda assim terá que ser aplicada. Não pode cada juiz, assim, criar os seus próprios ritos, ignorando aqueles previstos na lei. O discurso constitucional e principiológico não deve ter o condão de fundir o raciocínio *de lege lata* com o *de lege ferenda*, embora nitidamente diminua o hiato entre uma e outra perspectiva;

29) A regra legal, enfim, não pode ser simplesmente posta de lado, como se conselho fosse. Mas a circunstância não exclui, porém, que se adaptem as normas, na medida do possível, às particularidades do caso, nem que a interpretação seja realizada sob a luz que irradia dos valores constitucionais. Tampouco que se busquem resultados exegéticos mais fiéis à finalidade do preceito, ampliando ou diminuindo o alcance sugerido pela literalidade do texto normativo, nem que se proceda ao afastamento das regras em casos excepcionais, superando-as argumentativamente. Com isso se nota que a flexibilidade procedimental poderá também ser atingida – e por vezes será mais facilmente ou deverá preferencialmente ser atingida – mediante a revisão dos entendimentos, situados no plano legal, que redundam em desnecessária rijeza. Frequentemente, os textos positivados autorizam interpretações diferentes das tradicionais;

30) Com largo alcance, uma solução geral, que dispensa a evocação de normas constitucionais, tem como ponto de partida a constatação de que o CPC vigente, por um lado, assegura ao juiz o poder de dirigir o processo (arts. 125 e 262) e, por outro, proclama a liberdade das formas (arts. 154 e 244). A leitura combinada e sistemática dessas duas normas autoriza plenamente a concepção segundo a qual o juiz brasileiro dispõe, *de lege lata*, de poderes para, com a devida motivação, adequar o procedimento previsto abstratamente na lei com o fim de torná-lo apto para o competente manejo do caso, fazendo frente, assim, às exigências advindas da situação concreta. As hipóteses denominadas de adequação atípica passariam a constituir, segundo a presente exegese, casos de adaptação ritual típica, isto é, seriam manipulações judiciais do procedimento claramente facultadas pela legislação (embora não por meio de dispositivo expresso). Nessa inteligência, a liberdade das formas é real, sob

certo aspecto, ao invés de programática. Em princípio, segue-se o procedimento legal, abstratamente previsto. Mas o juiz fica autorizado, diante de caso incomum, a rearranjar o rito com o fim de ajustá-lo às circunstâncias concretas. Aí a instrumentalidade opera como meio à suavização da rigidez legal, não como veículo para a prevenção da decretação da nulidade. Com isso se obtém uma flexibilidade *ex ante*, complementar àquela existente *ex post facto*;

31) A estrutura técnico-operativa da adequação procedimental atípica é formada pelo seguinte trinômio: finalidade (motivo), contraditório e motivação. Em primeiro lugar, deve haver um motivo idôneo, caracterizador de um quadro excepcional, para que se proceda à variação procedimental. Trata-se do pressuposto basilar da adequação ritual atípica. Tem que ser verificada a existência de um quadro fático que seja anômalo ou, no mínimo, diferente daquele tomado por referência pelo legislador ao estatuir a norma ritual pertinente. Em função disso fica vedado, aliás, que cada juiz crie, para assim dizer, o seu próprio procedimento ordinário. Além de excepcional, o quadro factual atípico deve ser juridicamente relevante. Quer dizer, há que se examinar e constatar, em exercício prospectivo, que a aplicação da norma procedimental prevista na lei produziria, no caso concreto considerado, uma situação censurável do ponto de vista jurídico. Mais naturalmente, a referência normativa para essa conferência é dada pelos direitos fundamentais processuais;

32) Em segundo lugar, insta observar o contraditório, entendendo-se esse princípio em toda a extensão do seu sentido mais moderno, em que se verifica a cobrança de uma postura realmente dialógica por parte do juiz. Especificamente, repele-se a possibilidade de julgamentos inopinados, isto é, de decisões sobre pontos em relação aos quais os litigantes não tiveram a oportunidade de se manifestar. Isso significa que as partes deverão ser ouvidas, via de regra, antes da prolação da decisão que vier a adotar um caminho ritual atípico com esteio, *v. g.*, em interpretação original da norma procedimental ou na superação argumentativa de dada regra legal;

33) Em terceiro lugar, deve ser devidamente motivada a decisão que efetivar a adequação ritual. Aliás, no contexto em referência o dever de motivação é especialmente grave, pois se trata de adotar um curso procedimental imprevisível na expressão literal da lei ou mesmo contrário aos termos da lei, ao menos conforme entendidos convencionalmente. Tanto maior será a gravidade daquela obrigação quanto mais ampla, profunda ou heterodoxa for a adequação procedimental que se tenha em perspectiva. Em termos gerais, é possível identificar três grandes abordagens cuja adoção oferece uma moldura analítica a partir da qual é possível bem fundamentar, quase sempre, a flexibilização atípica do rito: o poder geral de

adequação procedimental, a revisão de dicções tradicionais sobre cada aspecto pontual e a superação da regra legal cujo sentido não se coloca em disputa. São estratégias combináveis entre si. Todas prescindem da evocação de normas constitucionais, embora quase sempre vá ser conveniente, ao menos, reforçar o argumento por meio delas. Todas podem operar no plano estritamente abstrato, ainda que sempre pareça vir a propósito, nestes casos de postura inovadora, articular a solução hermenêutica original às necessidades próprias do caso concreto. Não importa a forma como se queira produzir dogmaticamente flexibilidade ritual ou ajustar concretamente a norma de procedimento, sempre deverá ser oportuno fazer uso, ainda que em caráter subsidiário, do princípio da adequação procedimental. Soa bastante promissor, em particular, o arranjo analítico que concebe a norma como subprincípio constitucional, vinculado imediatamente a um princípio e mediatamente quer ao sobreprincípio do devido processo quer ao sobreprincípio da tutela jurisdicional efetiva;

34) A flexibilização ritual envolve alguns riscos e dificuldades, que são, porém, aceitáveis ou transponíveis. No cômputo geral, há mais a ganhar do que a perder. Talvez o volume de trabalho cobrado aos juízes venha a impor, por vezes, o mecanicismo procedimental. Sucede que nem todos os magistrados estão afogados com o serviço. Para alguns, então, deve vir bem a calhar a possibilidade de gerenciar o processo, valendo-se para tanto de ampla flexibilidade procedimental. Não é ponto inquestionável, ademais, que a robotização ritual seja resultado da incapacidade de bem lidar com a massa de demandas. Ela pode ser, ao contrário, um dos fatores que embalam o fenômeno. Ou seja, a ausência de gerenciamento processual deve ser antes causa do que consequência do mau funcionamento da justiça. A eventual deficiência da formação dos bacharéis brasileiros também não serve como objeção à exigência de adequação procedimental. No argumento, os operadores do direito não estariam preparados para lidar com questões complexas. Seria coisa necessária, assim, que a lei resolvesse o problema do procedimento, pois são poucos os juízes que têm, realmente, capacidade de contribuir no seu enfrentamento. Ocorre que a inércia ou inépcia de alguns não pode importar na prescritiva inércia ou inépcia de todos. Não é razoável que o sistema, para acomodar os menos capacitados, tenha que agrilhoar os mais habilidosos. Um aspecto é independente do outro, na realidade. Cumpre definir abstratamente o procedimento, providência de fato necessária. Mas se pode fazê-lo sob uma cláusula geral que estabeleça a relativa disponibilidade do rito, conforme previsto, de resto, no regime processual português;

35) A atribuição de maiores poderes procedimentais para o juiz não deverá resultar em nenhuma perda muito extensa em termos de segurança jurídica e valores correlatos. Em

sistema como o nosso, que contempla amplas avenidas recursais, não faz muito sentido constranger o juiz por meio de rígida e exageradamente minuciosa legislação procedimental. Abusos e resvalos autoritaristas são vivamente desestimulados pela possibilidade de submissão da matéria à instância superior. Se ainda assim surgirem, bastará incoar o instrumento recursal cabível. Aliás, a má qualidade da fundamentação já servirá de indício de que se está diante de uma decisão arbitrária. De mais a mais, as regras procedimentais, e sobre forma e formalidades em geral, podem redundar em insegurança jurídica e constranger a liberdade individual. Podem servir aos poderosos em vez de obrar em favor do cidadão comum. Cumpre averiguar o que as formas produzem factualmente, e não imaginar ingenuamente que sempre tenham determinado resultado. Nem mesmo a capacidade ordenadora do procedimento deve ser presumida. O rito definido legalmente pode ser, na verdade, a consagração da irracionalidade ou a cristalização do poder;

36) As reformas do direito processual, tanto do processo coletivo como do individual, visam a um procedimento mais maleável. O direito em perspectiva contempla, inclusive, a escritura do princípio da adequação procedimental. Com essa medida, aquela válvula geral de escape à rigidez da lei adquiriria um desejável corpo textual, algo que viria a facilitar sobremaneira o discurso suavizador do regime procedimental. Os prognósticos relativos à concretização das mudanças, entretanto, não são particularmente alvissareiros, em especial no que toca à questão da positivação ou, como visualizado neste trabalho, da explicitação textual do princípio da adequação procedimental. Não seria espantoso que as reformas surgissem sem que tal texto normativo viesse a lume. Tudo parece preconizar que se deva tentar produzir a melhoria do sistema por meio de releituras das normas existentes. Não convém aguardar que o legislador resolva os nossos problemas. Sempre se pode avançar, ainda que os textos permaneçam os mesmos.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, José Carlos Moreira. Conferência inaugural – I Jornada de Direito Civil. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2002, Brasília. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/03_conferencia_inaugural.pdf. Acesso em: 5 maio 2011.

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 358, p. 49-58, nov./dez. 2001.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ASSIS, Jacy de. Os procedimentos especiais na sistemática processual brasileira. *Revista de processo*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 178-191, jul./set. 1976.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? *Revista de processo*, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

_____. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (org.). *Faculdade de direito da PUCRS: O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 413-465.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 30 set. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 14 abr. 2010.

_____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo II.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro – direito em perspectiva: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 71-104.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. Devido processo legal e direito ao procedimento adequado – a interação do binômio processo/procedimento e sua importância para o *due process of law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 89, p. 220-229, jan./mar. 1998.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, (v. 1).

BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, v. I.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.

_____. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: SAFE, 2008, v. I.

_____. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Júnior. Porto Alegre: SAFE, 2010, v. II.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. IV.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Trad. Loura Silveira. *Filosofia política*, Porto Alegre, n. 2, p. 9-25, 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, p. 69-83, set. 2010.

_____. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 1 (Teoria geral do processo e processo de conhecimento).

_____. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1 (Teoria geral do processo e processo de conhecimento).

_____. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2 (Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada).

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 3 (Meios de impugnação das decisões judiciais e processo nos tribunais).

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 4 (Processo coletivo).

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

- _____. *A reforma da reforma*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 81, p. 54-81, jan./mar. 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Flexibilização dos prazos como forma de adaptar procedimentos – ação de prestação de contas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 413-444, jul. 2011.
- _____. Justificação teórica dos procedimentos especiais (Conferência proferida no Congresso Nacional de Processo Civil – 20 Anos de Vigência do CPC, Rio de Janeiro, dez. 1994). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 91, n. 330, p. 3-14, abr./jun. 1995.
- FAGUNDES FILHO, Henrique. A equidade e o processo justo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 707-723.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Superação do modelo processual rígido pelo anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 78-95.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. *Revista de processo*, São Paulo, v. 33, n. 161-178, set. 2008.
- _____. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. O princípio da adequação formal do direito processual civil português. *Revista de processo*, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 121-134, out. 2008.
- GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES NETO, José Mário Wanderley; NOGUEIRA, Felipe Santana Mariza. O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 160, p. 325-349, jun. 2008.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Devido processo legal e direito ao procedimento adequado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 55, p. 293-313, jul./ago. 2005.

GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 121-134, maio 2005 (Republicação de capítulo da obra *A crise do direito*, São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 234-255). Disponível em: http://www.direitogv.com.br/sites/default/files/RDGV_01_p121_134.pdf. Acesso em: 12 maio 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGASTRA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coords.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Ed. Comemorativa do Cinquentenário, p. 161-170, 1976.

_____. O Código e o formalismo processual (Conferência proferida na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil, Porto Alegre, 1983). *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. especial, n. 21, p. 13-20, 1983-1984. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/index>. Acesso em: 13 abr. 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MALACHINI, Edson Ribas. Da conversibilidade de um processo em outro por emenda à petição inicial. *Revista de processo*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 7-16, abr./jun. 1989.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1966, v. 2.

MARTÍNEZ, Olga Sánchez. *Los principios en el derecho y la dogmática penal*. Madrid: Dykinson, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistemática e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; MAZZEI, Rodrigo (coords.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 21-41.

MENDES, Ítalo Fioravanti Sabo. *O duplo grau de jurisdição no processo civil: um exame à luz da Constituição e da instrumentalidade do processo*. 2008. 482 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A atuação do juiz na direção do processo. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro – direito em perspectiva: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 179-229.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1974.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de processo*, São Paulo, v. 35, n. 183, p. 165-194, maio 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 184, p. 109-140, jun. 2010.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

_____. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 59-69, out./dez. 1999.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo (coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 125-150.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____ (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1-15.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 30, n. 90, p. 59-84, jun. 2003.

_____. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 33, p. 79-85, mar. 1985.

_____. Processo civil brasileiro e codificação (Palestra proferida nas Jornadas em Homenagem a Paulo Grossi, realizadas na Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 4 e 5 jun. 2009). *Revista de processo*, São Paulo, v. 35, n. 179, p. 261-271, jan. 2010.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. III.

_____. Há um novo moderno processo civil brasileiro? *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 18, jun./ago. 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 16 nov. 2011.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. A adaptabilidade do procedimento: regra ou princípio? *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 5, n. 30, p. 40-55, maio/jun. 2009.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo – a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 179-189.

RAMOS, Glauco Gumerato. Processo jurisdicional civil, tutela jurisdicional e sistema do CPC: como está e como poderá estar o CPC brasileiro. In: CALMON, Petrônio; CARNEIRO, Athos Gusmão (orgs.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 571-587.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

RUSSO, Luciana. Devido processo legal e direito ao procedimento adequado. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*, Brasília, n. 10, p. 89-100, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 2.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 31-68.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Da função à estrutura. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 93-105.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de processos e cultura de litigância – a experiência do “case management” inglês. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 635-667.

_____. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-007-INDICE.htm>. Acesso em: 5 maio 2011.

VIGO, Rodolfo L. *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: De Palma, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela diferenciada. *Revista de processo*, São Paulo, v. 35, n. 180, p. 42-54, fev. 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 9. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.