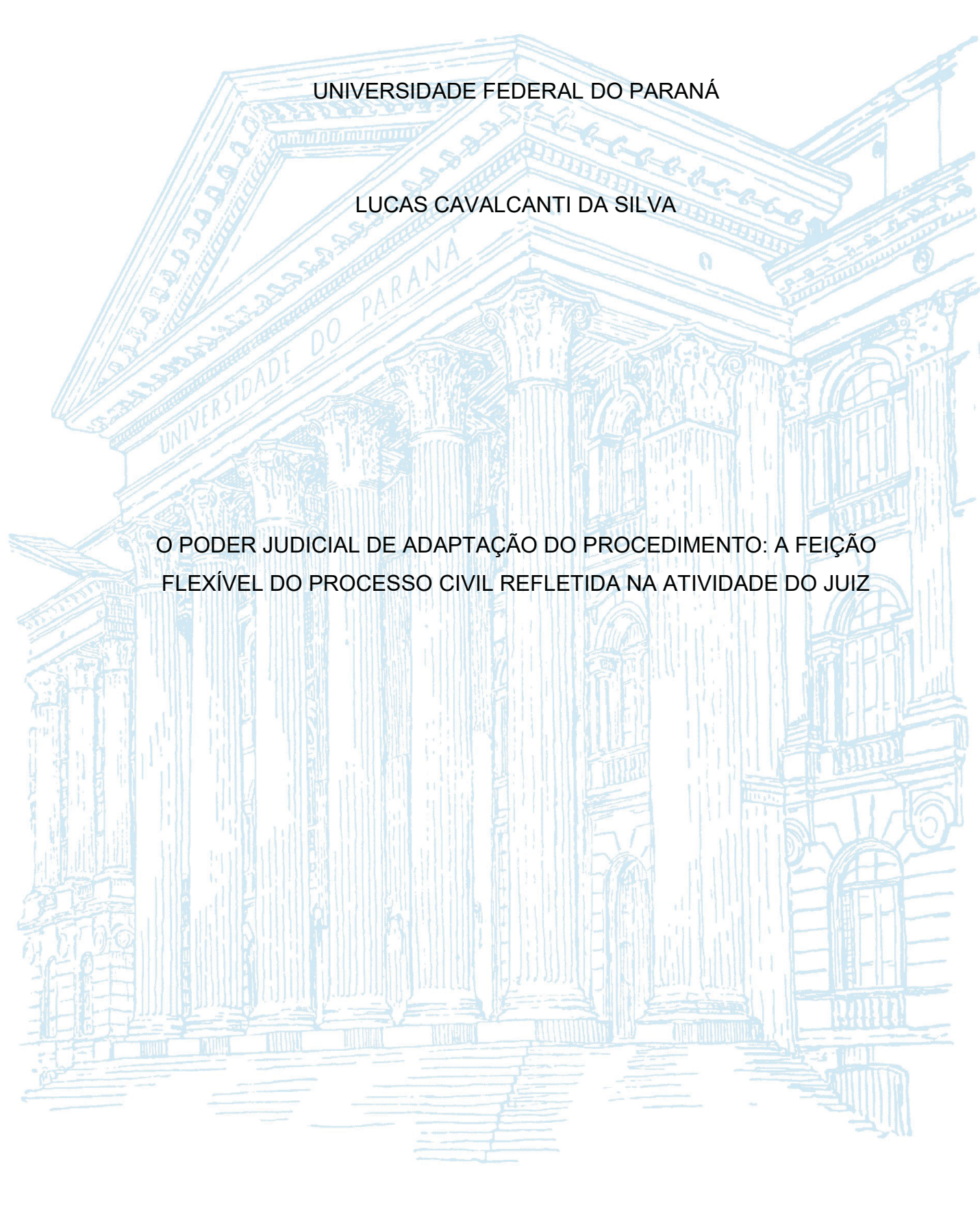




UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCAS CAVALCANTI DA SILVA

O PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO: A FEIÇÃO
FLEXÍVEL DO PROCESSO CIVIL REFLETIDA NA ATIVIDADE DO JUIZ

CURITIBA

2021

LUCAS CAVALCANTI DA SILVA

O PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO: A FEIÇÃO
FLEXÍVEL DO PROCESSO CIVIL NA ATIVIDADE DO JUIZ

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão

CURITIBA

2021

S586p

Silva, Lucas Cavalcanti da

O poder judicial de adaptação do procedimento: a feição flexível do processo civil refletida na atividade do juiz [meio eletrônico] / Lucas Cavalcanti da Silva. - Curitiba, 2021.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

Orientador: Clayton de Albuquerque Maranhão.

1. Juízes. 2. Processo civil - Brasil. I. Maranhão, Clayton de Albuquerque. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 347.962.1

Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB-9/1626

ATA Nº186

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia um de dezembro de dois mil e vinte e um às 09:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **LUCAS CAVALCANTI DA SILVA**, intitulada: **O poder judicial de adaptação do procedimento: a feição flexível do processo civil refletida na atividade do juiz**, sob orientação do Prof. Dr. CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ANTONIO DO PASSO CABRAL (UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO), SERGIO CRUZ ARENHART (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 01 de Dezembro de 2021.

Assinatura Eletrônica

01/12/2021 11:16:53.0

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

01/12/2021 11:11:54.0

ANTONIO DO PASSO CABRAL

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO)

Assinatura Eletrônica

01/12/2021 11:08:04.0

SERGIO CRUZ ARENHART

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **LUCAS CAVALCANTI DA SILVA** intitulada: **O poder judicial de adaptação do procedimento: a feição flexível do processo civil refletida na atividade do juiz**, sob orientação do Prof. Dr. CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 01 de Dezembro de 2021.

Assinatura Eletrônica

01/12/2021 11:16:53.0

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

01/12/2021 11:11:54.0

ANTONIO DO PASSO CABRAL

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO)

Assinatura Eletrônica

01/12/2021 11:08:04.0

SERGIO CRUZ ARENHART

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Para Taís e Vitor...
antes de mais nada, tudo!

AGRADECIMENTOS

“Pois quem é que te faz sobressair? E que tens tu que não tenhas recebido? E, se o recebeste, por que te vanglorias, como se o não tivesse recebido?” (Bíblia Sagrada, 1ª Carta de Paulo aos Coríntios, capítulo 4, versículo 7).

A alegria pelo encerramento de uma jornada desafiadora não pode apagar da lembrança que a possibilidade de iniciá-la e terminá-la, com a superação de seus obstáculos, não decorre apenas de esforço próprio, mas das dádivas recebidas daqueles que nos acompanharam. Aliás, sozinho, pouca coisa se constrói.

A Deus, Pai de toda a criação, devo não só o dom da vida, mas as bênçãos diariamente recebidas por mim e minha família. Sua poderosa mão tem sido não só meu alicerce, mas meu guia, meu escudo e abrigo. A mesma mão que corrige meus passos, enxuga do meu rosto as lágrimas nos momentos de tristeza e acena para a certeza da vitória.

Quem se propõe a cursar pós-graduação em universidade pública não pode deixar de ser grato à sociedade brasileira, que a muito custo a sustenta e dela espera resultados para a melhoria do funcionamento do país e de suas instituições. Que as linhas agora apresentadas possam, ainda que minimamente, contribuir de alguma forma para tal aspiração.

Agradeço ao Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão, meu orientador, pela companhia nestes dois anos de curso e por ter acreditado no meu projeto de pesquisa. As dificuldades impostas pela pandemia não impediram o contato sempre tempestivo, prudente e esclarecedor do Professor, a quem admiro não só pelo seu amplo conhecimento acadêmico, mas também pela forma como exerce a magistratura. Sem dúvida, uma referência que terei pelo restante de minha caminhada profissional e acadêmica.

Além do meu Professor orientador, agradeço a todos os Professores da Universidade Federal do Paraná que me ministraram lições (não só sobre Direito) na caminhada acadêmica: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni, Prof. Dr. Sérgio Said Staut Jr., Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena, Prof^a. Dr^a. Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho e Prof. Dr. Fabrício Ricardo de Limas Tomio.

Aos amigos Paulo Mazzini, Melanie Merlin de Andrade, Carla Melissa Martins Tria, Ricardo Alexandre da Silva, William Soares Pugliese, Murilo Carrara

Guedes, Fernando Fischer, Fernando Andreoni e Maurício Pereira Doutor, que sempre me incentivaram antes e durante minha trajetória no Mestrado. Agradeço pelos debates, sugestões, empréstimos de material, incentivos, revisões de texto e pela companhia nestes dois anos. Que venham muitos outros pela frente!

João Matheus Neto, Larissa Rosa da Silva, Priscila Gomes Borbela, Vitória Fedalto e Maria Eduarda Woycik, que formam minha equipe de trabalho, foram indispensáveis para a garantia da paz e da confiança necessárias para me equilibrar entre o ritmo puxado do mestrado e as exigências da judicatura. Muito obrigado.

Agradeço à Prof^a. Dra. Suzete de Paula Bornatto pela revisão do texto desta dissertação.

Devo um agradecimento aos meus diletos sogros, Sérgio e Agnes, pelo incentivo e apoio para o ingresso no mestrado na Universidade Federal do Paraná, à qual tantos serviços relevantes prestaram e ainda prestam.

Agradeço aos meus pais, Adalton e Sueli, e ao meu irmão Gustavo, exemplos de que o amor e a dedicação a um filho/irmão podem não ter limites. Foi também graças a vocês que cheguei até aqui, e é também por vocês que seguirei em frente.

À Taís, meu eterno amor, devo gratidão pelo esmero com que exerce todos os seus papéis. Esposa, companheira, melhor amiga, colega de toga, conselheira, revisora de textos, analista de ideias, professora, torcedora.... e tudo sem perder o brilho nos olhos de quando a conheci. Ah! Seus olhos... lembrando Pablo Neruda, das cinco coisas que quero, uma delas são seus olhos...*“Não quero dormir sem teus olhos. Não quero ser... sem que me olhes. Abro mão da primavera para que continues me olhando”*.

Por fim, agradeço ao meu filho Vitor. As horas de pesquisa roubadas e transformadas em horas de brincadeira, assim como os debates de alta indagação sobre os mistérios que um menino de 04 anos precisa resolver foram importantes para eu manter vivas em mim a humanidade e a sensibilidade indispensáveis a quem se presta a pensar o Direito. Obrigado, filho, pela paciência de esperar o papai terminar o mestrado para poder, finalmente, comprar o seu (ou o nosso?) *videogame*. Obrigado, tampinha, por me ensinar que construir uma nova pista *Hot Wheels* é tão importante quanto construir novas teorias jurídicas.

Curitiba, primavera de 2021.

“Convencia-se de que então era verdade, que havia exceções, que a autoridade podia ser confundida, que a regra podia ser insuficiente diante de um fato, que nem tudo se enquadrava no texto do código, que o imprevisto exigia obediência [...] que o destino armava emboscadas, e pensava com desespero que ele próprio não estivera ao abrigo de uma surpresa [...] O ideal para Javert não consistia em ser humano, em ser grande, em ser sublime; consistia em ser irrepreensível. Mas acabava de falhar [...] [era] obrigado a confessar isto: a infalibilidade não é infalível, o dogma pode conter erros, o código não é completo, a sociedade não é perfeita, a autoridade pode vacilar, um desacordo no imutável é possível, os juízes são homens, a lei pode enganar-se, os tribunais podem errar!” (“Os Miseráveis”, Victor Hugo. Vol 2. Tradução e Notas: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Edição conjunta de Cosac & Naify e Casa da Palavra, 2002. p. 652-654).

RESUMO

A construção do procedimento processual que leva em conta as características e necessidades da tutela do direito material tem sido colocada como objetivo da teoria e da prática processuais. O Código de Processo Civil de 2015 foi concebido neste ambiente, mas, curiosamente, ao tempo em que prevê poucas hipóteses de flexibilização procedimental para alcançar aquele objetivo, não tem norma expressa sobre o poder do juiz protagonizar esta flexibilização. O presente trabalho propõe identificar no juiz o ator que revela a feição flexível do Código de Processo Civil de 2015 e é capaz de promover a conformação do procedimento às necessidades de proteção do direito material. Ainda, o trabalho investiga o potencial do poder judicial de adaptação do procedimento para a melhoria do sistema de justiça civil e discorre sobre os limites e métodos para o seu exercício, considerando que o processo promove valores outros além da efetividade.

Palavras-chave: Adaptabilidade; gestão processual; poderes do juiz; princípios processuais; limites.

ABSTRACT

The construction of the procedure that takes into account the needs of the rights has been placed as an objective of civil process' theory and practice. The Code of Civil Procedure was conceived in this environment, but, curiously, at the same time that it provides hypotheses for procedural flexibility to achieve that objective, it is silent on the power of the judge to manage this flexibility. This paper proposes to identify in the judge the actor who reveals the flexible feature of the Code of Civil Procedure and allows the adequacy of the procedure to the needs of protection of rights. This work investigates the potential of the judicial power to adapt the procedure to improve the civil justice system and discusses the limits and techniques for its exercise, considering that the process promotes values other than effectiveness.

Keywords: Adaptability; case management; judge's powers; procedural guarantees; limits.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	O PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO E SUA REJEIÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL: É POSSÍVEL FALAR EM FLEXIBILIZAÇÃO JUDICIAL?	16
2.1	O PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO: CONCEITUAÇÃO E SUA PREVISÃO NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	16
2.2	RAZÕES DA REJEIÇÃO DO PARLAMENTO AO PODER DE ADAPTAÇÃO ATÍPICA DO PROCEDIMENTO E A INVESTIGAÇÃO DA INTENÇÃO DO LEGISLADOR	19
2.2.1	Breve noção histórica do processo civil brasileiro	33
2.2.2	Disposições legislativas em vigor e em fase de tramitação no Congresso Nacional	37
2.2.3	O pensamento doutrinário a respeito da adaptação do procedimento	44
2.2.4	Análise da posição do Parlamento após a investigação da construção do sistema jurídico vigente: a identificação de uma lacuna axiológica	56
2.3	O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO SISTEMA LEGAL DE ADEQUAÇÃO DO PROCESSO E O PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE	63
2.4	A INCOMPREENSÃO DO LEGISLADOR SOBRE O TEMA: SUPERANDO TRAUMAS, CORRIGINDO EQUÍVOCOS	74
3	O PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO E O APRIMORAMENTO DO SISTEMA DE JUSTIÇA	89
3.1	O MOVIMENTO INTERNACIONAL EM DIREÇÃO AO PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO	89
3.1.1	Os <i>case management powers</i> do juiz inglês. Qual lição a virada do pensamento inglês sobre processo pode ensinar?	90
3.1.2	A experiência de Portugal	107
3.1.3	A transnacionalidade da gestão judicial do processo	110
3.2	PROPORCIONALIDADE PANPROCESSUAL E SUA RELAÇÃO COM A FLEXIBILIZAÇÃO JUDICIAL: UMA POSSÍVEL VIA ENTRE O <i>COURT</i> E O <i>CASE MANAGEMENT</i>	114

3.2.1	A jurisdição para além da solução de conflitos individuais	116
3.2.2	Proporcionalidade panprocessual	120
3.2.3	O poder do juiz de adaptação do procedimento como mecanismo da proporcionalidade panprocessual: a via entre o <i>court</i> e o <i>case</i> <i>management</i>	125
3.2.4	A adaptação de institutos processuais para a gestão panprocessual	129
3.3	O PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO PARA ALÉM DAS LINHAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	138
4	LIMITES DO PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO E MÉTODOS DE APLICAÇÃO	140
4.1	O FORMALISMO PRESUNTIVO COMO LIMITE	141
4.2	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO COMO LIMITES	152
4.3	MÉTODOS PARA A ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO	164
4.4	RESISTÊNCIA À FLEXIBILIZAÇÃO JUDICIAL DO PROCEDIMENTO: UM BREVE DIÁLOGO COM A “GARANTÍSTICA PROCESSUAL”	170
4.5	O ESPAÇO DO PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO NAS DIFERENTES FASES E ESPÉCIES DE PROCESSO	174
4.5.1	O processo individual	175
4.5.1.1	A adaptação na fase de conhecimento.....	175
4.5.1.2	Tutela provisória.....	179
4.5.1.3	Os procedimentos de liquidação e de execução.....	181
4.5.2	O processo coletivo	183
4.5.3	O processo estrutural	185
5	CONCLUSÃO	188
	REFERÊNCIAS	191

1 INTRODUÇÃO

As considerações sobre o poder do juiz de adaptar o procedimento têm comumente por base o objetivo de afirmar a necessária relação entre técnicas processuais e a tutela do direito. Consolidaram-se afirmações segundo as quais “o processo deve ser instrumento para efetivação do direito material”; “as técnicas processuais precisam ser adequadas às peculiaridades e exigências do direito substantivo”; “o processo não pode ser formalismo em si justificado e pensado de forma separada do direito que nele se pleiteia”.

Contudo, até mesmo para as limitações do autor, construir um texto que se esgote em tais afirmações representaria um trabalho de pouca contribuição para a compreensão do processo civil.

Evidentemente, o trabalho sustenta a necessária correspondência entre a tutela jurisdicional e a realização do direito material e tem como um de seus marcos teóricos a doutrina que prega a adequação da técnica processual à tutela dos direitos. Trata-se de alicerce com o qual se pretende dar solidez à construção do discurso que defende a adaptabilidade do procedimento por iniciativa do juiz.

Entretanto, os objetivos deste trabalho voltam-se para afirmar um perfil flexível do processo Civil brasileiro no que atine aos procedimentos por ele desenhados - que acaba por pressupor um princípio da adaptabilidade - e sistematizar a atuação do juiz, sem prejuízo da posição das partes, neste ambiente de flexibilidade.

A despeito da inegável concepção publicística de processo que este trabalho adota, ele não defende um processo que fomente o protagonismo exclusivo do juiz, tampouco que desconsidere as escolhas feitas pela lei processual concernentes a um maior controle dos rumos do processo pelas partes. O trabalho trata de identificar no agente estatal imparcial e desinteressado no resultado de mérito o caminho para romper qualquer barreira entre a técnica processual e a boa tutela do direito. Em outras palavras, busca-se sistematizar os poderes do juiz de adaptação do procedimento, nele identificando a peça capaz de transformar a retórica da Constituição Federal (CF) e da lei em ação; a teoria, em prática.

Resultados práticos. Sem dúvida, o que o jurisdicionado espera quando maneja uma ação judicial é obter determinado bem da vida. Afinal, se o consumidor não vai ao supermercado apenas pelo passeio, mas para obter os produtos que lá

estão, o cidadão não se socorre do sistema de Justiça senão para a garantia de seu direito material da melhor forma e pelo menor custo¹. E, nesse aspecto, a adaptabilidade do procedimento ganha contornos de obviedade.

Acontece que o Código de Processo Civil brasileiro não conta com uma disposição expressa a respeito de um amplo poder judicial de adaptação do procedimento, seja por meio de uma cláusula geral (como faz o Código de Processo Civil português), seja a partir de um rol de possibilidades de seu exercício (tal como as *Civil Procedure Rules* da Inglaterra). E mais: o Congresso Nacional, quando das discussões que culminaram no texto do Código de Processo Civil de 2015, pretensamente vedou aquele poder na forma como então previsto em seu anteprojeto (que se assemelhava ao Código português), reduzindo-o a poucas e tímidas hipóteses taxativas, quais sejam: a inversão da ordem de produção de provas e a dilatação de prazos processuais.

Este é o problema que o primeiro capítulo da dissertação busca enfrentar. Sim, problema; afinal, ainda que sedimentada na teoria do Direito a diferença entre texto e norma, e mesmo que muito já se tenha dito sobre teorias de interpretação e sua relação com a “intenção do legislador”, a esperada relação harmoniosa entre produção legislativa e construção dogmática impõe a elaboração de um texto sobre adaptação do procedimento que tenha como ponto de partida as implicações da resistência por ela enfrentada quando das discussões parlamentares em torno do Código de Processo Civil de 2015.

Parte importante da doutrina, que oferece as bases teóricas deste trabalho, costuma dizer que a adaptabilidade do procedimento pelo juiz é decorrência de interpretação direta do texto constitucional, mormente, da garantia ao acesso à tutela jurisdicional adequada e afetiva (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal).

A questão que se coloca é se os debates legislativos que revelaram alguma resistência ao poder judicial de adaptabilidade são suficientes para desautorizar aquele discurso da doutrina. Em que medida o movimento do legislador de recusar dispositivo expresso no Código de Processo Civil sobre flexibilização do procedimento pelo juiz impacta (se efetivamente impacta) no raciocínio construído a partir daquela garantia constitucional?

¹ Para usar a analogia feita por Ivo Teixeira Gico Júnior no seu “A tragédia do Judiciário”. Vide: GICO JR., I. T. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014.

Por conta disso, o primeiro capítulo imerge nos debates parlamentares sobre a matéria e, partindo do pressuposto de que eles se prestam para a construção de um sistema jurídico coerente, cogita sobre a existência do poder judicial de adaptação do procedimento nas estruturas do Código de Processo Civil. A aparente resistência ao mencionado poder é investigada recorrendo-se ao passado, ao presente e ao futuro (este entendido a partir das propostas legislativas em trâmite no Congresso) do sistema legal processual, assim como ao pensamento doutrinário sobre o tema e às posições manifestadas a respeito da motivação da edição de uma nova lei processual.

Busca-se identificar, no sistema processual, um princípio da adaptabilidade do procedimento derivado do caráter flexível do Código de Processo Civil, do qual decorre o poder do juiz de flexibilizar o procedimento pela reorganização dos atos na cadeia que o compõe, a despeito de não haver previsão textual direta e expressa a respeito. Apresenta-se a adaptação do procedimento pelo juiz como elemento que se soma às hipóteses de flexibilização tipificadas pelo Código de Processo Civil, passível de manifestação em todas as fases do processo.

A segunda parte do trabalho tem por foco apresentar o poder judicial de adaptação do procedimento para além dos limites do processo, explorando a sua potencialidade para o aprimoramento do sistema de justiça civil. Para tal propósito apresenta-se como relevante olhar para o movimento internacional em direção ao reconhecimento daquele poder como caminho para melhorias de seus sistemas processuais. Indo adiante, o capítulo avalia como o poder judicial de adaptação do procedimento se traduz em importante ferramenta de gestão judiciária, não só de um caso isolado, mas dos recursos do Poder Judiciário aplicados na administração do sistema de justiça civil.

Toda construção em torno da flexibilidade do procedimento, porém, precisa evitar a tentação de se perder no discurso fácil da exclusividade dos resultados práticos e da maximização da eficiência processual. A lógica de funcionamento do processo traduz a tradição cultural de um povo e volta-se, também, à consagração de garantias e direitos fundamentais próprios do Estado Democrático de Direito, de tal modo que os resultados práticos e a eficiência devem conviver em harmonia com os outros valores prestigiados pelo processo.

A advertência de Ihering segundo a qual a forma está ao lado da liberdade na luta contra o arbítrio é sempre lembrada quando se propõe o tema da flexibilidade

procedimental, e o grande desafio de quem se coloca em sua defesa é compatibilizá-lo com as vantagens inerentes ao formalismo do processo.

A terceira parte do trabalho volta-se a estudar os necessários limites ao poder judicial de adaptação do procedimento a partir de determinada abordagem do formalismo e dos valores garantidos e promovidos pelo processo. E, a partir dos limites, o trabalho propõe uma sistematização da atuação do juiz por meio de método pelo qual aquele poder deve ser exercido, a fim de que a intervenção do juiz no curso do procedimento seja marcada por metodologia, e não por ideologia.

Não é preciso procurar muito para encontrar na rotina forense iniciativas de adaptação procedimental por parte dos juízes, as quais, diante da ausência de métodos previamente estabelecidos, podem dar ensejo a prejuízos processuais e margem à insegurança jurídica. A identificação de métodos para o exercício do poder judicial de adaptação do procedimento, então, surge como passo importante para pensar a temática.

Por fim, antes de apresentar suas conclusões, o trabalho aborda brevemente a posição do poder judicial de adaptação do procedimento nos processos individuais, coletivos e estruturais.

A construção da dissertação que ora se apresenta se deu por meio de revisão bibliográfica de doutrina nacional e estrangeira e foi influenciada pela visão prática que o exercício da atividade judicante proporcionou ao seu autor. Não obstante este aporte vindo do cotidiano forense, esta dissertação fia-se no fato de que o seu objeto de investigação é trabalhado na literatura e construído, sobretudo, pela teoria de processo.

2 O PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO E SUA REJEIÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL: É POSSÍVEL FALAR EM FLEXIBILIZAÇÃO JUDICIAL?

2.1 O PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO: CONCEITUAÇÃO E SUA PREVISÃO NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Uma vez que o procedimento pode ser entendido como a cadeia de atos que se sucedem para a consecução dos objetivos do processo, como seu aspecto exterior², o poder judicial de adaptação do procedimento interfere na maneira como os atos são coordenados e organizados na cadeia procedimental.

Este trabalho apresenta o poder judicial de adaptação do procedimento como o poder do juiz de conformar seus caminhos às peculiaridades do direito material objeto da demanda e às finalidades do processo. O mencionado poder, para os fins desta dissertação, não se refere à interferência do juiz na forma como o ato processual é praticado (flexibilização do ato processual), nem na eleição de um entre vários procedimentos (flexibilização de procedimento), mas no lugar do ato processual na cadeia que compõe o procedimento. Vale dizer, a atuação conformadora do juiz é pertinente ao desenho da estrutura do próprio procedimento (flexibilização no procedimento), reorganizando atos que, embora previstos na lei como a ele inerentes, são carentes de adaptação diante do que se discute na causa individualmente considerada.

² Esse singelo conceito de procedimento não tem a pretensão de superar as diversas noções sobre o “procedimento”, e sua diferenciação com o “processo”, encontradas na doutrina. A bem da verdade, é mesmo difícil encontrar consenso na doutrina processual sobre a conceituação e diferenciação de ambos os institutos, assim como da existência de efetivas e bem delimitadas diferenças entre normas de processo e normas de procedimento. Bruno Garcia Redondo conclui, após revisão doutrinária, que a distinção entre processo e procedimento é irrelevante quando se trata de adaptação do procedimento: “É evidente que o *procedimento* é passível de adequação pelo juiz ou pelas partes [...] O que não nos parece correto é restringir o objeto da adequação exclusivamente ao procedimento, deixando de lado o processo. Afinal, há figuras que são claramente *processuais* (e.g., competência, prova e recurso) e que podem ser objeto de adequação, inclusive típica (v.g., eleição de foro, redistribuição do ônus da prova). Assim é que tanto o *procedimento*, quanto o *processo* – independentemente do conceito que se adote para um ou outro instituto -, podem ser passíveis de *adequação* pelo juiz e pelas partes em um caso concreto, desde que atendidos os pressupostos e os requisitos necessários para a adequação”. (REDONDO, B. G. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 64).

É bom que se diga desde logo que, a despeito do poder judicial de adaptação do procedimento provocar uma alteração em seu desenho, abrandando os rigores da forma, ele não pressupõe ou provoca seu completo abandono, já que não há como conceber processo sem forma, principalmente se considerado que o modelo do processo civil brasileiro é formal.

A utilização da expressão “adaptação do procedimento” tem por intento observar a distinção feita pela doutrina entre as funções do legislador e as do juiz na construção do procedimento. Afirma-se que “adequação” é o termo para designar a imposição dirigida ao legislador para que construa modelos procedimentais aptos à tutela efetiva dos direitos, enquanto “adaptação” (ou “flexibilização”) é o termo que designa a atividade do juiz na conformação do procedimento àquela tutela.³

Ainda segundo a construção doutrinária a respeito da matéria, três são as formas de adaptação procedimental: flexibilização legal, flexibilização judicial e flexibilização convencional. A primeira refere-se à previsão na lei de poder para que o juiz adapte o procedimento à causa, podendo essa previsão ser genérica (autorização incondicionada para atuação do juiz) ou alternativa (quando a lei indica de forma restrita os possíveis caminhos de adaptação, a serem eleitos pelo juiz no caso concreto). O segundo diz respeito à competência do juiz, ainda que sem previsão legal, de modelar o procedimento às necessidades da causa. E, por fim, o terceiro é pertinente à atuação das partes na conformação do procedimento.⁴

O poder judicial de adaptação do procedimento, então, diz respeito às hipóteses de flexibilização legal genérica e flexibilização judicial, identificadas como referentes à adaptação típica e adaptação atípica do procedimento pelo juiz, respectivamente, importando que se verifique, na lei processual vigente, as condições de sua existência e extensão.

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº 13.105/2015), conforme sua exposição de motivos, veio à luz com os objetivos de: 1) estabelecer sintonia

³ GAJARDONI, F. F. Procedimentos, déficit procedimental e condução ativa dos procedimentos civis pelo juiz no Brasil. In: SIMON, A.; et al. **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 541. No mesmo sentido, GAJARDONI, F. F.; ZUFELATO, C. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 14, v. 21, n. 3, p. 135-163, set./dez. 2020.

⁴ ZUFELATO, C. Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro atual e projetado. In: ZUFELATO, C.; et al. **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. São Paulo: FAPESP, 2014. p. 216-235. No mesmo sentido, Gajardoni e Zufelato (2020). Gajardoni (2019).

final com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática da causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado e 5) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe mais coesão.

Ao tratar do objetivo de incrementar o rendimento do processo, a Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do Código apontou em sua exposição de motivos que, dentre outras ferramentas, “[...] tem o juiz o poder de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa”.

A respeito do mencionado poder do juiz, em nota de rodapé da exposição de motivos, a Comissão de Juristas revelou sua inspiração nas regras de gestão do processo civil inglês, os *case management powers* das *Civil Procedure Rules*. Segundo o processualista inglês Neil Andrews, esse poder de gestão de processos reclama que os juízes se concentrem em todos os temas adequadamente, assegurando que o curso do processo seja acelerado e os resultados justos sejam facilitados, evitando demora e ineficiência.⁵

A versão original do anteprojeto contava com dois dispositivos tratando do poder de adaptação do procedimento por ato do juiz, adotando-se o modelo de flexibilização legal genérica. Os dispositivos tinham a seguinte redação:

Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.

Art. 151 (...) §1º. Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.

Contudo, a proposição não foi aprovada pelo Congresso Nacional. Surgiram emendas parlamentares rechaçando a possibilidade de adaptação do procedimento pelo juiz a partir da flexibilização legal genérica. Ao final, o dispositivo que trata dos poderes do juiz foi reenumerado e a possibilidade de adaptação do procedimento foi reduzida a duas hipóteses de flexibilização legal, conforme se vê no artigo 139, VI,

⁵ ANDREWS, N. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a. p. 111.

do Código de Processo Civil (dilatação dos prazos e inversão da ordem de produção de provas), além de outros tipos de adaptação esparsos em seu texto.

2.2 RAZÕES DA REJEIÇÃO DO PARLAMENTO AO PODER DE ADAPTAÇÃO ATÍPICA DO PROCEDIMENTO E A INVESTIGAÇÃO DA INTENÇÃO DO LEGISLADOR

Como mencionado, o anteprojeto do Código de Processo Civil contava com dois dispositivos que previam expressamente o poder do juiz de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa de forma ampla, inicialmente numerados como artigo 107, V, e artigo 151, §1º. Tais disposições, que não constaram da versão final do que veio a ser o Código de Processo Civil de 2015, não foram retiradas da lei de forma despercebida; ao revés, o poder de adaptação do procedimento por iniciativa do juiz foi tema que provocou debates, sendo reconhecido expressamente na lei processual, embora de forma mais tímida, como se vê na redação de seu artigo 139, VI.

As discussões parlamentares sobre o novo Código de Processo Civil tiveram início no Senado Federal, com a transformação do esboço elaborado pela Comissão de Juristas no Projeto de Lei nº 166/2010. O poder de adaptação do procedimento foi colocado em destaque pelo Relator do projeto no Senado Federal, Senador Valter Pereira, quando da elaboração do parecer final. Ao introduzir o projeto e apontar seus traços mais relevantes, consignou o Senador que: “O Projeto propõe um inegável incremento dos ‘poderes’ do magistrado, merecendo destaque a possibilidade de o magistrado adaptar, à luz das características de cada caso concreto, o procedimento reservado pela lei (arts. 107, V, e 151, §1º)”.⁶

Mais adiante, ao tratar das propostas do substitutivo do projeto original, consignou o Relator:

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

⁶ BRASIL. Senado Federal. Parecer 1.624 de 2010 do Projeto de Lei PLS 166/2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550612&ts=1630412444759&disposition=inline>. Acesso em 09 out. 2021. p. 42-43.

“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 [...]”⁷

O Relator prossegue em seu relatório final e descreve o conteúdo das emendas n. 15, 16 e 21, que propuseram a rejeição da redação daqueles dispositivos, segundo as quais a existência do poder de adaptação procedimental abriria espaço para arbitrariedades do juiz, comprometendo a certeza e a estabilidade do processo ao admitir que “cada juiz faça o seu Código”. A emenda n. 16, do Senador Aldemir Santana, lembrou que a previsão daquele poder tem inspiração no processo inglês, mas que este prevê balizas expressas de atuação, ao contrário da pretensão do então projeto de Código. Apontou, ainda, que é possível admitir temperamentos do formalismo, desde que haja previsão legal, afirmando, ao final, que o poder de adaptação permitiria ao juiz, em última análise, agir com parcialidade e liberdade, o que não se coaduna com a relação de poder representada pelo processo.

Após aprovação no Senado Federal, o projeto de lei passou a tramitar na Câmara dos Deputados, onde recebeu o nº 8.046, ficando sob relatoria do Deputado Federal Paulo Teixeira. E, tal como ocorreu no Senado Federal, o tema afeto ao poder judicial de adaptação do procedimento chamou a atenção dos Deputados Federais.

A leitura do relatório produzido pela Câmara dos Deputados indica que o tema dividiu opiniões. Houve quem defendesse o poder judicial de adaptação do procedimento⁸ e houve quem apontasse seus perigos⁹. Por fim, constou do relatório:

⁷ *Ibid.*, p. 144.

⁸ O relatório faz menção ao posicionamento de Guilherme Guimarães Feliciano, Juiz do Trabalho e Livre-Docente pela USP: “Falou, então, basicamente, de quatro pontos fundamentais. Primeiro, a ideia de subordinação do procedimento às necessidades do Direito material. A expressão parece muito técnica, mas parte basicamente da ideia de que o processo é sempre instrumental. Aliás, tivemos no Brasil um divisor de águas, a obra do Prof. Cândido Rangel Dinamarco, exatamente sobre a instrumentalidade do processo, o que legou à posteridade, aos juristas, aos professores da posteridade esta convicção: a forma não serve de nada, se não atende ao direito, ao bem da vida que o cidadão procura. Então disse que, quanto mais largo o projeto de lei for com relação à ideia da adequação formal, permitindo ao juiz que, no caso concreto, faça a adequação do ato e do procedimento às necessidades do caso, eventualmente, a flexibilização da forma, a dilação do prazo, como diz agora o texto, com o objetivo de proporcionar no final uma decisão de mérito, dizer às partes quem tem razão no mérito, melhor será”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer dos

A proposta também avança para admitir que as partes e o juiz possam, em conjunto, disciplinar o procedimento para melhor ajustá-lo às especificidades do caso concreto. A versão inicial do anteprojeto que tramitou no Senado Federal sob o PL n.º 166, de 2010, no art. 107, inciso V, admitia amplamente a adaptação do procedimento pelo juiz, observado o contraditório. O dispositivo, após diversas críticas oriundas de variados setores da sociedade, foi retirado e não constou do substitutivo aprovado no Senado Federal – e não foi resgatado por este relatório. O enunciado ora proposto admite a adaptação procedimental, que não deve ser simplesmente proscria. Mas a adaptação não é aceita aqui como resultado de um ato unilateral do juiz, e sim como fruto do consenso entre as partes e o julgador em situações excepcionais. É preciso notar, então, que não se trata de um renascimento do dispositivo [...] Quanto à Emenda n.º 788/11, os poderes do juiz previstos no art. 118 são razoáveis; permitir certa flexibilidade do procedimento, à luz das particularidades do caso concreto, é providência legislativa reclamada por boa parte da doutrina nacional, além de estar alinhada ao que se vem fazendo no direito estrangeiro, como, por exemplo, em Portugal. Rejeita-se a emenda.

Rejeita-se a Emenda n.º 805/11. O inciso não dá poder amplo de adequação do processo às particularidades do caso concreto: ele permite apenas a inversão da ordem de produção da prova e a dilatação, sem diminuição do prazo. Trata-se de poderes específicos, e não um poder geral, como supõe a emenda.

Acolhe-se em parte a Emenda n.º 859/11. Não se acolhe a consagração do princípio da adequação jurisdicional do processo, já amplamente debatido e rejeitado no Senado Federal.¹⁰

Diante das manifestações de alguns legisladores responsáveis pela aprovação do Código de Processo Civil, mas tendo em conta, de outro lado, que não foi criado dispositivo que vede expressamente a flexibilização judicial, surge a questão: é possível identificar no ordenamento jurídico poder do juiz para adaptação do procedimento às necessidades da causa para além das hipóteses taxativas previstas no Código? Dito de outro modo: na forma como concebido o Código pelo Parlamento, é possível falar em princípio da adaptabilidade e em flexibilização judicial do procedimento?

Projetos de Lei n. 6.025/2005 e 8.046/2010, que tratam do Código de Processo Civil (revogam a Lei n. 5869, de 1973). 2013. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>. Acesso em 09 out. 2021. p. 120).

⁹ O relatório cita a posição externada pelo Desembargador Paulo Maia, então Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região: “Salienta inicialmente o orador em tela que os poderes do juiz devem se fundar na ‘procedimentalização’ e na fundamentação de seus atos (porque estes [sic] não possuem a mesma legitimidade que têm os representantes eleitos pelo povo), não sendo apropriado lhes conferir poderes que não estejam alicerçados nesses pontos de sustentação da atividade estatal jurisdicional. Nesse sentido, posiciona-se contrariamente à possibilidade de o juiz flexibilizar o procedimento, dilatando prazos e alterando a ordem de produção dos meios de prova, sendo favorável, por conseguinte, à supressão do inciso V do art. 118 do projeto relativo ao novo código de processo civil”. (BRASIL, 2013, p. 168).

¹⁰ *Ibid.*, p. 41 e p. 487.

A interpretação da lei a partir de uma suposta vontade do legislador é expediente que encontra resistência em diversas teorias de hermenêutica jurídica. Sustenta-se que as teorias voluntaristas escondem sua vocação de dar ampla margem de discricionariedade judicial na descoberta da vontade do legislador; afinal, se os legisladores frequentemente têm diferentes intenções em mente, a identificação do propósito de uma lei passa necessariamente pela interpretação jurídica.¹¹

Nessa ordem de ideias, como aponta Riccardo Guastini, a referência direta ou tácita a uma pretensa intenção do legislador é realizada para justificar a atribuição a um texto normativo de um significado distinto do literal, seja como um argumento autônomo, seja como um argumento auxiliar, isto é, como parte de uma estratégia argumentativa mais ampla.¹²

Não há um momento canônico de nascimento da norma, eis que esta é construída também pelo intérprete após a edição da lei¹³. Os Poderes Legislativo e Judiciário trabalham, cada um a seu tempo, na consolidação das normas, constatação que ganha maior relevância na seara do processo civil em vista das incontáveis demandas por soluções práticas na rotina forense.

É relevante conhecer as razões do Parlamento na edição da lei, principalmente quando se pretende propor uma determinada interpretação que, em análise superficial, parece contradizer o movimento feito nas Casas Legislativas quando dos debates acerca da edição daquela mesma lei. A percepção do sistema jurídico como fruto de uma construção coerente de suas normas¹⁴ e a exigência de

¹¹ “Finally, it should be recognized that the very notion of searching for a purpose behind legislation or common law doctrines trades on an abstraction. Since legislators often have different motives, intentions, na purposes in mind, and the common law is the product of innumerable judicial decisions partaking of different streams with the law, identifying the purpose is invariably a judicial construction”. (TAMANAH, B. Z. How an instrumental view of law corrodes the rule of law. DePaul Law Review, v. 56, 2007. p. 28)

¹² GUASTINI, R. Interpretar y argumentar. Tradução para o espanhol de Silvina Álvarez Medina. Madri: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2014. p. 266.

¹³ “o texto da lei não é mais do que um complexo de palavras escritas que servem para uma manifestação de vontade, a casca exterior que encerra um pensamento, o corpo de um conteúdo espiritual” (FERRARA, F. **Como aplicar e interpretar as leis**. Tradução de Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Lider, 2003. p. 33).

¹⁴ Coerência entendida como a inexistência, no sistema jurídico, de duas ou mais soluções diferentes e incompatíveis para um mesmo caso. Adotam-se, neste aspecto, as lições de Bulygin e Alchourron, para os quais: “Un sistema normativo es incoherente en un caso *Ci si*, y sólo *si*, figuran dos o más soluciones diferentes (e incompatibles) en la línea correspondiente a *Ci*. Un sistema es incoherente *si*, y sólo *si*, existe por lo menos un caso en el cual el sistema es incoherente. El sistema es coherente *si*, y sólo *si*, no existe ningún caso en que el sistema sea incoherente. [...]”

se construir uma argumentação robusta, que harmonize a construção dogmática com a proposta legislativa, não permitem prosseguir na análise do poder judicial de adaptação atípica do procedimento sem resolver o aparente conflito com a posição expressada pelo Poder Legislativo a respeito dos contornos daquele poder.

Este trabalho não se assenta nas premissas de um positivismo jurídico ingênuo, segundo o qual o Direito é produto unilateral dos legisladores, como se a prática jurídica não contasse com o papel decisivo de intérpretes¹⁵. As bases deste trabalho também não estão na visão mais radical do realismo genovês e sua indiferença com a intervenção do legislador na construção da norma¹⁶. Não se trata aqui, propriamente, de negar a atividade do intérprete sobre a norma, tampouco de alçá-lo como único protagonista; trata-se, em verdade, de analisar o impacto na compreensão do sistema jurídico quando o legislador, supostamente, faz uma escolha, mas não lhe dá vida expressamente no texto legal, a partir do qual os intérpretes devem trabalhar.

A análise da posição do legislador a respeito de determinado tema convertido em lei até pode ter por início a leitura de atas e a consulta aos anais da Casa Legislativa pertinentes à votação, mas nelas não pode se esgotar. E isso por conta de duas circunstâncias: o equívoco de pensar que a visão dos legisladores pode ser resumida em um único ato de comunicação em um único momento institucional; e a necessidade de conceber o sistema jurídico a partir da coerência entre seus elementos.

Hablando en general, un sistema normativo es incoherente en un caso Ci de un UCj si correlaciona Ci con dos o más soluciones de tal manera, que la conjunción de esas soluciones es una contradicción deóntica. La noción de contradicción deóntica es, por supuesto, relativa al sistema de lógica deóntica que se adopte. Pero no es difícil independizar esta definición de todo concepto particular de contradicción deóntica. En efecto, es una ley lógica general que de una contradicción puede inferirse cualquier enunciado; de modo que, si un caso es correlacionado con dos o más soluciones contradictorias, entonces está correlacionado con cualquier solución". (BULYGIN, E.; ALCHOURRÓN, C. E. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987. p. 35 e 131).

¹⁵ GUASTINI, R. El realismo jurídico redefinido. **Revista Brasileira de Filosofia**, a. 62, v. 240, p. 26-42, jan./jun. 2013. p. 35.

¹⁶ Tratando de uma das expressões da Escola de Gênova do realismo, Mauro Barberis pontua: *"La Escuela de Génova nace a partir de la teoría de la interpretación de Tarello. Según este último, hasta el siglo XVIII la producción judicial del derecho era pacíficamente admitida también en el continente; tras la codificación, la jurisprudencia fue expulsada de las fuentes del derecho. Tarello retoma, para el derecho legislativo, la distinción de Ross entre enunciado (disposición) y significado (norma). En este sentido, el legislador sólo produciría los textos legales (es decir, los enunciados o disposiciones), mientras que los significados (o normas) serían producto de los intérpretes; en particular, producto de la obra de los jueces (jurisprudencia) y de los estudiosos del derecho (doctrina)".* (BARBERIS, M. El realismo europeo-continental. In: ZAMORA, J. L. F.; VAQUERO, A. N. (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. p. 232).

Embora a consulta aos registros da tramitação do projeto de lei seja, intuitivamente, a fonte primeira da investigação da vontade do legislador¹⁷, ela não resolve o fato de que identificar uma vontade é dar forma humana a um processo que envolve várias mentes envoltas em pressões, sugestões e influências que nem sempre podem ser traduzidas em linguagem jurídica, ou mesmo conhecidas.

É preciso ter em mente que “legislador” - quando se fala de interpretação a partir de sua pretensa intenção ou vontade - é um termo que não reflete um único parlamentar, mas algumas centenas de mulheres e homens que transitoriamente ocupam as cadeiras do Parlamento e que, em conjunto, ditam as leis que compõem o ordenamento jurídico. Tais mulheres e homens nem sempre estão cientes da inteireza do conteúdo das leis que votam, pois, como se sabe, muitas vezes suas intervenções se limitam a levantar a mão numa sessão ou a apertar um botão para voto em painel, e isso quando não “delegam” essa tarefa¹⁸. Não são, também, oniscientes a respeito das circunstâncias de fato a serem albergadas pela lei e que servirão de pano de fundo para sua aplicação. Além disso, apesar de muitas vezes a interpretação a partir da “vontade do legislador” pressupor sua coerência em relação ao ordenamento vigente ou mesmo à totalidade da lei objeto de interpretação, é fato que nem sempre essa coerência é identificada¹⁹.

¹⁷ GUASTINI, 2014, p. 371.

¹⁸ Embora inusitada e evidentemente ilícita, já se tem notícia no Brasil de “delegação” da função essencial do Parlamentar de votar as leis: “Instituído em março de 2020 em razão da pandemia da Covid, o sistema de votação remota da Câmara dos Deputados é passível de ser fraudado, possibilidade reconhecida pela própria Casa, que afirma estudar formas de eliminar a brecha. Nas últimas semanas, a Folha colheu relatos de parlamentares que, em caráter reservado, afirmam que os quóruns obtidos nas sessões virtuais têm ocorrido sem que haja efetiva participação, com boa parte dos votantes passando todo o tempo com o áudio e o vídeo de seus aparelhos celulares ou computadores desligados. Além disso, alguns levantam a suspeita de que assessores estariam votando no lugar dos deputados, o que é proibido e configura quebra de decoro parlamentar, passível de cassação do mandato [...] A Folha obteve print de uma conversa de um grupo de mais de cem deputados e assessores em que um parlamentar, cujo nome foi borrado pela pessoa que repassou o documento, afirma que assessor estaria votando no lugar de deputado”. (BRAGON, R.; BRANT, D. “Voto virtual na Câmara pode ser fraudado, e Casa estuda fechar brecha em sistema. Reservadamente, deputados afirmam que assessores têm votado no lugar de parlamentares, o que pode render cassação”. **Folha de São Paulo**, 13 jun. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/06/voto-virtual-na-camara-pode-ser-fraudado-e-casa-estuda-fechar-brecha-em-sistema.shtml>. Acesso em 14 jun. 2021).

¹⁹ É o que afirma Santiago Nino: “*Los juristas hablan del legislador como si fuera un único individuo que hubiera dictado todas las normas que integran el orden jurídico, mientras que en la realidad las normas jurídicas de un sistema moderno son dictados por un gran numero de hombres diferentes [...] Asimismo, presuponen que el legislador es siempre consciente de las normas que sanciona, pese a que muchas veces los legisladores reales se limitan a levantar la mano en una sesión del parlamento sin tener idea cierta de la ley que están votando. Por otra parte, acogen los juristas la ficción de que el legislador es omnisciente, atribuyéndole el conocimiento de todas las circunstancias fácticas, a veces infinitas, comprendidas dentro de las normas que dicta [...] También*

Com essa estrutura de pensamento, pondera Riccardo Guastini:

É duvidoso que faça sentido falar de intenção ou vontade referindo-se (não a indivíduos, mas) a colegiados, a partir do momento em que a intenção é um estado de espírito individual e parece não haver estados mentais "colegiados". [...] Por outro lado, mesmo que a dúvida acima fosse superada, ainda seguiria sendo em qualquer caso muito difícil discernir a intenção genuína da "autoridade normativa" dentro da multiplicidade de intenções eventualmente manifestadas por aqueles que participaram, de diversas formas, na elaboração e aprovação do texto normativo de que se trate.²⁰ (tradução nossa)

Não há, portanto, como enxergar os debates parlamentares e o seu resultado (o texto da lei) como um único ato de comunicação em um único momento institucional, porque não há caminho pelo qual seja possível condensar todas as variáveis que compõem o processo legislativo em um único dado.

A intenção legislativa e sua influência na atividade interpretativa do juiz são trabalhadas, dentre outros juristas, por Ronald Dworkin. Dada a profundidade com que o jurista americano aborda o tema da intenção do legislador, e por propor que a atividade do intérprete também parta de uma certa percepção dessa intenção, os apontamentos de Dworkin, especificamente sobre essa temática, são adotados como norte para o descortinar da vontade do Parlamento a respeito da flexibilização judicial no Código de Processo Civil.

Dworkin trata da dificuldade de se aquilatar a intenção do legislador em artigo de seu livro "Uma questão de princípio". Ao abordar a celeuma entre juristas "textualistas" e "não-textualistas", Dworkin afirma que o tema da intenção do legislador é tido por ambos os lados como um fato psicológico complexo, à espera de ser extraído de antigos anais, mas que, ao fim e ao cabo, "não há nada semelhante a uma intenção dos constituintes esperando para ser descoberto, mesmo que em princípio. Existe apenas alguma coisa esperando para ser criada"²¹.

la dogmática supone que el legislador es coherente, puesto que su voluntad no puede contradecirse consigo misma [...] lo contrario puede ocurrir, dando lugar a inconsistencias". (NINO, C. S. **Introducción al análisis del derecho**. 6. ed. Barcelona: Ariel, 1995. p. 328-329.)

²⁰ *"Para empezar, resulta dudoso que tenga siquiera sentido hablar de intención o voluntad haciendo referencia (no a individuos, sino) a colegios, desde el momento en que la intención es un estado mental individual y no parece que existan estados mentales 'colegiados'. [...] Por otra parte, incluso si se superase la duda anterior, seguiría siendo de todos modos muy difícil discernir la genuina intención 'de la autoridad normativa' en el seno de la multiplicidad de intenciones personales eventualmente manifestadas por quienes han participado, de varias formas, en la redacción y la aprobación del texto normativo del que se trate".* (GUASTINI, 2014. p. 372).

²¹ DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 51.

O filósofo americano não nega a relevância para a atividade interpretativa do propósito dos editores da lei, mas vê problemas em como encontrar o conteúdo desse propósito²². Mesmo a prática de encontrar nas justificativas e nos relatórios que acompanham os projetos de lei o propósito do legislador a seu respeito é tida por Dworkin como uma prática que deixa muitas questões em aberto, dando margem a diversas posições. Dentre essas questões, estariam:

a) De quem são os propósitos relevantes? De todos os parlamentares, inclusive daqueles que votaram contra o texto aprovado? Ou só daqueles que apresentaram e viram aprovar suas emendas? Valem os estados psicológicos do momento da votação final, de todo o processo legislativo ou das discussões pontuais do projeto de lei?

b) Quais processos mentais estão em jogo? A esperança do locutor (legislador) ou suas expectativas? A análise de uma manifestação individual de um parlamentar, para depois integrá-la à vontade do Parlamento, deve levar em conta suas expectativas (crenças) sobre como o texto será interpretado ou suas esperanças (desejos) de como será interpretado, já que uma pode ser diferente da outra? Todas as expectativas contam, ou só aquelas captadas no relatório de votação? E como aferir o processo mental quando se vota uma lei extensa, com mais de mil artigos, em que seu projeto é apresentado em bloco para a maioria dos votantes?

c) Ainda sobre estados mentais, vale a negação ou a delegação? Como aponta Dworkin, há uma diferença entre o parlamentar não pretender que determinada lei tenha um efeito e pretender que não tenha. E, não tendo nenhuma dessas intenções, pode pretender delegar a percepção desse efeito para uma decisão futura, notadamente dos Tribunais, ou mesmo sequer cogitar dessa terceira via.

²² “Devo precaver-me para não afirmar com demasiado vigor essa proposição. Não quero dizer que podemos afirmar sensatamente qualquer conclusão política que escolhermos na linguagem da intenção, de tal modo que, se pensamos que os delegados da convenção constitucional original deviam ter abolido a escravidão, por exemplo, podemos dizer que pretenderam fazê-lo, seja o que for que tenham dito ou pensado. O conceito de intenção constitucional é limitado por esses aspectos do conceito de intenção que não são contestados, como sugeri em minha descrição da suposição comum que nos oferece o conceito. Não obstante, é um conceito aberto a muitas e diferentes concepções rivais, como veremos, e seus contornos incontestados não determinam qual delas é a melhor a escolher”. (DWORKIN, 2019. p. 52).

d) Qual a combinação adequada das intenções individuais? A soma das intenções que mais ou menos caminham para o mesmo sentido? Se sim, como identificar e encontrar intenções exatamente iguais a ponto de contá-las em um mesmo grupo?²³ A alternativa seria a criação de uma espécie de “legislador médio”, tal como a ideia de “homem médio”?

e) Qual intenção deve prevalecer, a concreta ou a abstrata? Para usar o exemplo dado por Dworkin, o juiz deve se apegar ao texto da lei que veda a fusão de empresas como forma de evitar prejuízo ao livre comércio para vedar qualquer fusão, mesmo aquela que o legislador, em concreto, considerava não prejudicial ao votar o texto da lei?

O filósofo americano retorna a essas questões em seu “Império do Direito”. Além dos aspectos acima expostos, qualquer visão realista do processo legislativo, para Dworkin, não pode ignorar também a influência que diversos atos e atores de fora do Parlamento têm nas “intenções” do legislador, e mesmo de quantas destas intenções foram mantidas depois da edição da lei.²⁴

De fato, apesar de uma primeira leitura dos relatórios de tramitação do projeto do Código de Processo Civil nas Casas Legislativas indicar para a vontade do Poder Legislativo vedar o poder de adaptação atípica do procedimento pelo juiz, uma análise mais acurada, a partir das preocupações de Ronald Dworkin, torna essa conclusão sujeita a questionamentos.

O primeiro ponto que logo se coloca é a circunstância de que o projeto do Código é levado à votação para o Plenário das Casas Legislativas por inteiro, e não artigo por artigo ou por blocos (separado pelos Livros do Código, por exemplo), o que já torna difícil aferir a posição de cada parlamentar a respeito do tema. Aliás, se a consolidação dos dispositivos do Código foi levada a efeito por uma Comissão especial designada para este fim, e se nela deliberou-se pela supressão da redação original do projeto (aquela que previa o poder judicial de adaptação atípica), mas não pela inclusão de vedação expressa desse poder, é possível imaginar que todos

²³ “Nesse caso, com frequência podemos esperar não encontrar absolutamente nenhuma intenção coletiva a respeito de questões importantes, pois mesmo pessoas cujos estados psicológicos contemplam a mesma direção em alguma questão podem divergir o suficiente para que nenhuma opinião concreta, de nenhuma pessoa em particular – sobre, por exemplo, o que exatamente a cláusula da igualdade perante a lei deveria proibir –, obtenha o número de consentimentos necessários”. (DWORKIN, 2019. p. 64).

²⁴ DWORKIN, R. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 383.

os parlamentares, ao votarem o projeto em plenário, meditaram sobre sua viabilidade? Aliás, se a composição da redação do Código fosse discutida de forma mais detida por todo o Parlamento, e não só pelos integrantes de dada Comissão ou autores de emendas, as conclusões a respeito do poder judicial de adaptação do procedimento seriam as mesmas?

A constatação de que o parlamentar relator do projeto propôs, tempos depois, outros projetos de lei que preveem expressamente o poder de o juiz adaptar o procedimento (o que será visto com mais detalhes no tópico 2.2.2) torna passível de questionamento se as intenções quando da redação do Código foram mantidas ou alteradas depois da sua edição, dada a evidente discrepância da proposta com o que foi supostamente comunicado pelo Parlamento quando da votação da lei processual.

Outra dúvida que surge: a variedade de dispositivos no Código que revelam sua vocação à flexibilidade (como se verá no tópico 2.3) foi o bastante para que os parlamentares que não integraram a Comissão cogitassem do poder de adaptação do juiz ou imaginassem ser ele dispensável ou inexistente? Mais: os parlamentares efetivamente perceberam a variedade de dispositivos inclinados à flexibilização procedimental ao longo do Código e meditaram sobre seu impacto na atividade do intérprete? Em caso positivo, por que não houve a inclusão de disposição vedando expressamente a adaptação pelo juiz? Lembre-se: há uma diferença entre o parlamentar não pretender que determinada lei tenha um efeito e pretender que não tenha.

Quando se propõe uma lei processual com vários dispositivos de flexibilização, é possível que a expectativa do parlamentar seja a de que as hipóteses expressas de adaptação sejam aplicadas, mas com esperança de que se aplique a casos que também demandem adaptação na vida real, a partir de critérios que ele entenda proporcionais e razoáveis. É possível, de outro lado, que esperanças e expectativas se igualem e o parlamentar, sem vivência forense, sequer preveja situações que demandem adaptação para além das hipóteses do texto.

Para que as cogitações feitas acima sejam de mais fácil visualização é interessante que elas sejam pensadas a partir de uma situação concreta, tal como Dworkin faz quando imagina o juiz Hermes e a senadora Smith em seu “Império do Direito”. Aqui, porém, a proposição leva em conta fatos efetivamente ocorridos, e

que tiveram de ser enfrentados por todo o sistema de Justiça: as consequências na rotina forense advindas da pandemia da COVID-19.

A necessidade de afastamento social implicou o fechamento dos prédios dos fóruns e, com ele, impôs severas dificuldades, em maior ou menor tempo, por exemplo, na realização das audiências de conciliação. Lembre-se que a audiência de conciliação é o ato inaugural do procedimento comum e dos procedimentos de família, cuja dispensa, para o primeiro, é restrita às hipóteses previstas no artigo 334, §4º, e sequer prevista para o segundo, conforme artigo 695, ambos do Código de Processo Civil.

A previsão de um quadro como o da pandemia durante as votações do Código poderia conduzir o parlamentar a ter esperanças de que seu texto, com hipóteses expressas de flexibilização, fosse encarado como permissivo de adaptação do procedimento, com a dispensa excepcional das audiências de conciliação enquanto durassem as medidas de isolamento. A rejeição do dispositivo que permitia a adaptação judicial atípica do procedimento, desacompanhada da edição de um dispositivo a lhe proibir expressamente, bem poderia servir para acalantar essa esperança, ou mesmo expectativa.

Deveras, fica difícil a qualquer intérprete conceber que o Parlamento, em nome da rigidez do procedimento, tivesse o desiderato de admitir que os processos permanecessem paralisados no aguardo da solução do impasse sanitário, principalmente quando se observa dos relatórios do projeto que, na visão dos parlamentares, a finalidade primordial da reforma da lei processual era “deixar expressa a adequação às novas regras da Constituição Federal da República, criando um sistema mais coeso, ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e justo”²⁵, por meio de “um Código contemporâneo, que possibilite a todos tratamento igualitário, previsibilidade, segurança jurídica e, o que é principal, agilidade na entrega da prestação jurisdicional”²⁶.

A bem da verdade, esses objetivos que confessadamente moveram a reforma da lei processual, somados à expressa pretensão de sua aproximação com os princípios transnacionais de processo civil²⁷, dificultam ainda mais a tarefa de se

²⁵ BRASIL, 2010, p. 139.

²⁶ *Ibid.*, p. 41-42.

²⁷ “Para eleger um, dentre tantos modelos de comparação, cabe dar destaque aos Princípios e as Regras de Processo Civil Transnacional (*Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*),

extrair a intenção do legislador a partir do texto e dos relatórios de tramitação da lei. Isso porque figura entre os princípios transnacionais do processo civil o poder de gestão processual pelo juiz (*court management*), concebido, dentre outras razões, exatamente para “obter a resolução da disputa de maneira justa, eficiente e em tempo razoável”²⁸. Fica evidente, assim, o conflito entre o que se disse ser a intenção (aproximação com os princípios transnacionais) e o que foi feito (distanciamento de um dos pontos dos princípios transnacionais).

Nesse sentido, revela-se contraditória com os sinais emitidos pelo próprio Parlamento a leitura dos dispositivos do Código de Processo Civil que obsta a adaptação atípica do procedimento pelo juiz simplesmente a partir dos relatórios de tramitação do projeto; contradição, aliás, que é percebida também quando, nas discussões a respeito do projeto, foi afirmado que “permitir certa flexibilidade do procedimento, à luz das particularidades do caso concreto, é providência legislativa reclamada por boa parte da doutrina nacional, além de estar alinhada ao que se vem fazendo no direito estrangeiro, como, por exemplo, em Portugal”.²⁹

Essa rápida passagem em revista pelo cenário em que tramitou o projeto de Código de Processo Civil parece confirmar a posição de Ronald Dworkin a respeito das dificuldades de se extrair das leis e de seus relatórios uma comunicação da vontade do legislador, o que recomenda abordagem diversa para a sua identificação.

fruto de uma importante parceria da *UNIDROIT* (Instituto para a Unificação do Direito Privado) e do *American Law Institute* (Instituto de Direito Americano), que resultou em trabalho digno de nota que busca fornecer elementos indispensáveis para a construção ou reconstrução do direito processual civil aderente à realidade hoje vigorante [...] Analisando o texto proposto ao lado daquele, verifica-se a incorporação de importantes soluções técnicas lá sugeridas. Cabe destacar, dentre tantas, as seguintes: a ênfase ao contraditório e à publicidade dos atos processuais; regras claras e precisas sobre os “deveres-poderes” do magistrado, tanto quanto sobre os deveres das partes e a necessidade de sua colaboração ao longo do processo; a possibilidade de flexibilização do procedimento, embora de maneira mitigada, com especial destaque ao aprimoramento da produção e colheita das provas e à realização de um contraditório mais efetivo [...]”. (BRASIL, 2010, p. 148).

²⁸ “14. Responsabilidade do tribunal pela direção do procedimento. 14.1 Intervindo o mais cedo possível, o tribunal deve gerenciar ativamente o processo, agindo para obter a resolução da disputa de maneira justa, eficiente e em tempo razoável. Deve-se considerar o caráter transnacional da controvérsia. 14.2 Na medida do possível, o tribunal deve administrar o processo em consulta com as partes. 14.3 O tribunal deve determinar a ordem em que os problemas serão resolvidos e fixar um cronograma para todas as etapas do processo, incluindo datas e prazos. O tribunal pode revisar essas instruções”. In: INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **Princípios do processo civil transnacional**. Tradução de: BUENO, C. S. ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure. Disponível em: <https://silo.tips/download/principios-do-processo-civil-transnacional#>. Acesso em 11 out. 2021.

²⁹ BRASIL, 2013, p. 487.

Ao demonstrar quão inconclusivas são as investigações a respeito da intenção do legislador a partir da percepção de votação da lei como comunicação de vontade, Dworkin sugere que o caminho está na interpretação das convicções manifestadas pelos legisladores ao longo do tempo, uma vez que a sociedade espera que seus legisladores ajam com base em princípios e com integridade.

A despeito de logo apontar para a aleatoriedade identificada nas manifestações dos legisladores e para a multiplicidade de suas opiniões ao longo da legislatura, Dworkin enxerga nessa abordagem de convicções caminho para construir uma intenção legislativa³⁰. O intérprete, para Dworkin, deve verificar se uma convicção específica manifestada pelo legislador é coerente com as convicções mais abstratas sobre o mesmo tema manifestadas pela Parlamento e, se não o for, deve prestigiar essas últimas.

A partir daí, sustenta Dworkin que cabe ao intérprete decidir sob quais circunstâncias as convicções de um legislador devem ser entendidas como conflitantes e quais convicções preferir; cabe a ele, então, estudar as convicções do legislador de modo mais geral e interpretativo, observando seu comportamento ao longo do tempo, para saber qual sentido deve ser dado à lei respeita mais as suas convicções.³¹

Se é um erro admitir como essencial a intenção do legislador a partir do estado de espírito ou da tentativa de enxergar nos anais e relatórios de votação a lei como comunicação, mostra-se adequado encarar a intenção do legislador tendo por base suas convicções gerais, organizadas por meio de uma interpretação construtiva a partir do histórico das legislaturas. E o intérprete assim deve fazer porque “seus motivos são motivos de integridade; ele busca convicções gerais

³⁰ “Mas a nova abordagem das convicções é diferente. Hermes agora acredita que as leis devem ser interpretadas para favorecer os objetivos de uma comunidade de princípios, ou seja, que devem ser interpretadas de modo a expressar um esquema coerente de convicção dominante dentro da legislatura que as aprovou. Está pressupondo que os pontos de vista de Smith [senadora] são representativos dos de seus colegas; se ele desconfiar que alguma de suas opiniões concretas conflitam com suas convicções políticas mais gerais e fundamentadas, e são condenadas por elas, deve questionar-se sobre qual interpretação da lei atenderia melhor a todas as convicções de Smith tomadas em conjunto, como um sistema estruturado de ideias, tornado coerente tanto quanto possível”. (DWORKIN, 1999. p. 396).

³¹ *Ibid.*, p. 400-401.

porque, numa comunidade de princípio, a legislação deve ser entendida, até onde for possível, como a expressão de um sistema coerente de princípios”³².

O que se pretende deixar claro é que a interpretação e a aplicação de uma lei – no caso, o Código de Processo Civil – não podem se limitar aos debates pontuais do Parlamento, entre outras razões, porque se pressupõe que a atividade do legislador deve ser coerente com sua atuação ao longo do tempo e adequada com o que se pensa sobre o Direito em determinado período. Todos os que constroem a norma devem agir com coerência, evitando contradições e antinomias no sistema jurídico vigente.

E é exatamente a partir dessa constatação que se assenta a necessidade de investigar a existência e contornos do poder judicial de adaptação do procedimento a partir de uma análise coerente do sistema jurídico, sem ignorar o papel do intérprete, mas também sem deixá-lo à vontade em sua própria discricionariedade.

Aliás, o temor da discricionariedade dos juízes (um dos intérpretes da lei) foi o mote das discussões sobre o tema do poder de adaptação judicial do procedimento, talvez superdimensionado pelas ameaças à tranquilidade da classe política advindas da ação penal n. 470 (“Mensalão”), que tramitava à época, e do germinar da “Operação Lava Jato”.

Portanto, a abordagem do tema a partir da tramitação da lei no Parlamento soa adequada porque, sem se esquecer das dificuldades inerentes à intencionalidade do legislador e da influência do intérprete na sua definição, não abre caminho para discricionariedade judicial desenfreada e indica uma trajetória

³² *Ibid.*, p. 403. É preciso lembrar que a teoria de Dworkin é construída em contexto diverso do brasileiro, e por isso o que se entende por princípio em suas ideias não é o mesmo que se entende por aqui. A teoria de Dworkin, de viés liberal, é construída em um sistema de tradição de common law, em que os princípios, não-escritos, assumem conteúdo enraizados nos costumes e com força tal que os tornam bem definidos, ainda que não necessariamente positivados. Sem embargo, o recorte que se propõe nas ideias de Dworkin para atender ao escopo deste trabalho não as desnatura, na medida em que sua ode à coerência e integridade do sistema e da prática jurídica não pode ser tida como incompatível com as aspirações da cultura jurídica brasileira. Aliás, ainda que diversa a abordagem de princípios na teoria dworkiniana, o princípio que se pode dizer subjacente à esperada atuação coerente do Parlamento, com as lentes do Direito brasileiro, é o da segurança jurídica, cujas aceitabilidade e vigência não são questionadas e, a bem dizer, também é um princípio não positivado, que decorre da própria moralidade do Estado de Direito. A teoria de Dworkin, embora tenha centrado a maior parte de suas atenções à atuação judicial, não ignorou também a integridade legislativa como porção importante da integridade do Direito, pela qual exige-se que os legisladores tomem em conta o conjunto de leis vigentes para a construção de um sistema coerente.

interpretativa para que o intérprete (ou o juiz) não desconsidere as nuances do sistema jurídico.

Por conta disso, e trilhando o caminho de investigação proposto por Dworkin a respeito da intenção do legislador, faz-se necessário perpassar pela história do processo civil brasileiro, pelas leis de conteúdo processual vigentes e em tramitação e pelo discurso da doutrina de processo civil, para que se obtenha uma visão mais segura do Direito e da forma como ele encara o poder do juiz de adaptar o procedimento às necessidades da causa.

2.2.1 Breve noção histórica do processo civil brasileiro

A passagem em revista pela história do processo civil brasileiro revela que, a despeito da desconfiança em torno da figura do juiz, a ele sempre se conferiram, em maior ou menor medida, poderes de condução do procedimento.

Enquanto não se atendia à necessidade de edição de “leis brasileiras” a partir da independência nacional em 1822, ficou determinada a vigência das Ordenações Filipinas para a regulação do processo no território brasileiro. Foram dez anos de permanência exclusiva daquelas Ordenações até a edição da Lei de 29 de novembro de 1832, que, a despeito de trazer as “disposições provisórias acerca da administração da Justiça Civil” em anexo ao Código Criminal, não veio para substituir totalmente as Ordenações. Das disposições é oportuno o destaque ao seu art. 9º, que conferia aos juízes de direito poderes para “mandar reperguntar as testemunhas em sua presença e proceder a outra qualquer diligência que entenderem necessária, e julgarão a final”. A proatividade do juiz tem seu primeiro incentivo na lei brasileira, apesar da consagração, à época, dos ideários liberais.

A estrutura processual das Ordenações Filipinas, temperada com regulamentos e leis esparsas ao longo do tempo, se sustentou até o ano de 1850. Esse longo tempo de manutenção de uma ordem processual “estrangeira” em terras brasileiras justificaria, conforme apontou Liebman, citado por Nunes e Picardi:

o comportamento da doutrina e da jurisprudência brasileira, caracterizado por uma menor vinculação ao texto legislativo, em relação aos juristas europeus, na intenção de encontrar soluções razoáveis para cada caso

concreto, mesmo por meio de um largo recurso ao direito comparado e à doutrina estrangeira.³³

A observação de Liebman e o contexto legislativo da época provocam o pensamento de que já naquele período dava-se peso relevante às particularidades do caso concreto objeto do processo, em detrimento do rito legal, conjecturando uma razão por que uma ordem processual puramente nacional só viria à lume quase trinta anos após a independência.

Em 25 de junho de 1850 foi promulgada a Lei n. 556, conhecida como o Código Comercial. A respeito do processo pertinente às causas comerciais, chama a atenção o conteúdo de seu artigo 22, que estabelece o seguinte:

Artigo. 22. Todas as causas comerciais devem ser processadas, em todos os Juízos e Instâncias, breve e sumariamente, de plano e pela verdade sabida, sem que seja necessário guardar estritamente todas as formas ordinárias prescritas para os processos civis: sendo unicamente indispensável que se guardem as fórmulas e termos essenciais para que as partes possam alegar o seu direito e produzir as suas provas.

Ainda no período imperial foi editado o Regulamento 737, que, embora voltado para disciplinar o processo das causas comerciais, teve logo sua incidência estendida aos processos das causas cíveis em geral. Com a proclamação da República, o Governo Provisório editou decreto mandando observá-lo também nos processos cíveis.

O Regulamento 737 contava com dispositivos que confiavam ao juiz participação ativa no processo, prevendo em seu art. 230, por exemplo, poder para ele adotar diligência que entender necessária, “ainda que não lhe tenha sido requerida nas alegações finais”. Ao examinar os dispositivos do Regulamento, pondera Moacir Lobo da Costa:

A leitura desses dispositivos basta para demonstrar que o papel de espectador indiferente podia ser desempenhado, como ainda hoje, pelo juiz relapso, mas isso era uma contingência humana e não legal. O Regulamento, porém, armava-o de poderes de atuação no processo, para bem desempenhar sua missão.³⁴

³³ NUNES, D.; PICARDI, N. O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa**, a. 48, n. 190., abr./jun. 2011. p. 95-96.

³⁴ COSTA, M. L. da. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 35.

O Código de Processo Civil de 1939 entra em vigor e reforça a figura do juiz ativo, com poderes relevantes para a condução do procedimento. Aquele Código, na parte relativa aos poderes do juiz, permitia-lhe dirigir o processo “por forma que assegure à causa andamento rápido sem prejuízo da defesa dos interessados” (artigo 112), ressaltando que “Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria si fosse legislador” (artigo 114).

Mais uma vez valendo-se das impressões de Liebman sobre o processo brasileiro, desta feita sobre seus estudos a respeito do Código de 1939, Nunes e Picardi escrevem:

Em relação, assim, à análise do direito positivo, vem, sobretudo, recordado o ensaio sobre o Código de processo civil de 1939. Em tal estudo, depois de ter constatado que o novo código conferia ao juiz “amplos poderes e grande autonomia de movimento na direção do processo e na decisão da causa”, Liebman (1947, p. 485) conduz uma investigação acurada sobre dados positivos, evidenciando nesse aspecto os pressupostos, a operacionalidade de cada singular mecanismo e as margens operacionais deixadas ao intérprete. Sobre a base das primeiras experiências, conclui, então, no sentido de que o novo processo brasileiro houvesse, de todo modo, “ganho em rapidez e eficiência” (LIEBMAN, 1947, p. 484).³⁵

O Código de Processo Civil de 1939, portanto, admitia poderes e autonomia significativos ao juiz na condução do processo. Ainda que sem indicar poder expresso para adaptação do procedimento, o conteúdo do Código indicava o juiz proativo e responsável pela boa condução do processo.

O Código de Processo Civil de 1973, de seu turno, manteve previsões que conferiam ao juiz poder de adotar as diligências necessárias, ainda que não requeridas pelas partes, para produção de provas e adequado processamento da lide (artigo 130), além do dever de zelar pela rápida solução do litígio (artigo 125). Em seu bojo, admitia-se a conversão de procedimentos (artigo 277, §§4º e 5º); seu direcionamento pelo juiz a partir da maior ou menor probabilidade de obtenção de conciliação (artigo 331, §1º); solução de demandas de jurisdição voluntária a partir de critérios paralelos ao da legalidade estrita (artigo 1.109), inclusive para questões de procedimento³⁶, além de outras técnicas tidas pela doutrina como hipóteses de

³⁵ NUNES e PICARDI, 2011. p. 99.

³⁶ “Apesar da dispensa da observância da legalidade estrita fazer parecer que se trata exclusivamente da possibilidade de o juiz julgar por equidade, na verdade é possível admitir que esse dispositivo também encerra uma regra geral de flexibilização procedimental [...]” ALVIM, T.

flexibilização legal do procedimento³⁷. Aponta-se, ainda, que algumas reformas da lei processual durante a vigência do Código de 1973 ilustravam de certa forma a ideia de adaptabilidade, notadamente com a edição de regras processuais flexíveis e abertas, tais como o artigo 461 daquele Código³⁸.

Durante sua vigência, e com os princípios processuais que passaram a ser consagrados em sede constitucional (1988), consolidou-se na doutrina e na jurisprudência nacionais a visão do juiz como responsável pela boa condução do feito junto às partes, o que implicaria lhe reconhecer poderes em concepção instrumentalista do processo. Este ambiente abriu espaço, como se verá nos tópicos seguintes, para a constatação, mesmo sem previsão expressa no Código, da existência de um princípio da adaptabilidade do procedimento pelo juiz. A atividade legislativa, por sinal, passou a dar mostras de ser este um caminho possível.

Este tópico não tem o objetivo de discorrer sobre toda as nuances das história do processo civil nacional, mas apenas de demonstrar que o sistema processual brasileiro nunca foi ambiente refratário a adaptações do procedimento e a intervenções do juiz em seu curso.

Com efeito, desta brevíssima revisão histórica é possível constatar que o processo brasileiro não é refratário à ideia do poder judicial de adaptação do procedimento, tendo experimentado, ao longo do tempo, experiências mais ou menos próximas disso. O poder judicial de adaptação poderia ser tido mesmo como decorrência lógica das atribuições conferidas ao juiz pela história do processo civil, e seu expresse reconhecimento pela lei não causaria nenhuma mudança significativa no sistema.

Essa constatação parece precipitada, mas não é. Conforme se demonstrará com mais profundidade no capítulo seguinte, para países como a Inglaterra e os

A.; et al. (Coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 454.

³⁷ Vide, por todos, GAJARDONI, F. da F. **Flexibilização procedimental**. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008, *passim*.

³⁸ *“Sin embargo, ante la ausencia de una previsión expresa en la legislación vigente, la idea de la adaptabilidad del procedimiento está presente en varias iniciativas de reforma del derecho procesal civil realizadas en Brasil desde 1994. Una buena muestra de esa tendencia consiste en la tendencia de creación de reglas procesales abiertas y flexibles (verdaderas ‘cláusulas generales’ procesales) que permiten al juzgador adaptar más o menos los instrumentos del proceso a ciertas exigencias de la causa. Es lo que ocurre con el artículo 461 del Código de Proceso Civil brasileño en vigor...”*. In: COHEN-KOPLIN, K. Origen y fundamentación iusfilosófica del “principio de la adaptabilidad del procedimiento judicial”. In: MITIDIERO, D.; AMARAL, G. R. **Proceso civil**. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012. p. 267.

Estados Unidos - em que o *case management* está consolidado e serve de referência de gestão judicial -, o reconhecimento do poder do juiz de conformar o procedimento significou uma importante ruptura com uma cultura jurídica consolidada ao longo de séculos, na qual o juiz era visto como árbitro passivo no desenvolvimento do processo, muito diferente do que acabou de se mostrar sobre a história brasileira.³⁹

A adoção dos *case management powers* impactou de forma profunda em termos de ressignificação do processo civil na Inglaterra e nos Estados Unidos. O movimento de reforma da legislação processual foi por eles levado a sério na tentativa de vencer os obstáculos da administração da Justiça que, em maior ou menor extensão, são os mesmos reconhecidos por aqui quando da edição do novo Código de Processo (custo, duração e formalismo excessivos).

Nessa ordem de ideias, a admissão, pela lei, do poder do juiz de adaptar o procedimento era muito mais próxima à realidade do processo civil brasileiro do que foi do processo civil da Inglaterra e dos Estados Unidos, que nele não viram qualquer atentado ao devido processo legal, mesmo não sendo inicialmente compatível com a visão de processo que detinham. A rejeição daquele poder de conformação no movimento de reforma da legislação processual brasileira parece ter se dado muito mais por incompreensão do seu alcance do que propriamente por incompatibilidade com os sistemas constitucional e legal vigentes por aqui.

2.2.2 Disposições legislativas em vigor e em fase de tramitação no Congresso Nacional

A coerência do sistema jurídico pressupõe que a atividade legislativa e a jurisdicional se atentem para todo o quadro normativo vigente. Não é possível assegurar a racionalidade do ordenamento jurídico quando leis voltadas à regulação

³⁹ Em artigo publicado pouco tempo depois do início da vigência das *Civil Procedures Rules* da Inglaterra, comentou Barbosa Moreira sobre o estranhamento que uma nova concepção do papel do juiz teve em terras inglesas: “Várias dessas recomendações soarão bastante familiares a quem conheça ordenamentos processuais da Europa continental ou da América Latina, nos quais – ao menos em teoria... – se supõe que pratos do gênero acima descrito façam parte do normal cardápio cotidiano dos juizes. Para a Inglaterra, porém, com sua tradição de inércia judicial, não surpreende que semelhante programa seja olhada como algo de autenticamente revolucionário”. MOREIRA, J. C. B. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. In: MOREIRA, J. C. B. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 155.

de um mesmo sistema ou mesma área de atuação estatal apresentam tratamento diverso sobre determinado tema sem justificção.

É certo que o sistema jurídico conta com elementos internos voltados à correção dessas incongruências, tais como os mecanismos de controle de constitucionalidade ou as regras do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Contudo, o que se propõe é a análise da postura do legislador ao longo do tempo para dela extrair suas motivações e encontrar caminho seguro para analisar o conteúdo das leis. E, nessa empreitada, a conclusão é a de que o poder judicial de adaptação do procedimento já tem sido admitido há algum tempo.

De lado a breve história das leis processuais e dos Códigos de Processo Civil mencionada no tópico anterior, o ordenamento jurídico conta com exemplos claros de previsão do poder de adaptação do procedimento por iniciativa do juiz, em adequação atípica.

A Lei Federal nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece, em seu artigo 153, que se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto no Estatuto ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público, ressalvados os casos de afastamento da família ou de outros com previsão específica no Estatuto. Trata-se de evidente caso de dispositivo de caráter processual que permite a flexibilização judicial do procedimento.

A doutrina especializada aplaude a disposição, nela identificando “uma regra de flexibilização procedimental [que] abre alternativa para que o juiz, diante de uma situação que não tenha um procedimento previsto no Estatuto, possa adotar aquele que entender mais adequado para o caso”⁴⁰. Sobre a ressalva do parágrafo único do artigo 153, afirma a doutrina que “o que se proíbe com a norma não é a flexibilização – essa um bem para as partes e para o processo -, mas sim a utilização indevida dos procedimentos apuratórios que muitas vezes correm como meros expedientes administrativos, sem observância do contraditório”⁴¹.

Evidentemente, não se prega que a válvula de flexibilização seja usada em todo e qualquer caso, em desrespeito aos procedimentos delineados no Estatuto ou

⁴⁰ ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R. S. **Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 430.

⁴¹ *Ibid.*, p. 431.

ao que necessário para assegurar o contraditório e a ampla defesa. Tal discurso não encontra ressonância na doutrina da área da infância e da juventude⁴², tampouco na doutrina processual. O que se destaca é que a lei confia ao juiz o papel de moldar o procedimento às necessidades que possam surgir na rotina forense e que não se enquadrem na moldura procedimental originariamente prevista.

Ainda no ano de 1990, foi editada a Lei Federal nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, o qual propõe em seu artigo 83 que, para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo código, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Essa disposição, como se percebe, não pretende tornar rígido o rol de instrumentos processuais para a defesa dos direitos dos consumidores, garantindo, ao revés, a utilização de ações típicas e atípicas para tal objetivo⁴³.

Se não se pode afirmar que o Código de Defesa do Consumidor tenha se preocupado em estabelecer pormenores sobre os procedimentos aplicáveis à tutela do direito de consumo, também não se pode negar que a abertura da regra do seu artigo 83 é ferramental importante para que o juiz, em colaboração com as partes, construa o procedimento mais adequado para efetivar os direitos básicos do consumidor e os princípios da política nacional das relações de consumo.

Com efeito, a ampla proteção ao consumidor pretendida pelo Código pode esbarrar em regras tradicionais de procedimento incompatíveis ou inservíveis ao seu desiderato, de forma que a cláusula do artigo 83, se lida juntamente com as demais disposições daquele Código, deve ser encarada como fonte de autorização para o desenho de técnicas processuais e procedimentais compatíveis com a pretensão do consumidor no caso concreto.

A este respeito, assenta a doutrina:

O art. 83, na verdade, expressa a última *ratio* do Código em matéria processual, qual seja, a admissão de qualquer uma das ações permitidas pelo direito processual brasileiro, para tutela efetiva dos consumidores. Neste sentido, ao lado das ações coletivas [...] todas as espécies de tutela oferecidas pela legislação processual podem ser utilizadas quando em benefício do consumidor. [...] Assim, além das diversas espécies de ação cabíveis, igualmente se deve considerar em relação aos distintos provimentos judiciais [...] O microssistema processual de defesa do

⁴² DIGIÁCOMO, M. J.; DIGIÁCOMO, I. de A. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Fempar, 2017. p. 283-284.

⁴³ NUNES, R. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 807.

consumidor, desse modo, ergue-se sobre dois grandes pilares, quais sejam, o da ampla tutela consagrada pelo art. 83 – permitindo investigar-se em toda a legislação os instrumentos mais adequados à proteção do interesse defendido – ao lado dos novos poderes instrutórios do juiz⁴⁴

A propósito, basta ver o impacto que o direito de facilitação da defesa de direitos do consumidor (artigo 6º, VIII) trouxe ao processo civil no que atine à flexibilização da regra do ônus da prova. Cuida-se de exemplo concreto de adequação do procedimento (flexibilização legal) às necessidades do direito material em discussão.

É importante lembrar que o mencionado dispositivo não trata apenas da distribuição dinâmica do ônus da prova, mas, também, da *facilitação* da defesa dos direitos do consumidor, no que inclui uma hipótese de flexibilização que é a inversão do ônus da prova. Nota-se que a possibilidade de inversão veio indicada como exemplo de hipótese de facilitação da defesa do consumidor, e não como único caminho, e essa hipótese nada mais é do que uma ilustração de flexibilização de regra de procedimento. Tal quadro parece dar espaço para promoção de outros rearranjos procedimentais, tal como feito a partir da tradicional regra do ônus da prova.

O escopo de facilitação da defesa do consumidor, ao lado da preocupação com a efetiva prevenção e reparação de danos (artigo 6º, VI); do acesso aos órgãos judiciários (artigo 6º, VII); e da adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (artigo 6º, X) - no que se inclui o serviço público prestado pelo Poder Judiciário -, pressupõem procedimento adaptável às necessidades da tutela jurídica conferida ao consumidor. Daí a possibilidade de enxergar no citado artigo 83 espaço de conformação procedimental.

A Lei Federal nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, também é exemplo do espaço dado pela legislação para a conformação do procedimento pelo juiz. Afirmar que os critérios orientadores do procedimento do Juizado são, dentro outros, a informalidade, a economia processual e a celeridade (artigo 2º) é admitir que o juiz, sempre em contato com as partes, tem o poder (e mesmo o dever) de promover ajustes no procedimento para adequá-lo às necessidades da causa. E é nessa linha que a lei considera válidos os atos

⁴⁴ MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H.; MIRAGEM, B. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** [livro eletrônico]. 3. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

processuais que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, sempre a partir daqueles critérios orientadores (artigo 13).

A margem de conformação do procedimento conferida pela lei também é percebida quando se permite que o juiz adote a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (artigo 6º), além de dirigir o processo com liberdade para determinar, apreciar e valorar as provas a serem produzidas, dando especial valor às regras de experiência comum ou técnica (artigo 5º).

A Lei Federal em questão dá claros traços de instrumentalidade ao processo⁴⁵ e rompe alguns hábitos não para sacrificar princípios processuais importantes, mas para repensar a estrutura formal do processo e a posição imobilizada do juiz a fim de oferecer melhores condições à realização de sua missão⁴⁶.

Foi nesse sentido, aliás, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE nº 648.629/RJ, afastou a incidência, no âmbito dos Juizados Especiais, da prerrogativa de intimação pessoal dos ocupantes de cargo de Procurador Federal prevista no artigo 17 da Lei Federal nº 10.910/2000, assentando que:

O rito dos Juizados Especiais é talhado para ampliar o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB) mediante redução das formalidades e aceleração da marcha processual, não sendo outra a exegese do art. 98, I, da Carta Magna, que determina sejam adotados nos aludidos Juizados “os procedimentos oral e sumariíssimo”, devendo, portanto, ser apreciadas *cum grano salis* as interpretações que pugnem pela aplicação “subsidiária” de normas alheias ao microsistema dos Juizados Especiais que importem delongas ou incremento de solenidades.

Ao que se percebe, o ordenamento jurídico brasileiro já conta, por meio de leis importantes e muito anteriores ao Código de Processo Civil de 2015, com o

⁴⁵ “Cada vez mais, firma-se a convicção de que o processo não é nem nunca será o fim em si mesmo, visto que se encontra autonomamente colocado dentro do sistema do direito público a serviço dos jurisdicionados, como único mecanismo posto à disposição para fazerem valer as suas pretensões resistidas ou insatisfeitas, por intermédio da obtenção da tutela do Estado-Juiz [...] Os Juizados Especiais foram criados com o espírito voltado para a facilitação e ampliação do espectro do acesso à Justiça, sem descuidar do quadrinômio valorativo *rapidez, segurança, justiça e efetivação* do processo, em sintonia com os princípios insculpidos no art. 2º dessa Lei e todos os demais que servem para a sua geral orientação”. In: TOURINHO NETO, F. da C.; FIGUEIRA JR., J. D. **Juizados Especiais estaduais cíveis e criminais**. Comentários à Lei 9.099/1995. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 202-203.

⁴⁶ DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 152-153.

poder judicial de adaptação do procedimento como mecanismo importante para a realização dos fins do processo e para atender peculiaridades dos direitos materiais de que tratam.

E essa realidade não é ignorada pelo Parlamento em novas proposições legislativas ligadas ao processo civil.

Com efeito, os Projetos de Lei nº 4.441/2020 e nº 4.778/2020, voltados à disciplina da ação civil pública, repetem a disposição do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente, em seus artigos 4º⁴⁷ e 6º⁴⁸. A primeira proposição prevê, ainda, a possibilidade de aplicação de técnicas processuais nela previstas para os demais procedimentos especiais de tutela coletiva, e vice-versa, em evidente permissão de flexibilização legal alternativa do procedimento⁴⁹.

Posteriormente, foi apresentado substitutivo aos projetos acima mencionados, consubstanciado no Projeto de Lei nº 1.641/2021. A proposição é de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira, que, coincidência ou não, foi o Relator-Geral do Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados. O mencionado projeto tem por escopo, conforme expresso em suas justificativas, consolidar as propostas dos projetos acima mencionados, preservando e conjugando suas previsões e opções.

No que agora importa, a proposta substitutiva aponta como princípio da tutela coletiva a flexibilidade do processo (artigo 2º, XI), reconhecendo que a rigidez do procedimento pode não atender aos escopos da tutela.

Ainda que rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça, relevante destacar o Projeto de Lei nº 5.139/09, que até agosto de 2021 ainda tramitava e que também tem por escopo regulamentar a ação civil pública. Entre suas disposições é possível observar a flexibilidade procedimental como um dos princípios a reger o processo coletivo (artigo 3º, III), além da seguinte previsão:

⁴⁷ “Para a defesa dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, são admissíveis todas as espécies de tutela jurisdicional e procedimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

⁴⁸ “Para a defesa dos direitos coletivos ou a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos são admissíveis todas as espécies de ação capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

⁴⁹ Caso do artigo 1º do Projeto de Lei nº 4.441/2020, cujos parágrafos primeiro e segundo contam com as seguintes redações: “§1º. As técnicas processuais previstas nesta lei aplicam-se aos procedimentos especiais da tutela coletiva, desde que com eles sejam compatíveis e adequadas. §2º. As técnicas processuais especiais previstas nos procedimentos da tutela coletiva podem ser incorporadas ao procedimento da ação civil pública, desde que com ele sejam compatíveis e adequadas”.

Art. 10. A ação coletiva de conhecimento seguirá o rito ordinário estabelecido na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas nesta Lei.

§ 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 coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa.⁵⁰

De seu turno, o Projeto de Lei nº 8.058/2014, o qual institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, propõe de forma expressa o poder judicial de adaptação do procedimento. A proposição também é de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira.

A leitura do mencionado projeto deixa manifesto o reconhecimento da importância do poder do juiz de adaptar o procedimento às necessidades da causa como mecanismo de efetivação das finalidades do processo, como se percebe do artigo 2º, parágrafo único, e do artigo 17:

Art. 2º [...].

Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características: [...] VI –flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto; VII –sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual; VIII –tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público; IX –que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis; X –que flexibilizem o cumprimento das decisões.

[...]

Art. 17. O prazo para contestar será de 30 (trinta) dias, sem outros benefícios de prazo para a Fazenda Pública, observando o processo, no que couber, o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, com as modificações com que o juiz e as partes concordarem, para melhor adequação ao objeto da demanda.

O proponente do Projeto de Lei fez constar de sua justificativa a origem e os participantes da elaboração do texto do projeto, entre os quais figuram os juristas Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Paulo Henrique dos Santos Lucon. Segundo o Deputado Paulo Teixeira, o projeto, olhando para experiências de Tribunais da Argentina, da Colômbia e dos Estados Unidos da América, indica o

⁵⁰ A análise dos relatórios da Comissão de Constituição e Justiça e dos votos de seus integrantes revela que houve intensos debates sobre a previsão de flexibilização do procedimento, com parte dos parlamentares rejeitando sua admissão.

caminho a ser seguido pelo Poder Judiciário, em contato próximo com o Poder Público, para a construção de comandos flexíveis e exequíveis.

Por certo que a previsão em projeto de lei não necessariamente reflete o que pensa todo o Parlamento, e que a proposta do poder judicial de adaptação atípica do procedimento pode ser rejeitada quando de seus debates. Mas é importante compreender que a posição do legislador sobre o Direito não se extrai pura e simplesmente das votações pontuais de determinadas matérias ou projetos de lei, como parece ter ficado claro.

Essa breve revisão legislativa, em que se constata o acolhimento do poder judicial de adaptação do procedimento já há algum tempo, permite perceber que:

a) sem enfraquecer a segurança jurídica ou temer a propalada arbitrariedade judicial, o sistema legal permite expressamente que o juiz conforme o procedimento às necessidades da tutela de direito material alçado pela Constituição Federal como o de maior importância: o direito de crianças e de adolescentes;

b) do lado oposto, a lei também admite maior flexibilidade na atuação do juiz em processos que versam sobre direitos de expressão econômica reduzida;

c) a lei, por vezes de forma expressa e tipificada, reconhece que peculiaridades do direito material (como o do consumidor) recomendam adaptações do procedimento por meio da intervenção do juiz;

d) cogita-se, na esfera legislativa, o reconhecimento do poder judicial de adaptação atípica do procedimento para o trato de processos coletivos e que envolvem intervenções do Poder Judiciário em políticas públicas, o que indica que a percepção do legislador a respeito da efetividade do processo, tal como sugere Dworkin, realmente pressupõe análise global do Direito e da atuação legislativa.

Ao que parece, no que diz respeito ao cenário legislativo, o passado, o presente e as expectativas para o futuro denunciam o descompasso do discurso do de veto do poder judicial de adaptação do procedimento com o sistema jurídico vigente.

2.2.3 O pensamento doutrinário a respeito da adaptação do procedimento

O pensamento doutrinário sempre foi importante para conhecer e entender o Direito. Riccardo Guastini destaca o papel da doutrina, afirmando não ser ela apenas parte da “ciência do Direito”, mas do próprio Direito. Segundo Guastini, para além de

ser veículo de diretivas para a aplicação concreta do Direito e compreensão das normas, a doutrina contribui para a criação das leis e, por consequência, do Direito⁵¹.

A importância da dogmática no campo do Direito não está apenas na função informativa e de ensino. Como ressalta Robert Alexy, a dogmática também exerce a função de progresso, já que amplia as discussões sobre dada matéria em vários âmbitos; de estabilização, quando estabelece e reproduz formas de solução para as questões práticas ao longo do tempo; e de heurística, pois os argumentos dogmáticos trazem consigo modelos de solução e sugerem novas perguntas e respostas⁵².

As manifestações da doutrina sempre foram ponto de referência na aplicação do Direito no Brasil. Voltar a atenção ao que renomados juristas dizem a respeito de determinado tema do Direito é postura adotada na jurisprudência e na concepção de novas leis. Basta ver, a propósito, a quantidade de juristas que intervieram nos debates e na concepção do projeto de Código de Processo Civil. O recurso à opinião dos juristas, aliás, encontra profundas raízes na tradição do *civil law* e é encontrada nas primeiras leis vigentes no Brasil⁵³.

⁵¹ *“Es importante insistir en que, normalmente, la comente o tendência dominante es el producto no solo de la jurisprudencia (todavía en sentido amplio) - como piensan algunos realistas ingenuos - sino también (y tal vez sobre todo) de la doctrina. Los juristas siempre contribuyen a la creación del derecho vigente (el «derecho» en este tercer sentido de la palabra). También es importante insistir - dado que no es en absoluto obvio - en el hecho de que una gran parte del derecho vigente está constituido por normas formuladas extra ordinem, que no provienen de las autoridades normativas sino de los jueces y (quizás sobre todo) de los juristas teóricos. Normas, alguien podría decir, «formalmente inválidas» dado que ni los jueces ni los juristas (en muchos ordenamientos jurídicos) están autorizados a crear normas”. Por tanto, normas inválidas, pero que, pese a ello, son normas de hecho vigentes; esto es, normas aplicadas en pasado y que previsiblemente serán aplicadas en el futuro (...) Esto quiere decir que la interpretación y la construcción jurídica no son ya la «ciencia» del derecho - como normalmente pretenden los juristas - sino parte del derecho mismo y, por tanto, parte del objeto de estudio de la ciencia jurídica entendida en sentido estricto. En definitiva, la descripción del derecho vigente exige que se considere a la doctrina como parte integrante del propio derecho.” La doctrina no es conocimiento científico del derecho sino una parte del propio derecho. Finalmente, desde el punto de vista pragmático, el discurso interpretativo y constructivo de la doctrina puede ser presentado como un conjunto de directivas dirigidas a los órganos de aplicación, especialmente a los jueces. Es decir, directivas de sententia ferenda”.* (GUASTINI, 2013).

⁵² ALEXY, R. **Teoría de la argumentación jurídica**. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução para o espanhol de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997. p. 255-260.

⁵³ Segundo as Ordenações Filipinas: ‘Se o caso, de que se trata em pratica, não for determinado por lei de nossos Reinos, stylo ou costume acima dito, ou leis Imperiaes, ou pelos sagrado Canones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio [...] e quando pelas ditas Glosas o caso não for determinado, se guarde a opinião de Bartolo, por que a sua opinião comumente he mais conforme à razão, [...] salvo se a comun opinião dos doutores, que depois dele escreveram, for

Lembra José Carlos Barbosa Moreira que tanto na formulação quanto na aplicação da norma é imprescindível a intervenção do operador do Direito, sendo o sistema jurídico, não raras vezes, conduzido a constrangedores equívocos de composição quando aquela intervenção é colocada em segundo plano. Para Barbosa Moreira, “não colhe, pois, invocar a primazia da vontade política para recusar valor à atuação dos juristas, como tais, nos programas de reforma. Os dois elementos são igualmente necessários, e devem conjugar-se”.⁵⁴

A partir daí, e como já se disse anteriormente, a investigação a respeito da consonância da posição manifestada pelo Congresso Nacional ao pensamento doutrinário então vigente é fator importante para se concluir pelo acerto ou desacerto daquela posição, mirando a coerência do Direito.

A proposta, então, é conhecer o pensamento de grandes nomes do processo civil brasileiro e de obras relevantes produzidas até o início dos debates sobre o projeto do Código de Processo Civil, sem que com isso se exclua a relevância do nome e das ponderações feitas por tantos outros juristas de envergadura não citados nesta parte do trabalho.

A intenção de descrever a posição dos doutrinadores de processo não é eleger aquela vista como a mais adequada ao tema ou às bases teóricas deste trabalho, mas, sim, investigar se a flexibilidade do procedimento, notadamente por ato do juiz, é admitida na lição de grandes nomes da doutrina de processo, independentemente da vertente metodológica ou corrente de pensamento em que tais nomes possam ser eventualmente localizados no estudo do processo.⁵⁵

contraria”. PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Ordenações filipinas: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d’el Rei d. Filipe, o primeiro. Texto com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1957-1966.

⁵⁴ MOREIRA, J. C. B. Efetividade do processo e técnica processual. In: _____. **Temas de direito processual**: Sexta série. São Paulo: 1997.

⁵⁵ Com a superação das fases imanentista e científica, a fase do instrumentalismo do processo consolidou-se como metodologia adequada ao seu estudo. A partir da lição de Cândido Rangel Dinamarco, José Carlos Barbosa Moreira e Kazuo Watanabe, o processo deixa de ser visto como fim em si mesmo, mas como instrumento para concretização do direito material e dos escopos do processo. Contudo, há quem sustente a superação desta fase metodológica pelo chamado “formalismo-valorativo” ou “neoprocessualismo”, ao argumento de que o instrumentalismo acaba por dar foco excessivo ao papel do juiz no exercício da jurisdição, enfraquecendo o papel das partes e dos valores constitucionais que devem ser garantidos pelo processo. Tatiana Machado Alves faz uma distinção sintética de tais correntes, assentando que: “As principais diferenças residiriam, em primeiro lugar, na *finalidade* para a qual o processo é direcionado: enquanto que para o instrumentalismo o processo é um meio para alcançar resultados pragmáticos, orientados para certos fins sociais, políticos e jurídicos, o formalismo-valorativo entende o processo como um meio para promover valores, dentre os quais se insere a efetividade (na dimensão “resultados pragmáticos”) [...] Em segundo lugar, aponta-se a já citada revalorização da participação ativa das partes no processo, e o resgate do procedimento e da importância das formas, que, sob o

Galeno Lacerda, pouco tempo depois do início da vigência do Código de Processo Civil de 1973, anotou que a lei processual deve ser capaz de se adequar às necessidades da demanda em concreto. Ao saudar a estruturação daquele Código em Livros que tratavam das diversas espécies de processo e as adaptações ao procedimento a partir de critérios objetivos, subjetivos e teleológicos, o processualista gaúcho apontou para a importância do procedimento ser fiel ao necessário para alcançar a paz social. Para ele, o Código representa “o sistema legal de adequação do processo, como instrumento, aos sujeitos que o acionam, ao objeto sobre o qual atuam, e aos fins da respectiva função judiciária, polarizando sempre para a declaração e a realização do direito em concreto”⁵⁶.

O que justifica a teoria geral do processo, para Galeno Lacerda, é exatamente o princípio da adequação. Reconhecem-se características comuns do processo como gênero, que permitem a sistematização de uma teoria geral, mas também não de ser observadas as peculiaridades de cada situação de direito material, para que a partir delas sejam concebidas soluções distintas de direito processual.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, discípulo de Galeno Lacerda, escreveu importante obra no final dos anos 90 a respeito do formalismo processual⁵⁷. Oliveira ressaltou que só é possível pensar no conceito de formalismo na medida em que ele se presta a controlar o arbítrio e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça da decisão.

O processualista gaúcho apontou a importância do formalismo para garantir tratamento uniforme às relações idênticas de direito material, assegurar a igualdade entre as partes e promover outros valores constitucionalmente relevantes. Lembrou, porém, que a garantia do devido processo legal tem como seus limites não só o

instrumentalismo, cederam espaço para o fortalecimento da figura do juiz”. (ALVES, T. M. **Gerenciamento processual no novo CPC**. Mecanismos para gestão cooperativa da instrução. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 43). Entende-se, porém, e com o devido respeito aos que pensam em contrário, que não há como identificar o formalismo-valorativo como fase independente e diversa do instrumentalismo. Ao que parece, há apenas um enfoque diverso de abordagem de institutos do processo civil e seus escopos, com argumentos que nunca foram negados ou rejeitados pelo instrumentalismo. Vide, no mais, o tópico 2.4 infra, em que se dá notícia de trabalho da década de 80 de Barbosa Moreira a respeito da posição do juiz como agente que coopera com as partes na condução do processo, além de indicar qual a leitura adequada da obra de Dinamarco.

⁵⁶ LACERDA, G. O Código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 1976. p. 258.

⁵⁷ OLIVEIRA, C. A. A. de. **Do formalismo no processo civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. A primeira edição da obra foi publicada em 1997.

“informalismo excessivo” (sujeição das partes ao arbítrio do Estado), mas também o excesso de formalismo (realização do direito material e a busca pela justiça ofuscadas por razões de forma). O necessário apego às formalidades processuais, então, não se sustentaria a ponto de prestigiar um formalismo pernicioso:

Se, porém, inexistisse dúvida quanto à necessidade da intervenção legislativa para regradar a conduta processual do juiz e limitar seus poderes, não se pode esquecer que o processo de aplicação do direito mostra-se, necessariamente, obra de acomodações do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação, mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida. Assim, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, agudizando-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade⁵⁸.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, aliás, além de alertar para os perigos do formalismo excessivo em contraste com o formalismo-valorativo⁵⁹, sustentava a necessidade de reformas na lei processual para a contemplação do poder judicial de adaptação do procedimento, no moldes do modelo português⁶⁰.

José Roberto dos Santos Bedaque é outro nome da doutrina de processo que prestigia a flexibilidade do procedimento. Segundo ele, é “imprescindível dotar o juiz de poderes mais flexíveis na direção e condução do processo, possibilitando a adoção de soluções adequadas às especificidades dos problemas surgidos durante o desenvolvimento da relação processual”⁶¹. Para Bedaque, não se pode tomar o juiz como figura incapaz de conferir ordem ao rito processual⁶².

⁵⁸ *Ibid.*, 2003, p. 190-191.

⁵⁹ OLIVEIRA, C. A. Á. de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 26, p. 59-88, 2006.

⁶⁰ “Claro está que esse desiderato, além da necessária e indispensável predisposição cultural, só pode ser atingido mediante reformas de cunho legislativo. Sem preocupação de esgotar a matéria, alinho rapidamente algumas sugestões que me parecem significativas [...] 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”. In: OLIVEIRA, C. A. Á. de. **Efetividade e processo de conhecimento**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, 1999. p. 66.

⁶¹ BEDAQUE, J. R. dos S. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 107.

⁶² BEDAQUE, J. R. dos S. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 13-14.

Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar da perspectiva funcional da jurisdição, adverte que ela não é vocacionada a generalidades como é a função legislativa, já que voltada a casos concretos. A partir disso, e tendo em vista a marca de legalidade que o procedimento confere à atividade jurisdicional, pondera:

No Estado-de-direito, como foi dito, não se concebe como possa o juiz, no exercício da jurisdição, realizar atividades cujo escopo jurídico é a atuação da lei, mas realizá-la com o campo aberto para o arbítrio.

Isso não significa que o *due process of law* se resolva em mera garantia da legalidade. 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 torna-se importante, nesse contexto, como meio de preservar o *devido processo* constituído por essa estrutura [...]

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 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. [...] 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 funções a cumprir⁶³.

Para Dinamarco, a necessidade de limitar o poder do juiz deve ser temperada com a necessidade de evitar o fechamento do processo, em vista de sua natureza instrumental à busca pelo valor do justo e do socialmente legítimo⁶⁴.

José Carlos Barbosa Moreira dedicou uma parte de sua vasta produção para tratar do tema da efetividade do processo. Nesse campo, defendeu que “o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos [...] contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possa inferir do sistema”, em um esforço para que os instrumentos sejam “praticamente utilizáveis, com o mínimo dispêndio de tempo e energias”⁶⁵.

⁶³ DINAMARCO, 2009. p 150-153.

⁶⁴ “A segurança dos litigantes, cultivada pelo *due process*, na medida em que limita os poderes a serem exercidos pelo Estado-juiz, é um valor elevadíssimo, mas não tão elevado ou absoluto que legitime o esclerosamento, ou engessamento do sistema processual. Seria injusta e depreciativa a esse poderoso instrumento do Estado democrático de direito a afirmação de sua destinação a aniquilar os anseios por um *processo de feição humana*, no qual o juiz é constantemente conclamado a exercer sua sensibilidade ao valor do justo e do socialmente legítimo”. In: DINAMARCO, C. R. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 15.

⁶⁵ MOREIRA, J. C. B. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo In: _____. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 27.

O processualista carioca tinha bem claro em sua mente o erro de uma percepção segundo a qual “a lei (a processual ou qualquer outra) seja onipotente, ou tenha ao menos força bastante para impelir por si só o processo, tal qual existe”⁶⁶, e por isso pensava na concepção de instrumentais não só a partir da lei, mas da inteireza do sistema jurídico. Barbosa Moreira - que sempre incentivou os processualistas a dominarem a técnica processual e a não enxergarem nela um limite à efetividade⁶⁷ - reclamava espaço de maior flexibilidade ao juiz para o trato de questões processuais importantes⁶⁸, com a convicção de que “no mundo do processo, há pouco espaço para absolutos, e muito para o equilíbrio recíproco de valores que não deixam de o ser apenas porque relativos”⁶⁹.

Sobre o papel do juiz na condução do processo, Barbosa Moreira refutou a imagem do juiz como árbitro a assegurar a observância das “regras do jogo”, devendo o juiz, ao revés, assumir seu espaço e equacionar a divisão de tarefas na marcha processual entre ele e as partes. Isso porque, “sem embargo de faculdades conferidas às partes, a direção formal do processo é, sem dúvida, função precípua do órgão judicial, a que a lei impõe, de modo significativo, o dever de ‘velar pela rápida solução do litígio’”, não enxergando o processualista, ao se confiar papel mais ativo ao juiz, espaço “para instaurar no processo civil o domínio do ‘autoritarismo’ ou do ‘paternalismo’”⁷⁰.

Ovídio Araújo Baptista da Silva mostrou preocupação com os efeitos da “ordinarização” do procedimento. Ainda que as preocupações do processualista gaúcho a respeito residissem mais especificamente na resistência às tutelas de

⁶⁶ *Ibid.*, p. 30.

⁶⁷ “Quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria capacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades. A preocupação com a efetividade deveria levar-nos amiúde a lamentar menos as exigências, reais ou supostas, imputadas à técnica do que a escassa habilidade com que nos servimos dos recursos por ela mesma colocados à nossa disposição” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. (MOREIRA, 1997. p. 28).

⁶⁸ Caso, por exemplo, da análise da legitimidade das associações para figurarem em juízo, ou das possibilidades que se podem extrair do que Barbosa Moreira chamou de “poder genérico de cautela”. (MOREIRA, 1994, p. 36 e 39).

⁶⁹ MOREIRA, 1997. p. 28

⁷⁰ MOREIRA, J. C. B. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na condução e instrução do processo. In: _____. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 51 e 54.

cognição sumária⁷¹, não parece fora de propósito perceber em suas lições certa congruência com o tema aqui abordado, isto é, a apreensão a respeito dos malefícios de se conceber o procedimento com lentes geométricas, o magistrado como agente passivo e uma lei processual distante da realidade e das necessidades da rotina forense⁷².

Ovídio Baptista questionava as razões e a eficácia de reformas processuais tímidas, que ao longo do tempo não resolveram a crise da administração da Justiça, mas, antes, preocuparam-se em fazer do Direito um “regulador funcional”, interessado apenas em “limites garantísticos” de uma sociedade individualista e sem valores, calcada em interesses políticos e econômicos, que, por sua vez, se protegem nos princípios jurídico-processuais⁷³. Para aquele autor, a riqueza dos casos concretos e os fatores que diferenciam os homens e suas necessidades próprias devem ser levadas em conta na construção da dogmática e, por

⁷¹ Para Ovídio Baptista, questões ideológicas ligadas ao Estado Liberal estariam por trás da legitimação da universalização do procedimento ordinário como a única forma de tutela processual compatível com os seus valores e padrões culturais. Os processos sumários, então, eram os inimigos a serem derrotados, sendo desnecessário nutrir expectativas sobre vários tipos de ações. Segundo o autor, após um longo tempo em que as “ações especiais” foram tidas apenas como “um procedimento ordinário com algum desvio de padrão”, sem qualquer justificativa, do ponto de vista substancial, para justificar um tratamento diferente, passou-se a reconhecer que a todo direito deve corresponder uma ação adequada que efetivamente o assegure, em proclamação da função instrumental do processo. Contudo, a despeito das vantagens que o procedimento ordinário oferecia em relação às ações sumárias – sobretudo a cobertura que a lide dava a todo o litígio -, as necessidades e contingências da realidade mostraram sua inadequação, notadamente, por ver o juiz como agente destituído de poder para intervir no objeto litigioso. Vide: SILVA, O. A. B. **Curso de processo civil**. v. 1, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 115-120. Com maior profundidade a respeito do mito da “ordinariedade” e as bases em que assentado, vide SILVA, O. A. B. da. **Processo e ideologia**. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, especialmente o Capítulo V.

⁷² “Na experiência forense brasileira contemporânea, ou o magistrado persiste em sua obediência ao esquema tradicional do procedimento ordinário, mantendo-se ‘imparcial’, sem intervir na disciplina *pro tempore* do objeto litigioso, ou a situação de injustiça apresenta-se com tonalidades tão graves que o magistrado acabará rompendo os grilhões que o prendem ao *procedimento ordinário*, para decretar medidas provisórias, sob a forma de decisões liminares [...] Na realidade, o que se verifica na experiência forense brasileira, independentemente do que o Código prescreva, ou daquilo que a doutrina nos ensine, é uma batalha sem quartel contra a lentidão e a inoperância do *procedimento ordinário*, e, mais do que contra seu emperramento, contra a *passividade* em que o mesmo coloca o magistrado. [...] A ‘imparcialidade’ que o *procedimento ordinário* impõe ao magistrado, impedindo-lhe de conceder medidas liminares ou, por qualquer forma, de dar *regulação provisória ao estado de fato da lide* é uma consequência natural dos princípios que presidiram à formação da ‘ciência’ jurídica europeia no século XIX, especialmente da ideia de que ao Poder Judiciário cabia apenas a missão de cumprir a lei, sem mesmo poder interpretá-la, lei essa perante a qual ‘todos os homens eram iguais’, independentemente das injustiças concretas e de toda sorte de discriminações sociais que a ordem jurídica estivesse a produzir em homenagem a estes princípios”. (SILVA, 2000, p. 122-123).

⁷³ SILVA, 2004, p. 299-301.

consequente, na elaboração do Direito⁷⁴. A formação de um Poder Judiciário condizente com as circunstâncias históricas pressupõe, para ele, que se restitua à jurisdição de primeiro grau legitimidade política que lhe dê condições de exercer as atribuições que a ordem jurídica lhe confere⁷⁵.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, há muito defende o poder de adaptação do procedimento às necessidades do caso concreto. Para ele, é um equívoco pensar que o procedimento deve se desenvolver de forma mecânica, em obediência rigorosa às linhas traçadas pelo legislador; antes, constitui mesmo uma obrigação do juiz identificar a técnica processual adequada para garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional nos casos de desconformidade da legislação com as necessidades do caso concreto⁷⁶.

Marinoni, juntamente com Daniel Mitidiero, reforçou sua posição quando diante do então projeto de Código de Processo Civil. Ao comentarem a redação do artigo 107, inciso V, e do artigo 151, §1º, do projeto, escreveram os doutrinadores:

É o que dizemos há bastante tempo. Trata-se de medida que visa a retirar do procedimento “todas as potencialidades para a justa solução do caso concreto”. A previsão de normas processuais abertas tem a virtude de permitir a construção do direito à ação adequada às peculiaridades do direito material, permitindo olhar para a tutela do direito para depois perguntar pelas técnicas processuais necessárias para a sua promoção. Promove-se a adequação do processo à tutela do direito. Semelhante técnica deve ser concretizada pelo juiz em diálogo com as partes, respeitado o contraditório. A previsão de respeito à ampla defesa, aliás, é supérflua. Rigorosamente, basta a alusão ao contraditório para legitimação da adequação do processo às necessidades evidenciadas pelo direito material⁷⁷.

⁷⁴ “Certamente, um número incalculável de controvérsias jurídicas – para não dizer a maioria – tem, no tratamento puramente conceitual, a fonte que alimenta polêmicas, muitas delas seculares! A exigência de *uniformidades* que permitam a inserção do ‘individual’ numa série de casos ‘idênticos’, de modo a tornar possível a construção dos ‘sistemas’, obriga a eliminar as peculiaridades do caso concreto, toda a sua riqueza, aquilo que o faz *diferente*, obrigando o ‘cientista’ do Direito a reduzir as hipóteses concretas a seus ‘esqueletos’. O pressuposto liberal de que todos os homens são iguais é expressão desta mesma ideologia, que deu origem ao ‘princípio da isonomia’, ou da igualdade, elevado a direito fundamental em nossas Constituições. Entretanto, nada mais diferente, enquanto realidades vivas, do que os homens entre si. A igualdade é uma abstração que nos obriga a despir o homem concreto da riqueza de seu ser individual, porém a formação dos ‘sistemas’ jurídicos assenta-se nessa abstração, na fuga do individual, como o seu pressuposto metodológico. Supõe-se que cada caso concreto seja a expressão individual de uma série de casos idênticos”. (SILVA, 2004, p. 303).

⁷⁵ SILVA, 2004, p. 319-320.

⁷⁶ MARINONI, L. G. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 428-429.

⁷⁷ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **O projeto do CPC**. Críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 88-89.

Sérgio Cruz Arenhart, outro importante nome da doutrina processual, une-se a Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero nesse discurso, sustentando ser “equivoco 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 adaptação”⁷⁸. Tal poder do juiz de adequação procedimental, para eles, não se restringiria às normas processuais abertas.

Antonio do Passo Cabral é mais um processualista de renome que admite a necessidade de margens de flexibilização do procedimento. Sem descurar da importância da forma para o devido processo legal, Cabral o encara como o direito ao “justo processo regulado na lei, mas em formas relativizáveis e variáveis à luz das situações observadas em cada caso”⁷⁹.

Ainda para o autor, a flexibilidade não importa em “desprocessualizar” a ordem jurídica, mas em conciliar o procedimento com o direito material em uma visão que propõe compreender as formalidades processuais por um viés mais flexível⁸⁰. Em trabalho escrito em conjunto com Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral afirma que o Código vigente montou um procedimento padrão bem flexível e, portanto, adaptável a inúmeras situações concretas dignas de tutela diferenciada⁸¹.

Há tempos que Fredie Didier Jr. segue a mesma linha. Em artigo publicado no ano de 2001, intitulado “Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento”, o processualista baiano identifica o princípio da adaptação do procedimento como subproduto do princípio da adequação da tutela jurisdicional, apontando o excessivo rigor formal como um dos grandes responsáveis pelo descrédito do sistema de tutela jurisdicional dos direitos. Ao defender que o processo deve ser construído de forma adequada tanto no plano legislativo quanto no plano jurisdicional, sustenta o autor ser necessário permitir “ao

⁷⁸ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; ARENHART, S. C. **Novo curso de processo civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 464.

⁷⁹ CABRAL, A. do P. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 191.

⁸⁰ CABRAL, A. do P. **Juiz natural e eficiência processual**: Flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 362.

⁸¹ CABRAL, A. do P; DIDIER JR., F; CUNHA, L. C. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 64.

magistrado, dê que previamente (em homenagem ao princípio da tipicidade), alterar o procedimento conforme às exigências da causa”⁸².

Fredie Didier Jr. não se limitou a sustentar o tema em artigo do ano de 2001. A identificação do poder de adaptação do procedimento também é visto no seu “Curso de Direito Processual Civil”⁸³, em que arrola a adaptabilidade como um dos princípios do processo. A escolha por ressaltar sua posição sobre a adaptação do procedimento naquele trabalho do ano de 2001, ainda como mestrando, se deve ao fato de que foi ele usado como fundamento da emenda n. 16, do Senador Aldemir Santana, que atacou as disposições do projeto de Código de Processo Civil referentes ao poder de adaptação do procedimento.

Tal emenda, tomada como referência das posições contrárias à adaptação procedimental manifestadas durante a tramitação do projeto no Senado, destacou trecho do trabalho de Fredie Didier em que ele se concentra na explicação do significado de formalismo, ignorando por completo o conteúdo do trabalho do processualista, evidenciado nas linhas seguintes à conceituação de formalismo (e, por óbvio, no próprio título do artigo)⁸⁴.

Fernando da Fonseca Gajardoni apresentou as conclusões de suas pesquisas de doutorado na Universidade de São Paulo em trabalho tido como uma das referências no tema de adaptação do procedimento. Com o livro “Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria

⁸² DIDIER JR., F. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, Bahia, 2001. p. 226-238.

⁸³ “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 mais bem tutelar o direito material [...] Eis que aparece o princípio da *adaptabilidade*, *elasticidade* ou *adequação judicial* do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso”. In: DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil**. v. 1, 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 53-54. Ainda: “O procedimento comum passa a ser território propício para a imigração de ajustes procedimentais desenvolvidos para a tutela de determinados direitos. Essa cláusula geral [artigo 329, §2º, CPC] pode ser a fonte normativa da reafirmação e do desenvolvimento do princípio da adequação do procedimento. De todo modo, ao menos há uma certeza: o procedimento comum, no processo civil brasileiro, não é xenófobo e, por isso, não é rígido”. In: DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil**. v. 1, 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 575.

⁸⁴ Consta da emenda n. 16: “As regras de processo são normas de direito público, que servem, de um lado, para precisamente conter o poder do juiz, e de outro lado, para orientar a estratégia de defesa da parte, que deve saber previamente as fases e a ordem dos atos do processo. Está aí a importância do formalismo do processo”. Tal parágrafo é ilustrado com uma nota de rodapé, fazendo referência ao trabalho de Fredie Didier Jr.

processual”, Gajardoni parte da ideia de que ao espaço de atuação dado ao juiz no convencimento mais adequado quanto ao mérito deve corresponder, com maior razão, o espaço para operar o procedimento.

Ao apontar para a insuficiência dos procedimentos previstos na lei para o atendimento das necessidades do direito material, recordar exemplos de sistemas estrangeiros (notadamente o inglês, o estadunidense e o português) e sustentar a impossibilidade de o legislador esgotar todas as hipóteses que chegam ao Poder Judiciário, Gajardoni defende a necessidade de se reconhecer na figura do juiz agente capaz de moldar o procedimento à realidade, observadas determinadas balizas⁸⁵. O autor seguiu sustentando sua tese em outros trabalhos científicos a respeito, inclusive sob a égide do atual Código de Processo Civil⁸⁶.

Evidentemente, dada a vastidão da doutrina processual brasileira, há juristas que se colocam contrários à adaptação do procedimento por iniciativa do juiz, em visão que parece ser a minoritária.

José Joaquim Calmon de Passos via no procedimento o “núcleo rígido” do devido processo legal, refutando a desfiguração do então procedimento ordinário para supostamente adequá-lo à tutela jurídica instituída pelo direito material, num arroubo do que ele chamou de “comichão processual”. Para o Professor baiano, em severa crítica à proliferação dos procedimentos especiais, o que reclama tratamento diferenciado não é a “certificação” do direito (fase de conhecimento), mas a efetivação da tutela jurídica certificada⁸⁷. Eventuais defeitos do então procedimento ordinário (para Calmon de Passos, o “procedimento por excelência”) deveriam ser resolvidos não casuisticamente, mas para todas as hipóteses de sua aplicação.

⁸⁵ GAJARDONI, 2008.

⁸⁶ Vide, por todos, Gajardoni e Zufelato, 2020. p. 135-163.

⁸⁷ “Disso se conclui que, em verdade, o que se mostra bastante diferenciada é a *tutela jurídica*, porque vinculada à gama dos variados interesses que, no mundo da vida, mobilizam os homens e levam-nos a interagir. A *tutela jurisdicional* é somente e apenas um *dizer* (*certificação*) sobre aquela outra tutela como devida no caso concreto. Sendo um dizer, linguagem, jamais pode ter a diversidade de tratamento que têm os *objetos* referidos a essa linguagem. E se para esse *dizer* é necessário formalizar-se um procedimento, este proceder, antes de reclamar sua diversidade (o que gera insegurança e faz suspeitar haver o propósito de assegurar privilégios) exige uniformidade. O que reclama tratamento diferenciado, em verdade, porque necessariamente diferenciada, é a *efetivação* da tutela jurídica certificada como devida pela tutela jurisdicional. O momento da *certificação* dispensa especificidades do procedimento”. In: PASSOS, J. J. C. de. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S. (Orgs.). **José Joaquim Calmon de Passos**. Ensaios e artigos. v. 2. Salvador: Juspodivim, 2016a. p. 208.

Flávio Luiz Yarshell também colocou-se contrariamente ao poder judicial de adaptação do procedimento, argumentando que tal movimento feito pelo juiz redundaria violação ao devido processo legal e à segurança jurídica.⁸⁸

Nessa linha, nota-se que para os juristas adeptos à rigidez do procedimento, a ideia de sua adaptação pelo juiz decorre da visão da jurisdição centrada na sua figura, o que deveria ser superado pela concepção democrática do processo. Vale dizer, a “deformalização” do direito processual e a sua percepção instrumentalista viriam em detrimento da necessária visão da jurisdição como resultado da atividade discursiva dos sujeitos do processo, senhores de suas razões e não dependentes da figura do juiz tutor de seus interesses, propenso a praticar abusos e atentar contra a liberdade individual garantida pelo devido processo legal e o procedimento legalmente desenhado⁸⁹.

Como é possível observar, não é de hoje que vozes autorizadas da doutrina assentam a necessidade de se conferir maior espaço de atuação do juiz na conformação do procedimento. A revisão bibliográfica dos principais pensadores do processo civil nacional induz à conclusão de que a maximização dos escopos do processo pressupõe flexibilidade na construção dos procedimentos, de modo que se torna possível pensar que aquele objetivo de maximização - declaradamente um dos móveis do Parlamento para a edição do novo Código de Processo Civil - seria mais bem atendido com a previsão do poder judicial de adaptação do procedimento.

2.2.4 Análise da posição do Parlamento após a investigação da construção do sistema jurídico vigente: a identificação de uma lacuna axiológica

A investigação da história da lei processual, dos contornos do quadro normativo (vigente e em construção) e da composição da doutrina a respeito do poder judicial de adaptação do procedimento desautoriza o intérprete que pretende prestigiar a coerência e unidade do sistema jurídico a afirmar que a *mens legis* ou a *mens legislatoris* do Código de Processo Civil voltam-se a refutar por completo aquele poder.

⁸⁸ YARSHELL, F. L. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006. p. 199-200.

⁸⁹ LEAL, A. C. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. Mais recentemente: RAATZ, I.; ANCHIETA, N.; DIETRICH, W. G. Garantística e flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 15, v. 22, n. 2, mai./ago. 2021.

O discurso do Parlamento, do qual resultou uma lei processual que não veda textualmente o poder do juiz de conformar o procedimento, se encarado com as lentes da coerência do sistema jurídico, não é capaz de impor ao intérprete a certeza quanto à inexistência de tal poder, mas, sim, de despertar a compreensão sobre a necessidade de enxergá-lo com limites e de forma harmônica com a lei processual. A proteção contra o arbítrio e a defesa da segurança jurídica surgem como parâmetros para pensar aquele poder, não para vedá-lo.

Lembre-se que o momento das discussões do projeto do Código de Processo Civil foi marcado por ameaças à tranquilidade da classe política advindas da atuação do Poder Judiciário em processos penais de repercussão, o que pode ter exercido certa influência sobre a visão que os parlamentares tinham sobre os juízes; contudo, para o intérprete, essa motivação implícita (ou explícita) de atuação do Parlamento não é dotada de pertinência jurídica a ponto de interferir na sua interpretação da lei processual.

O Parlamento não é dono do Direito ou da lei a ponto de poder criar novas normas de forma totalmente dissonante do arranjo normativo vigente. Em momentos de normalidade institucional, sem que haja rupturas revolucionárias ou o nascimento de novas formas de encarar as relações sociais, espera-se do Parlamento a adoção de leis que integrem de forma harmônica o sistema jurídico em vigor.

Espera-se que a lei guarde coerência com a tradição jurídica e a unidade do sistema em que integrada, ou seja, deve a lei estar em consonância com os demais textos normativos e com o funcionamento da ordem jurídica. A respeito da sistematização das disposições jurídicas de forma coerente, tarefa do legislador e também do intérprete, assinalam Bulygin e Alchourrón que:

sempre se considerou que a lei tem algum tipo de ordem sistemática, visto que a sistematização (ou ordenação) das disposições legais é tradicionalmente considerada uma tarefa importante, que é da responsabilidade tanto dos legisladores (codificação do direito) quanto dos juristas (dogmática jurídica). Como um sistema de normas, a lei deve se conformar a certas diretrizes de racionalidade; a coerência interna das normas legais, bem como sua compatibilidade mútua, são exemplos de tais requisitos básicos. A eliminação das contradições nas normas jurídicas é, portanto, um dos objetivos mais importantes da ciência do direito.⁹⁰ (tradução nossa)

⁹⁰ “Por otra parte, se ha considerado siempre que el derecho tiene algún tipo de orden sistemático, pues la sistematización (u ordenación) de las disposiciones jurídicas es tradicionalmente considerada como una tarea importante, que compete tanto al legislador (codificación del

A lei não pode ser ponto incomunicável com a realidade jurídica nacional. Ressalte-se, a propósito, que uma das motivações para se pensar um novo Código de Processo sempre foi a de garantir uma lei processual coesa, nela consolidando entendimentos jurisprudenciais e as mudanças advindas de leis esparsas. Pregava-se, então, a coesão do sistema jurídico processual.

A compreensão do sistema jurídico a partir da coerência não permite refutar o espaço para o intérprete reconhecer na ordem jurídica o poder de adaptação judicial do procedimento, porque os discursos a ele contrários, encarados a partir das convicções do Parlamento ao longo do tempo e de sua materialização nas leis vigentes, apenas ostentam preocupação com os limites a tal poder, e não com sua existência mesma. A partir daí, cabe ao intérprete aquilatar esses limites e encontrar o caminho para que aquele poder seja exercido de forma consentânea ao Direito.

Se não se pode falar em vedação ao poder judicial de adaptação do procedimento no sistema jurídico, abre-se espaço para que a carência de disposição que o preveja de forma expressa no Código de Processo Civil seja encarada pelo intérprete como manifestação de uma lacuna axiológica, definida por Riccardo Guastini como:

uma situação em que uma certa suposição de fato é regida por uma norma, mas que – de acordo com a opinião do intérprete – é regida de forma “axiologicamente inadequada [...] porque o legislador não levou em consideração uma distinção que deveria ter levado em consideração”. Supõe-se que o legislador não levou em consideração a distinção em questão “por não tê-la previsto e que, se tivesse considerado, teria dado uma solução diferente” ao suposto em questão⁹¹. (tradução nossa)

A lacuna axiológica não se refere à falta de positivação de determinado valor ou princípio, mas, sim, à noção de que, a partir de determinada valoração do intérprete, a lei carece de solução adequada para determinadas hipóteses; não se

derecho), como al científico (dogmática jurídica). En tanto en cuanto sistema de normas, el derecho debe adecuarse a ciertas pautas de racionalidad; la coherencia interna de las normas jurídicas, así como su compatibilidad mutua, son ejemplos de tales exigencias básicas. La eliminación de las contradicciones en las normas jurídicas es, por lo tanto, uno de los objetivos más importantes de la ciencia del derecho”. (BULYGIN e ALCHOURRÓN, 1987, p. 13).

⁹¹ “Una laguna axiológica es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero que – según la opinión del intérprete – está reglado de forma “axiologicamente inadequada [...] porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta”. Se supone que el legislador no ha tenido en cuenta la distinción en cuestión ‘por no haberla previsto y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente’ al supuesto de que se trata”. In: GUASTINI, R. Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. **Análisis Filosófico**, v. XXVI, n. 2, p. 277-293, nov. 2006. p. 278.

trata, pois, de uma situação sem solução, mas de uma situação que aparenta apresentar uma solução ruim pela ausência de consideração de um fator relevante⁹².

A lacuna axiológica, então, não consiste na falta de norma para reger determinada hipótese, porque esta é abarcada pela norma vigente. O que falta é uma norma satisfatória ou diferenciada para reger de forma distinta uma hipótese que, para o intérprete, merece esse tratamento distinto⁹³.

Embora o intérprete muitas vezes não reconheça que determinada norma regule uma situação - o que lhe faria apontar para uma lacuna normativa -, o que se tem, em verdade, é que sua forma de enxergar a norma (sua interpretação) faz com que não se satisfaça com aquela regulação. Mas isso, como se percebe, depende do ponto de vista a partir do qual determinado texto ou norma é encarado. Ao fim e ao cabo, a própria distinção entre lacuna normativa e lacuna axiológica é uma questão de interpretação⁹⁴.

Segundo Bulygin e Alchourrón, para que se possa falar em lacuna axiológica é necessário identificar uma diferença entre o que chamam de “tese de relevância” e “hipótese de relevância”. A primeira é a proposição que identifica um conjunto de propriedades relevantes para o sistema, enquanto a segunda é a proposição que identifica um conjunto de propriedades que deve ser relevante para o sistema segundo um critério axiológico determinado. Para os autores, a lacuna axiológica surge quando há uma tal propriedade que deve ser relevante (de acordo com a

⁹² “En el lenguaje de los juristas en general y muy especialmente en el de los jueces, se usa a menudo la expresión ‘laguna del derecho’ (o ‘laguna de la ley’) para designar situaciones en las cuales, si bien existe una solución - por lo cual esas situaciones no son lagunas normativas -, la solución existente es axiologicamente inadecuada. Pero no toda solución injusta o mala supone una laguna; los juristas hablan de lagunas - en el sentido que tratamos de caracterizar - cuando la solución es inadecuada porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta. Este tipo de lagunas suponen, pues, la existencia de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión, que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado. El uso del término ‘laguna’ no es aquí del todo arbitrario: se piensa que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión por no haberla previsto, y que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente; en vez de solucionar el caso en forma genérica, le hubiera dado una solución específica (lo cual puede, de hecho, ser verdad en muchos casos)”. (BULYGIN e ALCHOURRÓN, 1987, p. 165).

⁹³ GUASTINI, 2006, p. 278.

⁹⁴ “A veces se habla como si las lagunas axiológicas dependiesen de las valoraciones de los intérpretes, mientras que las lagunas normativas serían algo así como propiedades “objetivas” del derecho. De hecho, no es así. Si es verdad que no se pueden distinguir las lagunas normativas de las lagunas axiológicas independientemente de la interpretación, se sigue que una cierta laguna puede ser considerada normativa o axiológica desde puntos de vistas interpretativos distintos. Pero esto quiere decir que incluso las lagunas normativas son variables dependientes de la interpretación: según una interpretación determinada hay una laguna normativa, mientras que según otra interpretación esta laguna milagrosamente desaparece, no subsiste en tanto laguna normativa, y entonces se convierte en laguna axiológica”. (GUASTINI, 2006, p. 286).

hipótese de relevância), mas que acaba não sendo assim identificada pelo sistema.⁹⁵

A possível afirmação segundo a qual o Código de Processo Civil conta com lacuna axiológica sobre o poder judicial de adaptação do procedimento decorre do reconhecimento, de certa forma inevitável, de que o Código conta com previsão de regras e princípios para a disciplina dos poderes do juiz.

Dos apontamentos feitos alhures a respeito da motivação do Parlamento sobre a matéria, é possível afirmar que a tese de relevância da lei processual, isto é, o conjunto de propriedades relevantes reconhecido pelo sistema processual, refere-se à efetivação de princípios e garantias constitucionais processuais e à consecução de um processo descomplicado, justo, ágil e efetivo (artigos 1º a 10 do Código de Processo Civil). Com esse norte, os dispositivos do Código de Processo Civil voltam-se a concretizar aquele conjunto de propriedades relevantes numa regulação genérica dos casos, preocupada com os aspectos processuais do direito das partes e a sua relação com os poderes do juiz.

De outro lado, a literalidade das disposições do Código de Processo Civil e sua tese de relevância parecem não alcançar, com a força necessária, a relação de sintonia fina entre o direito material e as técnicas processuais destinadas a protegê-lo ou realizá-lo, que, como se sabe, é o escopo do processo. A falta de dispositivo tratando da possibilidade de flexibilização judicial genérica, a partir de uma interpretação literal, pode representar a ausência de preocupação com o necessário impacto dos contornos do direito material na construção do procedimento.

Isso porque os direitos processuais, como o direito à audiência ou o direito à prova, são defensáveis porque fazem parte de uma estruturação completa dos direitos materiais⁹⁶. A partir daí, deve ser identificada uma carga procedimental no direito material - já que é preciso prever caminhos para a concretização desse direito, a partir de suas peculiaridades⁹⁷ - e uma carga material no direito

⁹⁵ BULYGIN e ALCHOURRÓN, 1987, p. 149 e ss.

⁹⁶ RAGONE, Á. P. El impaco entre lo sustantivo y lo procesal: el puente de la justicia procedimental. In: ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. (Coords.). **O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 22.

⁹⁷ "Tanto as formas de tutela do direito material, quanto as ações de direito material, estão no plano do direito material. Mas a preocupação com as formas de tutela dos direitos se funda na ideia de que a atribuição de titularidade de um direito fica na dependência de que lhe seja garantida a disponibilidade de uma *forma de tutela* que seja adequada à necessidade da sua proteção. Ou

processual, uma vez que seu exercício representa a efetivação de um direito substantivo.

O que se observa, então, é que os contornos dos poderes do juiz decorrentes da literalidade das disposições do Código de Processo Civil são insuficientes, por vezes, para reger hipóteses em que eles não são bastantes para atingir o que deveriam ser os escopos do processo e a finalidade subjacente à lei processual. Ainda que se admita que todas as hipóteses de conflitos de direito material sejam passíveis de enquadramento nos procedimentos previstos pelo Código e tratadas pelos poderes do juiz nele tipificados, suas nuances podem demandar adaptações diversas nos procedimentos aplicáveis para que a tutela jurisdicional seja exercida de forma eficiente e satisfatória. Tais adaptações, contudo, dependem de espaço de intervenção do juiz, espaço que, em uma primeira leitura, a lei processual não concede de forma satisfatória.

Identifica-se, então, uma diferença entre aquilo que a lei processual literalmente dispõe para a tutela jurisdicional adequada (a partir de sua tese de relevância) e aquilo que deveria dispor a respeito, do que se identifica uma lacuna axiológica.

A identificação de lacuna axiológica no Código de Processo Civil é levada a efeito, como se percebe, a partir de uma visão do conjunto do sistema e dos apontamentos da doutrina processual. Dito de outro modo, a valoração da lei processual para se afirmar uma lacuna axiológica sobre a adaptabilidade do procedimento toma em conta, sobretudo, o discurso da doutrina processual a respeito do desenho do procedimento adequado à tutela do direito material e da necessidade de conduzir o processo de forma eficiente para atender aos escopos da jurisdição e os princípios constitucionais processuais.

A eleição da doutrina processual como critério axiológico para a afirmação da carência regulatória da flexibilização do procedimento às necessidades da tutela se dá por duas razões.

A primeira razão está no fato de as atividades de sistematização da lei serem posteriores, e não anteriores, a decisões interpretativas; vale dizer, as inferências não são feitas a partir de textos, mas dos significados, que, justamente,

melhor, o sujeito só é titular de um direito quando tem uma posição juridicamente protegida, isto é, quando o direito proclamado pela norma atributiva dispõe de uma *forma de tutela* que seja adequada à sua proteção". In: MARINONI, L. G. **Teoria geral do processo**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a. p. 293.

pressupõem a interpretação e a construção vinda da doutrina⁹⁸. Como se extrai da clássica lição de Miguel Reale:

O fato de não ser fonte de direito não priva, todavia, a doutrina de seu papel relevantíssimo no desenrolar da experiência jurídica [...]. A bem ver, os modelos doutrinários ou dogmáticos envolvem as fontes de direito desde a emanção das normas, isto é, desde o momento da produção dos modelos jurídicos até o momento de interpretação e aplicação desses modelos, os quais representam o 'conteúdo significativo' produzido ou revelado pelas fontes. Concluído o processo legislativo, ou, por outras palavras, superada a fase monogenética, que significam os modelos produzidos? Ninguém elabora leis sem um mínimo de conhecimento jurídico ou, pelo menos, sem um mínimo de implícito bom senso jurídico. [...] Sendo assim, a lei, que é a fonte mais geral do Direito, não pode atingir a sua plenitude de significado sem ter, como antecedente lógico e necessário, o trabalho científico dos juristas e muito menos atualizar-se sem a participação da doutrina⁹⁹.

A segunda razão está no reconhecimento da doutrina como caminho válido para demarcar a trajetória do intérprete, de tal forma que a identificação de lacunas axiológicas passe ao largo de subjetivismos. Vale dizer, partindo da lição de Guastini¹⁰⁰, a doutrina identifica e colmata a lacuna axiológica, o que confere a segurança necessária ao intérprete para trabalhá-la e superá-la.

A doutrina em questão é aquela apresentada no tópico 2.2.3 supra, que enxerga o direito à tutela jurisdicional como o direito à efetiva proteção do direito material por meio das atividades do legislador e também do juiz, que deve guiar sua atividade de maneira consentânea com o direito fundamental à efetividade da jurisdição.

Com efeito, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva pressupõe a estruturação legal do processo e a conformação dessa estruturação pela jurisdição,

⁹⁸ As constantes consultas a juristas e referências a obras doutrinárias quando da elaboração de proposições legislativos bem ilustram esta ideia. Aliás, Guastini lembra que no famoso caso *Marbury v. Madison*, o que o Justice Marshall fez, em verdade, foi colmatar uma lacuna axiológica ao socorrer-se de aportes dogmáticos para afirmar que toda lei contrária à Constituição deveria ser declarada nula, uma vez que nada nesse sentido havia sido positivado até então, nem mesmo na Constituição estadunidense. (GUASTINI, 2006, p. 289).

⁹⁹ REALE, M. **Lições preliminares de Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 176-177.

¹⁰⁰ "Algunos autores suponen que la derrotabilidad de las normas y las lagunas axiológicas dependen de la presencia, en el sistema jurídico, de principios, en el sentido de que serían precisamente los principios los que derrotan las normas y producen lagunas axiológicas: o, mejor dicho, los intérpretes derrotarían las normas y producirían lagunas axiológicas al aplicar uno u otro principio. Por supuesto, a menudo esto es verdad. Pero la derrotabilidad y las lagunas axiológicas no dependen necesariamente de principios: es decir, no hay ninguna relación lógica entre estas cosas. La derrotabilidad y las lagunas axiológicas dependen muy simplemente de las valoraciones de los intérpretes, y a menudo esas valoraciones toman la forma de "teorías" jurídicas, o mejor dicho de tesis dogmáticas: algo construido por los juristas antes e independientemente de la interpretación de uno u otro enunciado normativo específico". (GUASTINI, 2006, p. 288).

o que impõe ao juiz a obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, da qual se desincumbe pelo exercício do poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à tutela do direito material¹⁰¹.

Nesta ordem de ideias, a doutrina ajuda o intérprete a identificar e colmatar a lacuna axiológica do Código de Processo Civil a respeito do poder judicial de adaptação do procedimento às necessidades da tutela, sempre que a adaptabilidade se fizer necessária à proteção do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Mas é possível dar mais um passo na afirmação da existência do poder judicial de adaptação do procedimento. Para além de dizer que o Código de Processo Civil não veda esse poder e que a lacuna axiológica a respeito, decorrente de uma leitura literal, deve ser preenchida por princípios e aportes dogmáticos, é possível identificar em sua estrutura, a partir de interpretação sistemática, a consagração do princípio da adaptabilidade do procedimento.

2.3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO SISTEMA LEGAL DE ADEQUAÇÃO DO PROCESSO E O PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE

A teoria da legislação, voltada à atividade de elaboração das leis, propõe que estas devem atender a certos requisitos formais para compor o sistema jurídico e social. Se a lei é o ponto de partida do intérprete, e se deve ser construída e pensada a partir de uma desejada coerência, sua concepção deve observar determinado grau de racionalidade, a fim de evitar que o resultado dela extraído a afaste daquela coerência.

Nesse passo, para Manuel Atienza, a racionalidade legislativa deve observar cinco níveis distintos, quais sejam: a racionalidade comunicativa ou linguística; a racionalidade jurídico-formal; a racionalidade pragmática; a racionalidade teleológica; e a racionalidade ética¹⁰².

Em breve síntese, a partir das lições de Manuel Atienza, a racionalidade linguística é a que pressupõe a construção de um texto que evite erros de inferência e facilite sua compreensão. A racionalidade jurídico-formal diz com a necessidade

¹⁰¹ MARINONI, L.G. 2008a. p. 117-118.

¹⁰² ATIENZA, M. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madri: Editorial Civitas, 1997. p.27-28.

de a lei ser coerente com o sistema jurídico vigente, prestigiando a sistematicidade e evitando contradições ou lacunas. A racionalidade pragmática volta-se para a construção de normas que sejam passíveis de observância e capazes de influenciar o comportamento humano. A racionalidade teleológica demanda que a lei seja construída de tal forma a atingir os fins para os quais foi proposta. A racionalidade ética pressupõe que a lei se adeque a um certo sistema ético vigente na sociedade, isto é, que seja compatível com os valores por ela consolidados.

Ao se tomar por base os parâmetros de racionalidade legislativa concebidos por Manuel Atienza, e levando em conta o que se vem de expor a respeito da história do processo civil e do sistema jurídico em vigência, é possível concluir que a visão da lei processual que nela não identifica o poder judicial de adaptação do procedimento lhe retira algumas camadas de racionalidade.

Como esclarece Manuel Atienza, uma lei é irracional, do ponto de vista jurídico-formal, quando contribui para desgastar a estrutura do ordenamento jurídico, seja por não respeitar critérios estabelecidos pelo próprio ordenamento, seja por incorrer em lacunas, contradições, ou por introduzir critérios alheios aos princípios do ordenamento, impactando no Direito já estabelecido¹⁰³.

Quando se nota que o sistema processual brasileiro sempre conferiu papel ativo ao juiz; que a doutrina defende a necessidade de adaptação do procedimento por iniciativa do juiz; e que microssistemas processuais admitem o poder judicial de adaptação do procedimento, fica difícil sustentar - sem que se incorra em certo grau de irracionalidade jurídico-formal - que o Código de Processo Civil não dá margem àquele poder a partir de sua leitura sistemática.

Os reclamos da racionalidade teleológica seguem o mesmo sentido ao se ter em mente que a concepção de um novo Código de Processo teve por escopo, entre outros, tornar o processo dinâmico e eficiente. Se a lei é irracional do ponto de vista da racionalidade teleológica quando não produz os efeitos considerados desejados ou desejáveis¹⁰⁴, afastar o poder judicial de adaptação do procedimento das linhas e entrelinhas do Código de Processo Civil é fomentar uma possível leitura divorciada de sua finalidade.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 33.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 38.

O perigo de identificar certo grau de irracionalidade no Código de Processo Civil, porém, não surge apenas de uma perspectiva externa, isto é, da verificação de sua posição no contexto do sistema jurídico nacional ou das motivações que impulsionaram sua edição. Um olhar para a estrutura do Código e suas disposições também é capaz de revelar certa irracionalidade na negativa de se conferir ao juiz poder de adaptar o procedimento a partir das necessidades da causa em julgamento.

Com efeito, uma análise panorâmica das disposições do Código de Processo Civil denuncia o equívoco de concebê-lo como um sistema que almeja sempre a rigidez dos procedimentos ou que vê na sua flexibilidade uma circunstância excepcionalíssima. Nota-se, a bem dizer, uma feição flexível do Código de Processo Civil, a começar pelas normas fundamentais do processo previstas em seus artigos 7º e 8º, em que se observam comandos que garantem sempre às partes, no curso do feito, o poder de manifestação e o direito ao exercício do contraditório efetivo, ao tempo em que orientam o juiz, na aplicação da lei, a atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

O Código de Processo Civil, como se vê, agora consagra expressamente entre seus fundamentos a atuação do processo a partir dos reclamos da eficiência, ou seja, da necessidade de se atingir os escopos do processo de forma satisfatória, em perfeita sintonia entre meios e fins. O Código demanda do juiz e das partes atuação para criação de regras concretas para alcançar, da melhor forma possível, o resultado almejado pelo processo. A este respeito, pondera Antônio do Passo Cabral:

O postulado da eficiência atua proibindo que, na aplicação da norma, escolham-se meios que não atinjam o fim pretendido de forma satisfatória, em termos qualitativos, quantitativos e probabilísticos. Não exige que o aplicador opte pelo melhor dos meios aptos a atingir a finalidade da norma, mas impõe que não se escolha um meio que promova o fim de modo insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca clareza [...] Especificamente em relação à eficiência processual, Eduardo Costa também sustenta tratar-se de um postulado normativo que impõe um dever de estruturação otimizante, não um dever primário de comportamento. [...] eficiência (noção finalístico-normativa) significa a relação de identidade entre o estado de fato decorrente da efetivação de uma regra e o estado ideal de coisas desejado pelo princípio inspirador dessas regras. Com isto, pode-se distinguir o princípio processual da efetividade (= que fixa como fim desejado um processo civil em que todas as resoluções judiciais sejam cabalmente cumpridas) e o postulado aplicativo da eficiência processual (=

dever estrutural imposto ao juiz de criar regras individuais e concretas de cuja efetivação possa resultar o estado fático desejado pelo princípio a elas subjacente) [...] A eficiência não é um fim em si, mas a avaliação da prestabilidade das regras produzidas para a concretização dessas metas que as inspiram. Noutras palavras, a eficiência não é um valor em si, mas um instrumento de estruturação das ações concretizadoras de valores.¹⁰⁵

Se as bases do Código de Processo Civil são construídas a partir deste mandado otimizante ao juiz e do contraditório efetivo das partes nos rumos procedimento, garantindo-lhes ciência e participação nas decisões, parece ficar clara, logo de partida, a pretensão da lei de se afastar de uma rigidez absoluta do procedimento e da atuação do juiz.

Evidentemente, o postulado da eficiência não deve servir de tábula rasa para atropelos procedimentais em nome da celeridade, já que o conteúdo desta não se confunde com o daquele, e também porque há outros valores assegurados pelo processo (vide Capítulo 4). Por agora, porém, não há como negar o impacto das exigências daquele postulado na conformação do procedimento, mormente quando se lembra do papel que também exerce na aferição da correção da atuação da administração judiciária (vide capítulo 3).

O artigo 69 do Código de Processo Civil ressoa aquela pretensão de distanciamento da rigidez e de aproximação à flexibilização procedimental, em um movimento identificado por Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna como tendente a “ampliar o espaço para a customização procedimental; o caminho para que, diante de determinada disputa, seja alterado o percurso generalista originalmente fixado em lei”¹⁰⁶.

Por meio da cooperação jurisdicional estimulada pela disposição em foco, que prevê rol aberto de hipóteses de sua execução, todas sem forma pré-definidas, o Código acaba por abrir “uma janela bastante compatível com a noção de *case management*, permitindo uma gestão mais proporcional das disputas e reconhecendo sua necessária ductibilidade”¹⁰⁷. A reunião de processos; os atos concertados entre juízes cooperantes; a centralização de processos repetitivos e as demais hipóteses de cooperação quebram o paradigma do procedimento inflexível,

¹⁰⁵ CABRAL, A. do P. **Juiz natural e eficiência processual**. Flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 203-204.

¹⁰⁶ ARENHART, S. C.; OSNA, G. A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares. **Revista de processo**, v. 45, n. 310, p. 173-201, dez. 2020. p. 173.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 174-175.

porque os caminhos de sua efetivação não cabem nos limites pré-definidos do procedimento e sequer estão previstos de forma minudente no Código (e nem mesmo na Resolução n. 350 do Conselho Nacional de Justiça). Esse estado de coisas, portanto, convida o intérprete a admitir certa dose de adaptação do procedimento pelo juiz como meio indispensável a dar concretude ao mecanismo da cooperação.

Pensar em sentido contrário, é preciso reconhecer, encaminharia a lei processual para uma irracionalidade também pragmática, porque seria incapaz de influir no comportamento dos atores processuais e, em última instância, de ser cumprida.

O artigo 139 do Código de Processo Civil abriga rol não taxativo dos poderes e deveres do juiz, listando como de sua incumbência, entre outras, a determinação de todas as medidas necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial; a promoção, a qualquer tempo, da autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores; e a dilatação dos prazos processuais e alteração da ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

O artigo em questão traz duas hipóteses de flexibilização legal, relativas à inversão da ordem de produção dos meios de prova e ampliação dos prazos processuais (desde que ainda não encerrados), além de munir o magistrado de amplo ferramental para fazer cumprir suas decisões a partir de cláusula deliberadamente aberta.

A conformação do procedimento e das técnicas processuais voltadas à satisfação do direito material pode se dar, inclusive, sem a necessidade de provocação das partes, o que se extrai do comando direcionado ao juiz pelo *caput* do artigo 139 do Código, segundo o qual o juiz *dirigirá* o processo. De fato, ainda que o *caput* não seja expresso sobre a atuação de ofício, é intuitiva a conclusão nesse sentido; afinal, se o juiz não precisa de provocação das partes para lhes assegurar tratamento igualitário, nem para velar pela duração razoável do processo ou para indeferir postulação protelatórias, o silêncio do *caput* há de ser resolvido, pela lógica, ao se admitir que o exercício de suas incumbências se dará de ofício¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Nesse sentido, Alvim et al. (2015, p. 451).

Aliás, apesar de singela, a redação do *caput* do artigo 139 diz muito sobre o papel que o Código reserva ao juiz na condução do procedimento. Ao estabelecer que “o juiz dirigirá o processo...*incumbindo-lhe*”, a lei processual demanda do juiz posição ativa na condução do feito, e não de mero espectador do agir das partes. Mais do que isso, o Código trata como *incumbência* (isto é, encargo, missão) do juiz a flexibilização do procedimento, a adoção de medidas para a efetivação de suas decisões e as demais situações descritas nos incisos. É exigência do Código a intervenção do juiz no curso do procedimento.

Ao assentar que os atos e os termos processuais independem de forma determinada, considerando-se válidos os que, realizados de modo diverso do inicialmente previsto, lhe preenchem a finalidade essencial (artigo 188), o Código de Processo Civil mantém a tradição da legislação processual ao consagrar o princípio da instrumentalidade das formas. Por ele, permite-se ao juiz levar em conta a finalidade do ato e a existência ou não de prejuízos aos fins do processo para determinar se ele, ao se desviar da forma prevista, é válido e contribui para o bom desenrolar do procedimento.

O conteúdo do princípio da instrumentalidade e sua relação com o jeito de pensar o processo civil são explicitados por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

No processo civil brasileiro, não há nem a adoção de um sistema rígido de formas, nem a adoção de um sistema livre – há a adoção de um sistema que visa a combinar os benefícios de um processo que tenha formas legais e ao mesmo tempo seja suficientemente flexível para permitir ao juiz aferir no caso concreto se eventuais desvios do padrão normativo maculam ou não a finalidade para a qual a forma foi erigida¹⁰⁹.

Nota-se que o sistema processual não dá maior preocupação à forma do que dá ao conteúdo do ato e à sua capacidade de atingir os fins do processo, maneira de pensar que, em essência, é reproduzida para a construção do poder do juiz de adaptar o procedimento.

A flexibilidade do procedimento acalentada pelo Código é percebida com nitidez também nos artigos 190 e 191, que trazem situação de flexibilização voluntária.

¹⁰⁹ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo curso de processo civil**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a. p. 114.

O primeiro daqueles artigos diz respeito à possibilidade das partes, em processo que verse sobre direitos disponíveis, estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, convencionando sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo¹¹⁰. Por meio do negócio jurídico processual, os próprios litigantes, por meio de ato de vontade, alteram o procedimento em que se dará a resolução do conflito em que envolvidos, em faculdade que a um só tempo prestigia a autonomia da vontade e a percepção de que o procedimento deve servir ao intento de solução de controvérsia, e não o contrário¹¹¹.

O segundo dispositivo, artigo 191, trata da calendarização dos atos processuais, permitindo a flexibilização do procedimento quanto aos prazos processuais e a (des)necessidade de intimações para a prática de atos, no que se prestigia a eficiência do procedimento.

A cláusula do poder geral de cautela do juiz, consagrada no artigo 297 do Código de Processo Civil, também evidencia a disposição da lei processual de lhe conferir espaço para a adoção da medida reclamada pelo caso concreto, evitando que o sistema processual fique preso a técnicas executivas rígidas, que por vezes podem não dar conta de promover a efetiva tutela de direitos.

O artigo 327 do Código de Processo Civil, ao tratar da possibilidade e requisitos para a cumulação objetiva de pedidos, permite tal cumulação, ainda quando para cada pedido corresponder tipo diverso de procedimento, desde que se tenha por parâmetro a aplicação do procedimento comum, mas isso sem prejuízo do

¹¹⁰ Como ensina Fredie Didier Jr, “negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento. Sob esse ponto de vista, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais”. (DIDIER JR., F. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015**. Revista Brasileira da Advocacia. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹¹¹ Releva registrar que a solução do déficit de eficiência do procedimento a partir de sua gestão individualizada, pelas partes, por meio dos negócios jurídicos processuais do artigo 190 do CPC, não tem alcançado resultados relevantes e que sejam aferíveis com segurança. Como observa Gustavo Osna, nem todo processo é propenso à customização, e nem sempre esta é tão arrojada quanto se costuma supor. Além disso, o campo das convenções processuais ainda é marcado por incertezas, sobretudo considerando nossa cultura jurídica. In: OSNA, G. “Contratualizando o processo”: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). Revista Eletrônica de Processo Civil da UERJ, v. 21, n. 2, Rio de Janeiro. p. 163-185.

emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados.

Trata-se de disposição que expressamente admite ao juiz condições de moldar a estrutura do procedimento a partir das peculiaridades e necessidades do caso concreto. Identifica-se, no mencionado dispositivo, uma espécie de flexibilização legal genérica, ainda que dentro dos contornos dos procedimentos especiais aplicáveis ao caso. Nos dizeres de Gajardoni e Zufelato:

O que o CPC/2015 faz, na verdade, é consolidar, agora na lei, o entendimento de que o procedimento comum, tradicionalmente rígido e inflexível, comporta modulações em sua estrutura a partir da possibilidade de inserção de técnicas procedimentais diferenciadas, próprias dos ritos especiais, os quais, em linhas gerais, orientam a tramitação judicial de certas pretensões que não encontrariam tratamento condizente dentro dos parâmetros do procedimento comum, estabelecido como o padrão. Tolerase, doravante de modo expresse, a combinação do procedimento padrão (comum) com os procedimentos especiais, em verdadeira admissão, neste quadrante, do modelo da flexibilização legal genérica a que já nos referimos, em que caberá ao juiz, observadas as condicionantes do item precedente (finalidade, contraditório e motivação), eleger atos do procedimento especial que, em sendo compatíveis com o procedimento comum, podem ser aplicados para processamento e julgamento de um ou mais dos pedidos cumulados (que, se processados autonomamente, gozariam do procedimento especial e das suas técnicas diferenciadas)¹¹².

Ainda a respeito do caminho aberto à flexibilização pelo artigo 327 do Código de Processo Civil, Fredie Didier Jr. nele enxerga uma cláusula geral a dar força à adaptação do procedimento:

O procedimento comum passa a ser território propício para a imigração de ajustes procedimentais desenvolvidos para a tutela de determinados direitos. Essa cláusula geral pode ser a fonte normativa da reafirmação e do desenvolvimento do princípio da adequação do procedimento. De todo modo, ao menos há uma certeza: o procedimento comum, no processo civil brasileiro, não é xenófobo e, por isso, não é rígido.¹¹³

O Código de Processo Civil também revela um perfil flexível quando dispõe das técnicas processuais aplicáveis no procedimento executivo, e isso para além da

¹¹² GAJARDONI e ZUFELATO, 2020, p. 135-163 e 152-153.

¹¹³ DIDIER JR., 2015, p. 575.

hipótese de aplicação do disposto no seu artigo 139, IV, já afirmado em sede doutrinária¹¹⁴ e admitido na jurisprudência¹¹⁵.

Deveras, o artigo 536, §1º, do Código de Processo Civil, confere ao juiz o poder de determinar, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, mesmo de ofício, as medidas necessárias à satisfação do direito do exequente, em rol não taxativo. Com esse dispositivo, segundo a doutrina, rompe-se com o dogma da tipicidade dos meios destinados ao cumprimento das decisões judiciais, já que se permite ao juiz determinar o que entender necessário à tutela do direito segundo as peculiaridades do caso concreto¹¹⁶.

O artigo 723, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015 reproduz a regra do artigo 1.109 do Código de 1973 e estabelece que o juiz, em sede de jurisdição voluntária, não é obrigado a observar critério de legalidade estrita,

¹¹⁴ Maurício Pereira Doutor apresenta em seu trabalho o pensamento doutrinário a respeito, além de contribuir, ele mesmo, para a afirmação da incidência do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil em procedimentos executivos. Vide: DOUTOR, M. P. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Também tive a oportunidade de publicar algumas breves linhas a respeito: SILVA, L. C. da. O artigo 139 do Código de Processo Civil e a efetividade do processo executivo. Revista da Assejur, Curitiba, v. 1, p. 41-55, 2017.

¹¹⁵ RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO, EM TESE. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO. 1. Execução ajuizada em 17/9/2012. Recurso especial interposto em 7/10/2019. Autos conclusos à Relatora em 21/10/2020. 2. O propósito recursal é definir se é possível, na hipótese, a adoção de medidas executivas atípicas pelo juiz condutor do processo. 3. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV). 4. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos. 5. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico. 6. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. 7. Situação concreta em que as circunstâncias definidas neste julgamento não foram devidamente sopesadas pelo Tribunal de origem, sendo de rigor a reforma do julgado. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1896421/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 15/04/2021).

¹¹⁶ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente e oportuna. Tal disposição permite pensar que, também em sede de jurisdição voluntária, tem o juiz o dever-poder de flexibilizar o procedimento; afinal, se ele tem espaço para decidir o mérito com base em juízo de equidade, deve ter alguma liberdade para conformar o procedimento até chegar à solução mais conveniente e oportuna ao caso. Pensar em sentido contrário seria imaginar o juiz livre para dizer o direito material para além dos limites da lei, mas preso às amarras do procedimento por ela descrito, como se a forma prevalecesse sobre o conteúdo.

Há vozes na doutrina que confirmam essa forma de compreender o conteúdo do dispositivo, tal como se vê na lição de Fredie Didier Jr.¹¹⁷ Leonardo Greco, de seu turno, nega que desse dispositivo se extraia “a desejável flexibilização do procedimento”, porque, para ele, a flexibilização já decorre da regra geral do artigo 188 do Código de Processo Civil¹¹⁸.

Até mesmo as disposições finais do Código apresentam regras que revelam sua simpatia à flexibilidade. O artigo 1.049, parágrafo único, estabelece que nos casos em que a lei remeter ao procedimento sumário (não mais existente) será observado o procedimento comum desenhado no Código, com as modificações previstas na própria lei especial. Trata-se de evidente demonstração de que o Código de Processo Civil não se preocupa em adotar um único procedimento, rígido, a todas as hipóteses procedimentais do ordenamento; antes, a preocupação da lei processual é viabilizar que o direito material a ser tratado no processo conte com um procedimento desenhado de forma a atendê-lo em suas especificidades.

Essa breve passagem em revista por dispositivos do Código de Processo Civil indica que também sua estrutura interna depende do poder judicial de adaptação do procedimento, de forma típica ou atípica, para lhe dar racionalidade. Sem ele, por exemplo, disposições como a cooperação jurisdicional ou o mandado otimizador decorrente do postulado da eficiência esvaziam-se de sentido. O Código de Processo Civil tem vocação à flexibilidade, de modo que qualquer construção interpretativa em sentido oposto se consubstanciaria em um golpe à sua racionalidade.

¹¹⁷ DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 130.

¹¹⁸ ALVIM, et al, 2015, p. 1672.

Nesse passo, é preciso reconhecer a existência de um princípio da adaptabilidade, a partir do qual surge o poder do juiz de promover a adaptação do procedimento.¹¹⁹

Bem vistas as coisas, o Código de Processo Civil assume de forma definitiva sua posição como um sistema legal de adequação do processo, tal como vislumbrado por Galeno Lacerda em 1976. Deveras, a estrutura do Código de Processo Civil evidencia uma “natureza dinâmica e instrumental”¹²⁰, preocupada em possibilitar o ajuste do procedimento aos reclamos próprios da posição dos sujeitos, do objeto ou de sua finalidade¹²¹.

A ressalva que deve ser feita é que, se no contexto de Galeno Lacerda o Código adequava o processo a partir de variações rituais pré-estabelecidas, hoje ele o adequa por meio de cláusulas abertas e dispositivos que versam sobre hipóteses de flexibilização, confiando ao juiz e às partes a tarefa de lhe dar os retoques finais necessários. Sua essência como sistema de adequação do procedimento às peculiaridades da causa, porém, é a mesma, o que se vislumbra da atualidade das conclusões do professor gaúcho:

Isto significa que o Código 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, polarizando sempre para a declaração e realização do direito em concreto¹²².

A avaliação do Código de Processo Civil com as lentes da racionalidade legislativa permite concluir que, em verdade, o ato do Parlamento de retirar-lhe disposição que previa expressamente o poder do juiz de adaptar de forma atípica o procedimento não representa, só por isso, vedação ao seu reconhecimento e

¹¹⁹ DIDIER JR., 2008.
GAJARDONI, 2008.

¹²⁰ “Processo, em sentido amplo, é instrumento de definição e realização do direito, assumido pela autoridade do Estado. Diversifica-se assim, no plano geral, segundo as funções que especificam a atividade pública [...] Em qualquer destas funções surge nítida *natureza dinâmica e instrumental* do processo”. (LACERDA, 1976, p. 251-252).

¹²¹ Paulo Mendes de Oliveira, ao comentar o trabalho de Galeno Lacerda, lembra que este apresenta o processo “como instrumento de realização do direito material em concreto, sendo a *adequação* o requisito fundamental para que possa atingir seus objetivos. Deve o processo, assim, adaptar-se: a) aos sujeitos da relação conflituosa [...] b) ao objeto sobre o qual versará a prestação jurisdicional [...] c) à finalidade do processo de acordo com as várias funções da jurisdição” In: OLIVEIRA, P. M. **Segurança jurídica e processo**. Da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 65.

¹²² LACERDA, 1976, p. 258.

exercício, exatamente porque a lei concebida por aquele mesmo Parlamento o pressupõe como mecanismo inerente ao seu perfil flexível e, como visto, como ferramenta indispensável para dar conteúdo a alguma de suas disposições.

Nessa ordem de ideias, é possível identificar que o poder do juiz de adaptar o procedimento decorre de um princípio da adaptabilidade, que, como visto anteriormente, chega a ser identificado por setores da doutrina como um princípio processual. A adaptabilidade do procedimento, então, não é só derivação de princípios de maior peso, como o devido processo legal e a inafastabilidade da jurisdição (que pressupõe tutela efetiva dos direitos materiais); ao revés, a adaptabilidade do procedimento surge da própria lei processual como princípio de interpretação e parâmetro de sua aplicação.

Resta, agora, analisar o peso que o temor pela segurança jurídica e do arbítrio judicial tem, de fato, na consideração do poder judicial de adaptação do procedimento e nos princípios constitucionais processuais. A incidência de um e outro como limites ao poder, como acima mencionado, será abordada mais adiante neste trabalho (Capítulo 4).

2.4 A INCOMPREENSÃO DO LEGISLADOR SOBRE O TEMA: SUPERANDO TRAUMAS, CORRIGINDO EQUÍVOCOS

O Congresso Nacional optou por afastar previsão expressa do projeto do Código de Processo Civil sobre o poder do juiz de adaptar o procedimento às necessidades da causa, invocando, para tanto, temores quanto ao arbítrio judicial e necessidade de proteção a princípios constitucionais como o devido processo legal e a segurança jurídica.

Ocorre que a incompreensão do legislador não se deu apenas em relação ao significado do poder judicial de adequação do procedimento, mas também do conteúdo dos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica.

O princípio do devido processo legal vai muito além do procedimento como sequência lógica e concatenada de atos processuais.

Como pondera Jeremy Waldron, a garantia do devido processo legal deve ser considerada como marca indissociável do Estado de Direito, pois, como a lei apresenta por vezes conceitos fluidos e é encarada a partir das idiossincrasias de cada pessoa, o sentido da lei acaba sendo determinado pelo próprio Estado em sua

atuação administrativa ou judicial, tornando-se objeto de argumentação. Mais do que assegurar o respeito à lei formal, o Estado de Direito deve prestigiar o processo de argumentação que forja o sentido da lei¹²³.

Quando se percebe que o império da lei não se esgota nos comandos gerais e abstratos advindo da atividade legiferante, mas que é influenciado pela posterior atividade estatal de definição de seu sentido e alcance, torna-se necessário garantir ao cidadão acesso aos meios para conhecer e participar dessa definição. Por certo que daí advêm escolhas legislativas sobre o funcionamento de tais meios, que trazem previsibilidade e organização sobre suas regras, mas essas escolhas são apenas uma das faces do *due process of law*, cuja outra, mais importante, está voltada para o processo de definição do Direito.

A compreensão do *due process of law* para além das fronteiras do procedimento faz perceber a íntima ligação entre direito material e direito processual. Como já se disse, os direitos processuais são componentes dos direitos materiais e vice-versa. A partir daí, deve ser identificada uma carga procedimental no direito material e uma carga material no direito processual, pois que seu exercício representa a efetivação de um direito substantivo.

Não se pode perder de vista, ainda, que os direitos e garantias processuais, embora voltados a conferir validade ao processo de realização do direito material, são, eles mesmos, derivações de direitos de carga substantiva como os de participação democrática, propriedade, liberdade e dignidade. Não é possível conceber que qualquer cidadão possa ter seu direito subjetivo definido pelo Estado-juíz sem que possa influir nessa definição, pois essa influência representa o próprio exercício do direito.

¹²³ “By associating the Rule of Law with the legal process rather than with the form of the determinate norms that are supposed to emerge from that process, the procedural aspect of the Rule of Law seems to place a premium on values that are somewhat different from those emphasized in the formal picture. The formal picture, particularly as it is put forward by thinkers like F. A. Hayek, emphasizes clarity, determinacy, and predictability as features of governance that make private freedom possible. The procedural idea sponsors a certain conception of freedom also, but it is more like positive freedom: active engagement in the administration of public affairs, the freedom to participate actively and argumentatively in the way that one is governed. And that positive freedom may stand in some tension with private freedom in Hayek’s vision of liberty, which presupposes that law is determinate enough to allow people to know in advance where they stand and to have some advance security in their understanding of the demands that law is likely to impose upon them”. In: WALDRON, J. The rule of law and the importance of procedure. In: FELMING, J. **Getting to the rule of law**. New York: New York U. Press, Nomos, 2011. p. 20.

Destas considerações surgem duas premissas para pensar o devido processo legal: 1) a afirmação do direito substantivo por uma decisão justa não pode ignorar sua carga procedimental; 2) as noções de devido processo e de segurança jurídica ultrapassam a mera concepção de direito a um rito para alcançar a posição de direito à busca adequada da concretização de um direito material.

A primeira premissa gira em torno do que se compreende por justiça procedimental, a qual leva em conta que a definição sobre o direito material de um indivíduo, ainda que este seja maximizado pela decisão final de mérito, não pode prescindir de sua participação ativa. A legitimidade da decisão construída ao final do procedimento passa pelo grau de participação do interessado e pelo grau de sua influência na construção racional daquela decisão. Afinal, aquele que tem seu direito subjetivo como objeto do processo deve poder participar da construção do discurso do reconhecimento ou afirmação desse direito.

A justiça procedimental leva em conta, também, que a definição de Justiça (decisão justa) e o acerto do mérito na decisão final não podem ser garantidos porque não são passíveis de definição *a priori* (e por vezes nem *a posteriori*), de modo que sua pretensão também é assegurar meios para que se alcance a melhor decisão possível. Em suma, exige-se participação plena e decisão racional, firmada na busca pela verdade.

Nesse sentido, pondera Ragone:

Tanto no normativo quanto na verificação dos fatos, as condições epistêmicas para alcançar a proteção do direito substantivo do caso podem não ser perfeitas, mas são - e devem ser obrigadas a tanto - as melhores e possíveis. A isto acrescenta-se a importância da racionalidade da decisão que deve ter, pelo menos, razoabilidade no seu fundamento e motivação. Por isso, não basta uma explicação meramente processual que se contente em permitir a participação necessária e suficiente para a legitimidade do procedimento que incluiria a decisão sem mais delongas. Isso requer racionalidade, a fim de que o resultado possa ser explicado com um padrão razoável. Assim, não é possível avaliar apenas o que foi decidido (o "depois") sem o "antes" processual que garante a participação, nem pode ser considerado *ex post* apenas para considerá-lo como suficiente para aceitar o que foi decidido. A motivação requer, portanto: (i) os elementos estruturais do discurso que permitem estabelecer se a justificativa racional de validade e correção é atendida, (ii) o conteúdo específico do discurso no qual são explicitadas as escolhas, realizadas pelo juiz de acordo com as expectativas criadas durante o processo e que se destina a um público alargado, não apenas aos intervenientes.¹²⁴ (tradução nossa)

¹²⁴ "Tanto en lo normativo como en la verificación de los hechos, las condiciones epistémicas para lograr la tutela del derecho sustantivo del caso pueden no ser perfectas, pero son – y debe

O sistema jurídico processual não pode se satisfazer com a mera participação das partes no procedimento, tampouco só com a resolução do conflito. A função do procedimento, a partir da noção de justiça procedimental, é, pois, proporcionar informação e espaço para demonstração das especificidades da causa a partir da visão dos interessados, possibilitando que o juiz construa sua decisão após ser por eles persuadido.

A observância de uma ordem formal do procedimento estabelecida na lei perde em importância se, ao final, o juiz não entrega decisão baseada no Direito, na razão e na realidade retratada nos autos. A atividade judicial é, antes de tudo, espaço de ordenação social em que são levados em consideração os argumentos das partes envolvidas para a produção de decisão racional do ponto de vista fático e jurídico.

A lembrança de que a dicotomia entre direito substantivo e direito processual não afirma a estanqueidade entre eles faz com que o processo seja percebido como instrumento para garantir o respeito e a realização do direito substantivo, e que este último, na sua concepção, não pode prescindir de técnicas processuais adequadas ao seu pleno exercício. E agora vem à tona a outra premissa estabelecida linhas acima, segundo a qual a noção de devido processo legal ultrapassa a mera concepção de direito a um rito para alcançar a posição de direito à busca adequada da concretização de um direito material.

O procedimento legalmente previsto é o ponto de partida da atividade jurisdicional e o caminho a ser seguido para a tutela de direitos. É necessário que a lei indique o que deve se esperar de cada ator processual e o que este pode esperar dos demais. É imperativo, também, que o juiz não saia dos trilhos propostos pela lei quando estes são suficientes e adequados para a entregar a cada parte o que lhe é devido (objeto de estudo no Capítulo 4).

exigirse lo sean – las mejores y posibles logradas que resulten aceptables. Con ello se suma la importancia de la racionalidad de la decisión que como mínimos con lo razonable de su fundamentación y motivación. Por ello no es suficiente una explicación meramente procedimentalista que se contente solo con permitir la participación como necesaria y suficiente para la legitimidad del procedimiento que incluiría la decisión sin más. Ésta requiere de racionalidad en la que el resultado puede ser fundadamente explicado con un estándar de razonable. Así no es posible valorar solo lo decidido (el "después") sin el "antes" procedimental que garantiza la participación, como tampoco ex post solo considerar a ésta como suficiente para aceptar cualquiera sea lo decidido. La motivación así requiere: (i) los elementos estructurales del discurso que permitan establecer si se cumple o no la justificación racional de validez y corrección; (ii) el contenido específico del discurso en el que se explicitan las elecciones realizadas por el juzgador según las expectativas creadas durante el procedimiento y que tiene como destinatario a un auditorio amplio, no solo a los intervinientes". (RAGONE, 2017, p. 32-33).

O que é preciso lembrar é que as regras e princípios que compõem o procedimento devem ser encarados tendo em conta as necessidades do direito material. E é a partir desta constatação que o poder judicial de adaptação do procedimento tem lugar.

A defesa do poder judicial de adaptação do procedimento não antagoniza com os princípios de segurança jurídica e devido processo legal. Não se trata de discurso de abolição à forma, importante mecanismo de controle do Estado e prevenção a arbitrariedades¹²⁵.

A questão é que o devido processo legal pede o respeito às garantias processuais dele decorrentes (acesso à justiça, juiz natural, contraditório, ampla defesa, fundamentação da decisão judicial, coisa julgada e demais preclusões etc.) porque é por elas que assegura a participação ativa das partes no curso do procedimento, e não pelo observar de forma rígida que não se adequa às necessidades do direito material. Aliás, a flexibilização do procedimento, se bem colocada, acaba por se tornar também um imperativo do devido processo. Como pondera Paulo Mendes de Oliveira:

Assim, se a possibilidade de flexibilização processual constitui uma densificação do princípio do acesso substancial à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88) [...] tal atividade de adaptação deve ser levada a efeito respeitando as demais garantias processuais que igualmente ganharam assento no rol dos direitos fundamentais. O justo equilíbrio entre tais princípios e regras, alcançando-se a máxima otimização possível de todos os valores constitucionais, deve ser buscado para a conformação do processo civil no Estado constitucional. Por isso é que a abertura do processo à flexibilização não exime o Estado do respeito aos demais parâmetros constitucionais, consistindo, na verdade, um imperativo do devido processo. Como tal, deve ser realizada em coordenação com as demais regras e princípios constitucionais, nos quais vai encontrar as balizas de aplicação¹²⁶.

A bem da verdade, de há muito abalizada doutrina tem afirmado que o princípio do devido processo legal significa direito a um procedimento adequado. Deveras, compreende-se no devido processo legal “o direito do procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório,

¹²⁵ Sobre a função da forma e sua compreensão como meio de defesa da ordem jurídica, vide Oliveira (2003).

¹²⁶ OLIVEIRA, 2018, p. 266.

como também há de ser aderente à realidade social e consentânea com a relação de direito material controvertida”.¹²⁷

A este respeito, Remo Caponi noticia que desde a reforma constitucional italiana - com a previsão no art. 111, §1º, da Constituição de reserva legal em matéria de procedimento - discute-se por lá se esta reserva legal torna a lei a única em posição de subtrair a titularidade e o exercício dos poderes das partes à sujeição ao poder discricionário do juiz, ou se a reserva legal não exclui de todo que a determinação da direção processual possa ser confiada ao poder discricionário do juiz. Por esta última concepção cabe à lei adotar um procedimento sem rigidez pré-fixada para que o juiz adote a forma de agir mais adequada na perseguição do resultado, respeitados, sempre, os limites inderrogáveis do contraditório, da igualdade e de outros que decorrem da garantia expressa naquele dispositivo constitucional. Para o mestre italiano, esta segunda via de interpretação parece mais acertada por encontrar ressonância em outros sistemas processuais e por tornar claro o erro do legislador de imaginar possível prever abstratamente em lei todas as necessidades de tutela¹²⁸.

A expressão “flexibilização do procedimento” ou “adaptação do procedimento” não sugere que o juiz crie procedimento a partir de uma percepção subjetiva da lide, tomando de surpresa as partes. O procedimento previsto em lei é o padrão e deve ser o ponto de partida como a escolha do legislador para a solução do conflito e afirmação do Direito, e sempre com respeito aos princípios que permeiam o processo. O que se afirma é apenas a necessidade de adaptá-lo às circunstâncias do caso e às necessidades das partes, exatamente porque aquele mesmo legislador não é capaz de antever todas as situações que chegarão ao plano jurisdicional. É dizer: o juiz deve se servir da lógica do procedimento legal como método para construir, a partir das suas técnicas, aquele mais adequado ao caso concreto. Vai daí uma distância muita grande para a propalada imprevisibilidade de algo criado pelo juiz ou de espaço para arbítrios.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero sustentam a imperiosidade da adequação da tutela jurisdicional aos direitos em discussão. Segundo eles, no

¹²⁷ DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. de A. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 82.

¹²⁸ CAPONI, R. Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição. Tradução de Michele Pedrosa Paumgarten. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, a. 10, v. 17, n. 2, jul./dez. 2016.

Estado Constitucional tal necessidade deve ser suprida não só pelo legislador infraconstitucional, primeiro destinatário deste direito fundamental, mas também pelo juiz:

Não é só o Código de Processo Civil que deve se consubstanciar em um sistema de adequação do processo. Este é o primeiro passo. É tarefa do legislador igualmente redigi-lo de tal sorte que o juiz possa adequá-lo dentro de determinada moldura infraconstitucional, devidamente legitimado pelo diálogo com as partes, atualizando concretamente o programa da norma¹²⁹.

Seguindo na mesma linha de raciocínio, após observarem que o projeto do Código de Processo Civil previa disposições que asseguravam o poder de flexibilização do procedimento, os mesmos doutrinadores afirmam:

A tutela jurisdicional deve ser subjetiva e objetivamente adequada. Deve promover o atendimento às necessidades concretas das pessoas que vão a juízo e do direito material por elas afirmado. A adequação teleológica do processo não passa, no fundo, de adequação objetiva, na medida em que a finalidade do processo deve ser retirada da natureza da tutela do direito que nele se busca realizar.¹³⁰

A adaptação procedimental não nega o procedimento legal, já que nenhum procedimento existe sem forma. Afirmar tal poder é sustentar que, a partir de atos processuais previstos em lei – que concretizam princípios processuais constitucionais –, o juiz realce a efetividade do procedimento.

O cumprimento da cartilha do procedimento é irrelevante para a finalidade do processo se, no seu desfecho, as provas e os argumentos das partes não forem efetivamente levados em consideração pelo juiz. De outro giro, para o juiz levar as provas e os argumentos a sério não é indispensável que se prenda ao rito legal abstratamente previsto, porque não é a sequência de atos processuais (muitas vezes divorciada das necessidades das partes) que assegura, de *per si*, a justiça e racionalidade da decisão.

O peso do devido processo legal não está na inflexível observância do procedimento genérico previsto na lei, mas sim no quanto o procedimento corresponde às necessidades do direito material e no quanto serve de via para que as partes ofereçam seus argumentos e influenciem a decisão do juiz, com

¹²⁹ MARINONI e MITIDIERO, 2010, p. 22.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 23.

participação ativa e relevante. Daí que a grande questão a respeito do juiz ter poder para conformar o procedimento não está na pontualidade do desvio da rota procedimental, mas, sim, no quanto ele garante, nessa adequação, o acesso das partes a instrumentos que lhe permitam, ao lançar suas provas e argumentos, influenciar na atividade racional de construção da decisão.

A forma pela forma é irrelevante se o juiz não observa seu dever de imparcialidade e sua obrigação de observar a racionalidade das partes e fazer válida a sua própria. O procedimento estará de acordo com o devido processo legal se, e somente se, servir de ambiente para isso; e, quanto mais o procedimento for adequado às peculiaridades do caso concreto, ao que se discute no cerne da controvérsia, mais garantirá espaço para a racionalidade dos argumentos.

A flagrante insuficiência do procedimento comum para demandas que ocupam a rotina do Poder Judiciário traz a lume a circunstância de que, por muitas vezes, as regras não são capazes de reger de maneira satisfatória a realidade. O poder de adaptação do procedimento acaba se tornando dever de adaptar as regras às necessidades da tutela, sem o que a inafastabilidade da jurisdição e o direito de ação tornam-se tábulas rasas. Como lembra Luiz Guilherme Marinoni:

Já passou a época em que o direito era visto como uma ciência lógico-formal, que trabalhava apenas com derivações dedutivas, ao gosto do positivismo clássico e do jusnaturalismo racionalista. Sabe-se que o direito, atualmente, não pode se desligar da realidade. O direito deve se projetar sobre a realidade dos casos concretos e, por essa razão, não se admite – e nem mesmo se deseja – que uma norma possa ter sempre o mesmo sentido.

As normas operam sobre a realidade conforme o valor que lhe é atribuído pelos princípios. As normas processuais relativas ao direito de ação, especialmente em razão da sua natureza instrumental, não podem se desligar dos vários casos concretos, e assim devem ser lidas à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. A norma processual civil, quando iluminada pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, obriga o juiz a lhe dar a inteligência capaz de permitir a efetiva tutela do direito material.¹³¹

Como mencionado no tópico 2.2.3 supra, a rigidez do procedimento é por alguns defendida como se corolário próprio de uma concepção democrática de processo, que refuta sua percepção instrumentalista por ser esta pretensamente oposta à visão da jurisdição como resultado da atividade discursiva dos cidadãos.

¹³¹ MARINONI, 2008a, p. 289-290.

Estes, aliás, não dependeriam da figura do juiz como tutor de seus interesses, mormente porque autoridade propensa a praticar abusos e atentar contra a liberdade individual garantida pelo devido processo legal. Critica-se, inclusive, o termo “jurisdicionado”, porque supostamente tendente a submeter o cidadão à vontade do Estado-juiz.

Com o respeito devido, esta linha de raciocínio parece partir de uma leitura equivocada a respeito do que se propõe como instrumentalidade do processo e como conteúdo do princípio do devido processo legal. A defesa do instrumentalismo processual não pressupõe desrespeito à feição democrática do processo, tampouco nega a necessária participação das partes na construção da decisão e do procedimento. Muito ao contrário, uma rápida passagem pela doutrina favorável à flexibilização do procedimento pelo juiz é bastante para perceber o respeito que se prega ao direito de participação das partes e ao devido processo legal¹³².

As críticas a respeito da suposta (e negativa) centralidade da figura do juiz na teoria do processo que defende sua instrumentalidade olvidam que não se nega, a partir dela, efetivo envolvimento dialógico dos sujeitos parciais na preparação do provimento a ser entregue. Ao revés, significa ter em mente a preponderância dos fins constitucionalmente tutelados sobre os meios legalmente instituídos.

Como pondera Bruno Silveira de Oliveira ao comentar a obra de Dinamarco, a admissão da jurisdição como ponto de partida para o estudo do processo não afirma a existência de hierarquia ou assimetria entre os agentes do processo, porque uma coisa em absolutamente nada afeta a outra. Para ele, a jurisdição ao centro da ciência jurídica não embota o chamado modelo cooperativista de processo. Colocar a jurisdição ao centro da ciência processual é apenas corolário do reconhecimento de que o processo vale tanto quanto os resultados que seja capaz de propiciar, isto é, de que o processo não é fim em si mesmo, mas ferramenta cujo

¹³² “Essas falsas premissas favorecem a aceitação da ideia de que a participação ativa do juiz na gênese e construção formal do preceito positivo e concreto que é a sentença seja criativa de direitos e obrigações ou pelo menos se inclua no iter de sua criação. Na realidade, se criação houvesse não seria por obra exclusiva do juiz, porque o processo não é feito só por ele: resulta de uma cooperação com os sujeitos interessados, os quais são admitidos a participar e influir efetivamente no teor dos resultados. O exame daquela opinião criticada inclui, portanto, atenção à participação ativa do juiz e à mecânica do contraditório efetivo. Trata-se de duas ideias particularmente postas em destaque na doutrina moderna do direito processual, de modo que constituiria um desvio a mais a asserção unilateral da criatividade pelo juiz, esquecidas as atividades das partes”. (DINAMARCO, 2009, p. 229-230).

valor tem a medida das intervenções que é efetivamente capaz de realizar na vida das pessoas e nos conflitos em que se encontram enredadas¹³³.

Releva notar, neste aspecto, o que José Carlos Barbosa Moreira escreveu ainda na década de 80:

A ampliação dos poderes do órgão judicial não tem como contrapartida necessária o amesquinçamento do papel das partes, nem a eliminação, ou sequer a redução, das garantias a que fazem jus, e tampouco a responsabilidade que sobre elas pesa [...] Nesse ponto, como nos restantes, não há porque vincular a inspiração “social” no processo à extravagante ideia – que, a bem da verdade, ninguém propugna, embora alguns pareçam enxergar nela fantasma a reclamar exorcismo – de uma “entronização” do juiz como suserano imposto à vassalagem das partes. Essa é uma caricatura que não merece defesa, nem aliás a encontra, hoje, em qualquer setor respeitável da doutrina processual [...] O lema do processo “social” não é o da *contraposição* entre juiz e partes, e menos ainda o da *opressão* destas por aquele; apenas pode ser o da *colaboração* entre um e outras.¹³⁴

A bem da verdade, é preciso reconhecer, como fez Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que a proteção da liberdade no plano processual também significa atender exigências para um procedimento adequado à realização do direito material: “A liberdade do cidadão constituiria, na realidade, apenas uma fórmula vã e sem sentido, se não assentada em instrumentos eficazes de garantia, declaração e realização da constelação de direitos que lhe dão forma e substância”¹³⁵.

Indo além, não se pode perder de vista que, ainda que se enxergue o processo por lentes exclusivamente privatísticas, ele ainda depende de intervenção estatal e de quanto o Estado concentra suas forças para viabilizar um processo efetivo. Desse modo, o processo deve ser concebido também a partir de princípios aplicáveis à atuação estatal, como a eficiência e economicidade, que, ao fim e ao cabo, também atendem aos interesses das partes antes de prejudicá-los.

Nessa ordem de ideias, Antônio do Passo Cabral refuta a existência de contraposição entre garantias e resultados, afirmando, ao revés, a possibilidade de convivência entre eles:

¹³³ OLIVEIRA, B. S. de. A instrumentalidade do processo e o formalismo-valorativo (a roupa nova do imperador na ciência processual civil brasileira). Revista de Processo, v. 293/2019. p. 19-47, jul. 2019. p. 30-31.

¹³⁴ MOREIRA, 1984, p. 53-56.

¹³⁵ OLIVEIRA, 2003, p. 65.

Talvez uma das razões para essa lacuna seja uma falsa contraposição entre as garantias fundamentais (entre elas o juiz natural) e a eficiência processual. Há, de fato, uma percepção de que, sempre que se fala em eficiência processual, os resultados ótimos almejados seriam pensados invariavelmente na óptica do Estado; seriam os resultados melhores e mais adequados para o sistema judiciário, sempre em detrimento das garantias das partes [...] Não concordamos com essa contraposição. A eficiência processual pode viabilizar mais garantias. Como veremos, o aumento da eficiência em cada processo, além de beneficiar as partes daquele litígio, reflete-se em escala em um ganho para o sistema [...] Sob o ângulo do jurisdicionado, um sistema que funcione melhor para todos impactará o resultado do seu processo individual, viabilizando participação mais efetiva e humana, produção de provas mais detida, consideração mais atenta dos argumentos das partes, decisões mais bem fundamentadas, recursos julgados com reflexão e debate nos colegiados dos tribunais, tudo em tempo apropriado. Ao fim e ao cabo, a eficiência pode permitir, em um processo, que o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a duração razoável e outras garantias processuais sejam desempenhadas e implementadas em máxima medida¹³⁶.

E é por isso que se afigura sem sentido o maniqueísmo garantismo-flexibilidade ou garantística-instrumentalidade, como se a percepção do processo a partir da tutela adequada do direito material fosse capaz de em algum momento suprimir as garantias fundamentais que dele decorrem, ou como se a efetividade do processo fosse com elas incompatível. Bem de ver, aliás, que a apropriação do termo “garantismo”, nos últimos tempos, tem sido realizada não como consequência do necessário apego às garantias do Estado Democrático de Direito, mas como forma de desacreditar os que pensam diferentemente ou de manifestar uma vã tentativa de colocar determinadas ideias em um patamar superior em relação às que lhes são divergentes.

Se o poder de adaptação do procedimento pelo juiz, bem compreendido, não traz qualquer risco ao devido processo legal, também não oferece perigos à segurança jurídica, em sua perspectiva externa ou interna.

A segurança jurídica oferecida pelo processo civil, em sua perspectiva externa, está na cognoscibilidade do que poderá ser decidido por meio dele e na garantia de realização do direito material, ou seja, segurança de que o processo funcionará de maneira eficiente. É por meio do processo que o jurisdicionado poderá ter certeza do significado que o Estado empresta às normas jurídicas que regulam a sociedade e da sua proteção e realização pelo mesmo Estado (isto é, a segurança decorre da eficiência do processo).

¹³⁶ CABRAL, 2021, p. 27.

Já na sua perspectiva interna, a segurança jurídica no processo civil pressupõe o respeito às garantias fundamentais de defesa, contraditório e eficiência (ou seja, no funcionamento do processo), nenhuma das quais desassistidas pelo procedimento flexibilizado a partir das regras processuais existentes. Aliás, por vezes a excessiva rigidez é que pode postergar ou afastar a resposta adequada ao jurisdicionado, sonogando-lhe a segurança que aquelas garantias pretendem lhe dar¹³⁷.

No mais, tomar a segurança jurídica com o simples significado de evitar surpresa às partes no cotidiano do processo é problema que já se resolve nos deveres de comunicação, cooperação e debate democrático entre os atores do processo, conforme normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 6º a 10), que não se sujeitam à flexibilização porque inerentes a todo e qualquer procedimento e, como visto acima, decorrentes do significado de devido processo legal.

Outro dos argumentos do Congresso Nacional e de setor da doutrina para a vedação do poder de adaptação do procedimento está na defesa contra arbítrios do juiz, vendo no procedimento legal obstáculo a rompantes de autoridade. Tal posição, para além de apenas reforçar um sistema concebido na falta de confiança nos juízes e na compreensão errônea de institutos do processo, ignora dois aspectos: 1) que há tempos não mais se admite um juiz inerte e desinteressado na efetividade de seu trabalho; 2) que adaptação do procedimento não significa inventá-lo ou construí-lo ignorando regras processuais.

Um juiz desinteressado não serve para a condução de um processo justo e eficiente, baseado nos princípios constitucionais processuais. O interesse aqui, como é óbvio, não diz respeito às ligações subjetivas do juiz com a lide que o impedem de nela atuar, ou o tornam suspeito para tanto. O interesse que deve nutrir o juiz é aquele atinente à sua posição de um dos destinatários das provas e dos argumentos lançados pelas partes como pré-condição à descoberta da verdade¹³⁸ e à prolação de decisão justa e racional. Em tal posição, o juiz não deve se limitar a assistir passivamente o desenrolar do processo e admitir que a sua atenção e a dos atores processuais sejam voltadas para a prática de atos processuais ineficientes e

¹³⁷ Vide, a respeito, Oliveira (2018), principalmente na sua Parte II.

¹³⁸ TARUFFO, M. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de: RAMOS, V. de P. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

a construção de argumentos irrelevantes. Seu comportamento deve ser focado no que realmente importa para a solução do litígio, e deve instar as partes a fazer o mesmo¹³⁹.

Não se pode ignorar também que, por vezes, a distância do procedimento previsto em lei das reais necessidades do caso concreto é utilizada como trunfo pela parte desinteressada no desfecho da lide de forma célere e consonante à verdade. A observância irrestrita do procedimento acaba servindo não como fator de segurança e previsibilidade, mas como cortina de fumaça à parte que, apostando em sua ineficiência, adia a concretização do direito da parte contrária.

O medo do arbítrio do juiz que afastou a previsão legal de seu poder de adaptar o procedimento também desconhece que este não significa inventá-lo ou construí-lo para além das regras processuais, ao bel prazer do juiz da vez; antes, como já dito e se verá com mais profundidade adiante, o poder de adaptação inicia das estruturas processuais já previstas em lei, a partir de métodos bem identificados, aplicando o abstrato a partir do concreto.

As normas processuais inegociáveis do contraditório, cooperação e participação já servem para o controle do arbítrio, pois permitem o acompanhamento das partes na construção do procedimento, havendo remédios processuais para correções de eventual mal feito. Além disso, creditando ao sistema judiciário confiança necessária ao bom funcionamento da ordem jurídica, o próprio sistema¹⁴⁰ cuidará de fixar limites à adaptação do procedimento.

Interessante registrar, quanto a este aspecto, que mesmo aqueles que enxergam o Direito com os olhos do realismo americano - ou seja, admitindo que a indeterminação do raciocínio jurídico e a inescapável influência de fatores

¹³⁹ O processualista argentino Jorge Walter Peyrano sustenta que na Argentina, assim como em outros países (citando em nota de rodapé a Inglaterra como exemplo), foi superado o paradigma do juiz inerte, sem poderes e desinteressado, e em seu lugar erigiu-se o paradigma do juiz ativo (ativismo judicial), tanto na condução do processo quanto na investigação dos fatos, o qual teria poderes de adaptação do procedimento. Sustenta que a corrente de pensamento apegada ao “garantismo” processual civil nada mais faz do que repetir o mantra do respeito ao devido processo legal (art. 18 da Constituição Argentina) sem dar respostas a respeito do conteúdo deste princípio e ignorando que a corrente que defende o ativismo judicial não menospreza tal princípio, antes o afirma. In: PEYRANO, J. W. El cambio de paradigma fundamental em materia procesal civil. **Revista de Processo**, v. 184, p. 154-162, jun. 2010.

¹⁴⁰ Mauro Cappelletti, ao discorrer sobre a atividade criativa do direito dos juízes a partir da interpretação da norma, aponta a fronteira do bom senso e os valores sociais como barreiras a um criacionismo arbitrário e distante dos parâmetros legais. Ver CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Tradução de: OLIVEIRA, C. A. A. de. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993. p. 25-26.

extrajurídicos na interpretação dos fatos e da lei tornam, de certa forma, o Direito aquilo que os juízes dizem que ele é -¹⁴¹, ao menos os adeptos da corrente ponderada, entendem que o juiz, em sua atuação, não se desprende das convenções da praxe e daquilo que é aceitável pela comunidade jurídica. Segundo Brian Tamanaha:

Não há dúvida de que os juízes abordam a lei a partir de seus pontos de vista pessoais. Mais imediatamente, no entanto, eles veem a lei através da lente da tradição jurídica na qual foram doutrinados e com base nas convenções da prática jurídica e de julgamento em que participem. A totalidade da tradição jurídica tem o efeito de estabilizar o significado jurídico e fornecer restrições sobre a influência das visões subjetivas. A lei é uma atividade produzida e compartilhada socialmente, em que os particulares não são livres para utilizá-la da maneira que desejarem. Interpretações inaceitáveis que não sejam condizentes com o entendimento compartilhado das normas jurídicas simplesmente “não serão registradas”. Os juízes que estendem as normas jurídicas, a ponto de deixá-las irreconhecíveis, correm o risco de serem desaprovados pelos colegas em um painel ou de serem repreendidos de maneira embaraçosa em uma apelação. Estes mecanismos sociais e institucionais perpetuam e garantem a conformidade na interpretação das normas jurídicas¹⁴². (tradução nossa)

Ainda nesse sentido, Tamanaha lembra da posição de Karl Llewellyn e Felix Cohen, segundo a qual há uma simbiose entre a interpretação jurídica e a argumentação jurídica, que juntas tornam a atividade jurisdicional um exercício relativamente estável e previsível, não sendo inteiramente determinada pelo ponto de vista pessoal dos juízes. Também para eles, as práticas e os entendimentos

¹⁴¹ Vide, a propósito do tema, LEITER, B. Realismo jurídico estadounidense. In: ZAMORA, J. L. F.; VAQUERO, A. N. (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. p. 241-276; e BOTERO-BERNAL, A. El positivismo jurídico en la historia: Las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. In: ZAMORA, J. L. F.; VAQUERO, A. N. (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. p. 63-170.

¹⁴² “Judges indeed approach the law from the standpoint of their personal views. More immediately, however, they see the law from within the lens of the legal tradition into which they have been indoctrinated, and from within the conventions of legal practice and judging in which they participate. The totality of the legal tradition – the legal language, the corpus of legal rules, concepts, principles, and ideas, legal process and practices, hierarchical legal institutions, the craft of lawyering – has the effect of stabilizing legal meaning and providing restraints on the influence of the subjective views. Law is a socially produced and shared activity that participants are not free to do in any way they desire. Unacceptable moves and interpretations that do not comport with shared understandings of legal rules within the legal tradition simply ‘will not write’. Judges who stretch legal rules beyond recognition risk disapproval from colleagues on a shared panel or an embarrassing rebuke upon appellate review. These are social and institutional mechanisms of perpetuating and enforcing conformity in the interpretation of legal rules”. (TAMANHA, 2007, p. 41-42).

compartilhados da argumentação jurídica conferem as necessárias restrições aos juízes¹⁴³.

O juiz, como agente político, tem legitimidade democrática para criar o direito a partir de sua atividade interpretativa, considerados os limites da legislação e da hermenêutica. Essa legitimidade repousa não só na sua condição de autoridade investida nos termos da lei, mas sobretudo no dever de motivação de suas decisões (alçada à garantia constitucional, conforme artigo 93, IX, da Constituição Federal), o que torna claras as razões de fato e de direito da escolha feita, que, há de se convir, nem sempre se vê nos atos típicos dos outros Poderes.

O processo judicial tem intensa participação das partes interessadas na decisão (aliás, é necessariamente por uma delas iniciada), de tal forma que as escolhas do juiz, além de publicamente motivadas, são sujeitas a controle muito mais rigoroso e eficiente que os controles disponíveis em relação ao Legislativo e ao Executivo.

É preciso lembrar, também, que o juiz é sujeito imparcial e equidistante das partes, e que o seu agir, por conta da sua posição, é desinteressado em relação ao conteúdo da decisão de mérito e às consequências materiais da coisa julgada. Não há, pois, cenário em abstrato para que o poder de adaptação do procedimento atenda a interesses outros que não o da pacificação social e o atendimento aos princípios norteadores do processo.

Deste modo, uma visão nítida do sistema processual e dos contornos do *due process of law* e seus corolários não só permite, mas impõe ao juiz conformar o procedimento às necessidades do direito material discutido em seu bojo, sob pena de fomentar processo ineficiente, custoso e dissociado da busca pela participação racional das partes.

¹⁴³ TAMANAHA, 2007, p. 38-39.

3 O PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO E O APRIMORAMENTO DO SISTEMA DE JUSTIÇA

As discussões atinentes à flexibilização judicial do procedimento, via de regra, concentram-se na sua existência e hipóteses de cabimento nas estruturas do processo individualmente considerado. Pensa-se no poder judicial de adaptação do procedimento tendo por norte as possibilidades que defluem dos institutos e princípios processuais tradicionais, o que induz a encará-lo apenas pela perspectiva endoprocessual (ou seja, dentro dos limites de um processo), deixando de lado importantes aportes que poderiam advir de um ponto de vista externo a tais estruturas.

Com esse foco, o presente capítulo tem por finalidade explorar os fundamentos e a potencialidade do poder judicial de adaptação do procedimento para o aprimoramento do sistema de justiça civil. Para tanto, será realizada análise de sistemas processuais estrangeiros, assim como de propostas de instituições internacionais que apostaram no reconhecimento daquele poder como caminho para melhorias na justiça civil. Além disso, será avaliada a importância da gestão do procedimento pelo juiz, a partir da flexibilização judicial, para a viabilidade de um tratamento proporcional dos recursos do Poder Judiciário aplicados na administração do sistema de justiça civil.

3.1 O MOVIMENTO INTERNACIONAL EM DIREÇÃO AO PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO

O estudo de Direito comparado é método tradicional e muito usado no ambiente do processo civil. Por meio dos diferentes modos de comparação (histórico, estrutural e analítico), a análise de leis e sistemas processuais de outros países é fonte valiosa para compreender e aprimorar o Direito Processual Civil.

Quem se põe a pesquisar sobre flexibilização do procedimento logo encontra abordagens de Direito comparado, notadamente, de estudos sobre o sistema processual de Inglaterra, Estados Unidos e Portugal. Parece ser esse o motivo, aliás, das referências a Inglaterra e Portugal encontradas na exposição de motivos do Código de Processo Civil e nos debates parlamentares sobre a matéria, tal como

abordado no Capítulo anterior. E é esse o motivo, também, do foco deste trabalho nos sistemas dos países citados.

3.1.1 Os *case management powers* do juiz inglês. Qual lição a virada do pensamento inglês sobre processo pode ensinar?

A Comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil confessadamente indicou os *case management powers* do sistema processual inglês como fonte de inspiração para conceber o poder judicial de adaptação atípica do procedimento. A emenda do Senador Valter Pereira, que sintetizou a contrariedade a tal poder, ressaltou que o sistema inglês ao menos previra hipóteses de cabimento da flexibilização¹⁴⁴, ao contrário do que concebido no anteprojeto, que previa cláusula aberta para adaptação pelo juiz (no que se aproximou, em verdade, do modelo português).

Contudo, a rigor, a forma como concebidos os *case management powers* nas regras 1.4 e 3.1, além de em outras esparsas das *Civil Procedure Rules*¹⁴⁵

¹⁴⁴ Sua Excelência, porém, se equivocou também neste aspecto, já que os poderes de gestão dos juízes ingleses não são taxativos, o que se extrai não só da redação aberta das *Civil Procedure Rules* (regra 3.1.2, “m”), mas também de seu reconhecimento pela própria *Court of Appeal* no julgamento do caso *Godwin v. Swindon*, em 2001, quando se assentou que o juiz “*has a wide discretion to manage cases to achieve substantial justice in accordance with the overriding objective*”. No mesmo sentido, na doutrina, vide Andrews (2012a, p. 140).

¹⁴⁵ Regra 1.4. (1) *The court must further the overriding objective by actively managing cases.* (2) *Active case management includes – (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (b) identifying the issues at an early stage; (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others; (d) deciding the order in which issues are to be resolved; (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution(GL)procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; (f) helping the parties to settle the whole or part of the case; (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case; (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it; (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion; (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court; (k) making use of technology; and (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.* Regra 3.1. (1) *The list of powers in this rule is in addition to any powers given to the court by any other rule or practice direction or by any other enactment or any powers it may otherwise have.* (2) *Except where these Rules provide otherwise, the court may – (a) extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (even if an application for extension is made after the time for compliance has expired); (b) adjourn or bring forward a hearing; (bb) require that any proceedings in the High Court be heard by a Divisional Court of the High Court; (c) require a party or a party’s legal representative to attend the court; (d) hold a hearing and receive evidence by telephone or by using any other method of direct oral communication; (e) direct that part of any proceedings (such as a counterclaim) be dealt with as separate proceedings; (f) stay(GL) the whole or part of any proceedings or judgment either generally or until a specified date or event; (g) consolidate proceedings; (h) try two or more claims on the same occasion; (i) direct a separate trial of any issue; (j) decide the order in which issues*

inglesas, não é decisiva para se pensar o poder judicial de adaptação do procedimento no Brasil, e por isso o olhar para eles deve ir além da mera comparação entre róis taxativos ou abertos e das hipóteses de intervenção do juiz no curso do procedimento. Evidentemente, é possível que uma ou outra hipótese de gestão do procedimento prevista nas *Civil Procedure Rules* seja importada e adaptada para o sistema processual brasileiro, mas a questão não é essa.

A técnica de *legal transplant* – ou de importação de regras e conceitos legais – pressupõe alguns cuidados e não pode ignorar, para ser bem sucedida, os contextos social, jurídico e técnico, além de outras circunstâncias que defluem da tradição jurídica do país tomado como referência¹⁴⁶. Olhar para a Inglaterra e imaginar que é possível que seu estilo de *case management power* seja aqui simplesmente replicado é desconsiderar o oceano, não só de água, que nos separa do ponto de vista da rotina judicial, dos desenhos procedimentais e até mesmo da forma de pensar o processo¹⁴⁷. A própria abrangência da expressão *case management power*, quando importada de forma direta da Inglaterra para o Brasil para tratar de poderes de gestão do juiz brasileiro, não escapa de variações.¹⁴⁸

are to be tried; (k) exclude an issue from consideration; (l) dismiss or give judgment on a claim after a decision on a preliminary issue; (ll) order any party to file and exchange a costs budget; (m) take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective, including hearing an Early Neutral Evaluation with the aim of helping the parties settle the case.

¹⁴⁶ VALDERRAMA, I. J. M. Legal transplants and comparative law. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, v. 1, n. 2, 2003. Disponível em: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14153>. Acesso em 6 jul. 2021.

¹⁴⁷ “A feição pragmática inglesa contrasta com a nossa, marcada pelo modo de pensar europeu continental, relatado por Andrews como orientada por um certo ‘italianismo’. Exemplo disso é a pouca relevância no sistema inglês de qualquer estrutura abstrata orientadora, por exemplo, de uma teoria das nulidades ou das condições da ação. A perspectiva brasileira, ao contrário, tem nesse arcabouço teórico seu ponto de partida estratégico e acadêmico. A prática exige seu domínio e o aprofundamento acadêmico passa por esses assuntos clássicos [...] Dando seguimento ao contraste entre essas tradições, Andrews destaca que o processo civil ocupa um papel secundário no sistema inglês, até mesmo na universidade, embora essa disparidade venha sendo amenizada. De qualquer maneira, a formação processual do advogado acaba acontecendo em seus primeiros anos de prática. Outro aspecto curioso está na cautela que os ingleses demonstram em apresentar definições doutrinárias. Enquanto aqui tudo parece decorrer de um impulso rumo a definições e ‘naturezas jurídicas’, o estudioso inglês é muito menos propenso a propor definições. Isso repercute também na forma de pensar e estudar direito dos americanos”. COSTA, H. A. **Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers**. 2012. 383 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil, 2012.

¹⁴⁸ Como aponta Trícia Navarro: “Erico Andrade defende que o case management pode ser concretizado por três formas: a) flexibilização processual, com mudança na estruturação dos procedimentos judiciais; b) criação do calendário do processo; e c) ‘contratualização’ do processo. Já Cláudia Schwertz assevera que as principais ferramentas da gestão processual seriam: a) racionalização dos serviços por meio de técnicas que promovam a eficiência e a efetividade da

Por outro lado, é exatamente a significativa diferença de tradição que chama a atenção ao se confrontar o tema. Como se antecipou no tópico 2.2.1 do Capítulo anterior, o reconhecimento do poder de gestão processual aos juízes foi um passo muito largo para a Inglaterra, em comparação com o que seria (ou foi) para o Brasil, em vista de sua tradição jurídica e da sua concepção de Estado de Direito.

Afinal de contas, por que um país de tradição processual adversarial tão marcada se rendeu ao poder judicial de adaptação do procedimento? Qual a ideia ou constatação que subjaz ao instituto dos *case management powers*?

A construção do processo civil inglês sobre as bases do modelo adversarial remonta ao século XIII e, segundo Sir Jack I. H. Jacob, tal se deu não de escolhas doutrinárias ou de imposição legal, mas sim do modo de vida e de aspectos sociais e culturais do povo inglês¹⁴⁹, que refutam a intervenção do Estado na vida privada.

A noção de que o processo deve ser conduzido apenas pelas intervenções e proposições das partes, diante de um juiz como árbitro passivo que apenas zela pelo cumprimento das regras do jogo, reflete a tradicional percepção inglesa sobre o lugar e o papel secundário do Estado diante de conflitos privados. Deveras, as origens do Estado de Direito inglês (*Rule of Law*) partiram de premissas e fatores culturais próprios, distintos dos outros modelos¹⁵⁰, decorrentes da ideia de que o

marcha processual; b) flexibilização do procedimento; c) uso de meios adequados de solução de conflitos em conjunto com a solução judicial ou com a exclusão desta. Todas as classificações mencionadas são válidas, mas para este estudo, considera-se que o *case management* no sistema brasileiro teria como principais aspectos: a) gestão administrativa; b) gestão do conflito; e c) gestão do procedimento". In: CABRAL, T. N. X. *Case management no Brasil*. **Revista ANNEP de Direito Processual**, v. 1, n. 2, art. 24, p. 13-27, 2020. p. 16.

¹⁴⁹ "The fundamental, characteristic feature of English civil justice is commonly referred to as "the adversary system." This system has been the traditional, cardinal basis for the conduct of civil procedure in England since about the middle of the thirteenth century [...] It was not the creation of statute nor was it implanted as the result of a doctrinal choice of other methods of procedure but rather it grew and developed out of the soil, responding in a practical way to the social, political and cultural needs of the people". JACOB, J. I. H. **The fabric of the english civil justice**. Londres: Stevens & Sons, 1987. p. 5.

¹⁵⁰ Pietro Costa aponta que o rótulo de "Estado de Direito", apesar de servir para retratar a relação poder-direito-indivíduo nos mais diversos países, não pode deixar de considerar os fatores políticos e sociais inerentes a cada um deles e que os distingue, em essência, dos demais. Segundo o professor italiano, "É no pano de fundo dessa compósita estrutura político-jurídica que, na Grã-Bretanha, ganha forma uma expressão – *rule of law* – não menos fortunada do que a expressão alemã 'Rechtsstaat'. Na medida em que o termo *rule of law* compendia em si mesmo um modo peculiar de posicionar e resolver o problema do nexo poder-direito-indivíduos, ele pode dizer-se semanticamente análogo à expressão 'Estado de Direito' ('Rechtsstaat', 'État de droit', 'Stato di diritto') e ser apresentado como a tradução deste último (ou vice-versa). É preciso, porém, levar a sério o processo da 'tradução', sem reduzi-lo ingenuamente a um mecânico decalque de uma palavra sobre a outra [...] Que *rule of law* seja equivalente a (traduzível por) 'Estado de Direito' não significa, portanto, que uma noção é o decalque exato e mecânico da outra; significa apenas que a relevante diferença dos aspectos 'culture-bound' não impede a identificação (obviamente 'decidida', não 'objetivamente' irrefutável) de uma 'culture-invariant function' comum".

direito do cidadão não depende de uma lei ou declaração superior¹⁵¹, tampouco de intervenção de uma figura estatal; aliás, mesmo os seus poderes e privilégios são tidos apenas como mecanismos auxiliares e subordinados aos interesses do cidadão inglês, destinados a proteger seus três "direitos primários": segurança pessoal, liberdade pessoal e propriedade privada¹⁵². Não se trata propriamente de pensar em contenções do poder do Estado, mas de lembrar que o *law of the land* lhe precede. E, embora no *Rule of Law* inglês tenha se estabelecido a proeminência do Parlamento, mesmo ele, em tese, deve se render à fonte do Direito por essência: o *common law*.¹⁵³

O fixar de olhos no significado de *Rule of Law*, se de alguma forma serve para encontrar uma justificativa para a consagração do modelo adversarial de processo, é fundamental também para a compreensão da cultura jurídica inglesa.

Como se sabe, o *common law* foi construído em bases jurisprudenciais, uma vez que os direitos do cidadão inglês não foram determinados em um momento definitivo, de forma abstrata; antes, foram resultados de uma construção de baixo

In: COSTA, P.; ZOLO, D. (Orgs.) **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. Tradução de: DASTOLI, C. A. D. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 140-141

¹⁵¹ "The first approach, typified by the English, is one in which there is no 'rigid' constitution; the constitution (whether written or not) is 'flexible' and not binding upon ordinary legislation. 'Fundamental' rights may still emerge, as indeed they have emerged in England. This, however, is more a matter of tradition, education, and general behavior, than of positive 'superior law'". CAPPELLETTI, M. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends. **Stanford Law Review**, n. 651, v. 25, p. 651-715, 1972/1973. p. 654-655.

¹⁵² "La idea de que era en principio la ley ordinaria del país la que protege las libertades de la gente contra reglas o actos arbitrarios se mantuvo cuando la idea antigua de ley fundamental en los últimos siglos fue gradualmente reemplazada por la noción más moderna de constitución. Para Blackstone los derechos y libertades de los ingleses estaban en la base de la Constitución inglesa o en la forma de gobierno. En su análisis los poderes y privilegios del Parlamento, la limitación de las prerrogativas reales y el acceso a las Cortes, entre otras cosas, fueron meramente 'derechos auxiliares subordinados' del sujeto, diseñados para proteger y mantener inviolados los tres 'derechos primarios' de todo inglés, a saber, la seguridad personal, la libertad personal y la propiedad privada. Esta perspectiva fue compartida más de un siglo después por Dicey en su exposición magistral sobre el rule of law en Inglaterra [...] entre nosotros la ley de la Constitución [...] no es la fuente sino la consecuencia de los derechos de los individuos según como ellos son definidos y aplicados por las Cortes [...] los principios de derechos privado han estado entre nosotros tan extendidos como consecuencia de la acción de las Cortes y del Parlamento que determinan la posición de la Corona y de sus súbditos; de tal modo que la Constitución es el resultado de la ley ordinaria del país". In: RAINER, G. Rule of law, Rechtsstaat y État de Droit. **Pensamiento Constitucional**, v. 8, p. 127-176, 2002. p. 133.

¹⁵³ "Não é, portanto, na forma da constituição que existem barreiras à absoluta soberania do Parlamento: a relação entre poder e direito está, até esse momento, totalmente desequilibrada, pendendo a favor do primeiro termo. O campo de tensão entre poder e direito se cria, para Dicey, quando sobre um dos pratos da balança se põe a soberania parlamentar e sobre o outro o 'law of the land'; e é precisamente na composição desses dois princípios que 'permeiam a totalidade da constituição inglesa' que Dicey põe a solução do nexo poder-direito e o sentido autêntico do *rule of law*". (COSTA e ZOLO, 2006, p. 144-145).

para cima, a partir de casos concretos submetidos aos juízes. Ainda que a atuação do Parlamento seja a proeminente no *Rule of Law*, quando ela é manifestada em alguma lei e colocada para funcionar, fica condicionada pela interpretação e aplicação do juiz¹⁵⁴, já que, antes da confiança em declarações legais abstratas, o *Rule of Law* forjou-se no prestígio de manifestações concretas de proteção dos direitos imanentes naquelas declarações legais. Como assinala Pietro Costa, em referência à obra de Dicey: “para a cultura jurídica inglesa, uma abstrata enunciação de direitos que não se preocupe com o seu ‘remédio’ processual não é concebível, enquanto é certo que as liberdades nascem da multiplicação das intervenções jurisprudenciais que garantem *in action* sua tutela”¹⁵⁵.

Concebeu-se na Inglaterra, portanto, a atividade judicial como importante fonte do Direito, com o juiz exercendo o *law making authority*. Ainda que a Inglaterra tenha atividade legislativa relevante, é assente que a função criativa do juiz assumiu primazia na concepção das fontes do Direito. A este respeito, Merryman e Perz-Perdomo apontam que:

Nós do mundo da *common law* sabemos o que são os juízes. Eles são heróis nacionais, até mesmo figuras paternais. Muitos dos grandes nomes do common law são juízes: Coke, Mansfield, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo. Nós sabemos que nossa tradição legal foi originalmente criada e foi germinada e desenvolvida nas mãos dos juízes, os quais decidiram caso a caso e construíram um corpo legal que obrigava os juízes que lhes sucediam [...] para nós o *common law* significa a lei criada e moldada pelos juízes, e nós ainda pensamos na legislação com um tipo de função suplementar [...] sabemos que nossos juízes exercitam amplos poderes de interpretação, mesmo quando o estatuto ou ato aplicável é válido do ponto de vista legal. Nós não gostamos de usar expressões dramáticas como “supremacia do Judiciário”, mas quando levados a isso nós admitimos que tal é uma descrição justa do sistema do *common law*, particularmente nos Estados Unidos¹⁵⁶. (tradução nossa)

¹⁵⁴ Relevante ressaltar que a atividade do juiz também era ponto de referência para as decisões do Parlamento. Como escreve Luiz Guilherme Marinoni: “Aliás, na tradição do *common law* inglês, o Parlamento considerava as decisões proferidas pelas Cortes nos casos concretos para, a partir delas, precisar e delinear a lei decorrente da vontade comum. Interessante perceber que exatamente aí surge uma primitiva noção de *due process of law*, visto como o caminho a ser seguido para a elaboração da lei ancorada nos costumes”. In: MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33.

¹⁵⁵ COSTA e ZOLO, 2006, p. 146.

¹⁵⁶ “We in the common law world know what judges are. They are culture heroes, even parental figures. Many of the great names of the common law are those judges: Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo. We know that our legal tradition was originally created and has grown and developed in the hands of judges, reasoning closely from case to case and building a body of law that binds subsequent judges (...) to us the common law means the law created and molded by the judges, and we still think (often quite inaccurately) of legislation as serving as kind of supplementary function. (...) We know that our judges exercise very broad interpretation powers,

Em um contexto em que a atividade judicial é encarada como fonte do Direito, a partir da qual o direito comum (*common law*) ganhou seus contornos, era natural que as regras de processo derivassem também da atividade do juiz, as quais, como visto, chegaram a ser fundamentais para a compreensão do próprio direito material. Aliás, segundo René David, o Direito inglês foi concebido, antes de tudo, como um Direito sobre procedimento:

O direito inglês, que foi elaborado pelas Cortes Reais, apresenta-se aos ingleses como o conjunto das regras processuais e materiais que essas Cortes consolidaram e aplicaram tendo em vista a solução dos litígios. A regra de direito inglesa (*legal rule*), condicionada historicamente, de modo estrito, pelo processo, não possui o caráter de generalidade que tem na França uma regra de direito formulada pela doutrina e pelo legislador. As categorias e conceitos, no direito inglês, derivam de regras processuais formalistas que as Cortes Reais foram obrigadas a observar até uma época recente [...] O direito inglês não continha verdadeiramente regras materiais, mas apenas uma série de técnicas processuais graças às quais resolviam-se os litígios¹⁵⁷.

No mesmo sentido, lembra Álvaro Perez Ragone que na Inglaterra o direito material foi concebido a partir da possibilidade de sua proteção efetiva por meio de determinados procedimentos¹⁵⁸. E nem mesmo a abolição no século XIX de diversos ritos processuais, com sua simplificação e modernização, foi capaz de afastar o *common law* dos conceitos que herdou das normas processuais antigas. O direito inglês continuou a ser o direito jurisprudencial de suas origens.¹⁵⁹

As regras de processo civil na Inglaterra também partem da legislação promulgada pelo Parlamento, mas há importante intervenção das Cortes na definição dos procedimentos. Sir Jack I. H. Jacob, ao tratar do processo civil inglês pré-reforma de 1998 no seu “*The fabric of the english civil justice*”, aponta como fontes do direito processual, para além da lei, as regras estabelecidas pelas Cortes (“*Rules of Court*”), as “*practice directions*” e as “*prescribed and practice forms*”¹⁶⁰, as

even where the applicable statute or administrative action is found to be legally valid. We do not like to use such dramatic phrases as ‘judicial supremacy’, but when pushed to it we admit that is a fair description of the common law system, particularly in the United States”. In: MERRYMAN, J. H.; PÉREZ-PERDOMO, R. **The civil law tradition**: an introduction to the legal system of Europe and Latin America. California: Stanford University Press, 2007. p. 34.

¹⁵⁷ DAVID, R. **O direito inglês**. Tradução: BRANDÃO, E. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3 e 7.

¹⁵⁸ RAGONE, 2017, p. 26.

¹⁵⁹ DAVID, 1997, p. 10 e 35.

¹⁶⁰ Segundo Sir Jack I. H. Jacob, as “*practice directions*”, embora não tenham força de lei, são aplicadas por todos os atores envolvidos no sistema de justiça, constituindo-se, em resumo, em manuais concebidos por juízes da *High Court* e da *Court of Appeal* indicando o modo como o procedimento processual se desenvolve no âmbito das respectivas casas. De seu turno, as

quais, segundo ele, decorrem do poder inerente às Cortes de controlar e regular seus próprios processos.

Esse poder inerente às Cortes de controlar os processos sob sua jurisdição - que será reafirmado no movimento de reforma do processo civil para justificar a implantação do *case management* - é tido por Sir Jack I. H. Jacob como fonte do Direito:

A mais extraordinária fonte do Direito no sistema legal inglês é comumente chamada de “poder jurisdicional inerente da corte”. Não há conceito equivalente em qualquer país da Europa continental. A principal característica deste poder é que ele é parte da lei processual, principalmente da civil, mas também da criminal, e não parte da lei substantiva. É normalmente exercível pelas Cortes Superiores e por um número limitado de Cortes inferiores. Ele não se confunde com o poder jurisdicional da Corte ou com o exercício de discricionariedade dos juízes. Ele não é derivado de qualquer lei, mas da natureza da Corte como uma Corte de Justiça, e é por isso que é tido por “inerente”. [...] A jurisdição inerente da corte é então um preceito importante da lei processual inglesa.¹⁶¹ (tradução nossa)

Ressalte-se que essa concepção dos poderes inerentes da Corte é reforçada pela circunstância de o Parlamento inglês delegar às Cortes superiores poderes para a edição de regras processuais. O que começou em 1833 como delegação de poderes legislativos apenas ao *Superior Common Law Courts* para o trato de questões pontuais passou rapidamente como poder reconhecido a todos os demais órgãos do Judiciário, para o trato das mais diversas questões de processo civil.¹⁶²

“*prescribed and practice forms*” descrevem a forma específica para veicular determinado tipo de documento ou requerimento no processo. “*Prescribed forms*” são as orientações emanadas das regras da Corte (“*Rules of Court*”) e, por isso, possuem força de lei, enquanto as “*practice forms*” são aquelas voltadas a materializar os caminhos indicados nas “*practice directions*” e, a despeito de não terem força de lei (assim como as “*practice directions*”), são usadas pelos atores do sistema de justiça.

¹⁶¹ “*The most extraordinary source of law in the English legal system is commonly called “the inherent jurisdiction of the court.” There is no equivalent to this peculiar English concept of judicial power in any European country. The overriding feature of the inherent jurisdiction of the court is that it is part of procedural law, mainly civil but also criminal, and not part of substantive law. It is normally exercisable by the Superior Courts of Law and to a limited extent by inferior courts but not by tribunals. It is not to be confused with the statutory jurisdiction of the court nor with the exercise of discretionary judicial powers. It is not derived from any statute or rule of law, but from the very nature of the court as a court of law, which is why it is called “inherent.” (...) The inherent jurisdiction of the court is thus a virile and viable doctrine of English procedural law.*” (JACOB, 1987, p. 60-62, tradução livre).

¹⁶² “*A distinctive feature of English civil justice are the powers conferred by Act of Parliament on appropriate rulemaking authorities to make “Rules of Court” for the purposes of regulating and prescribing the practice and procedure to be followed in the respective courts for which each of them is constituted. These rule-making powers were first conferred in 1833 on the Judges of the*

Essa singela revisão histórica do direito inglês revela, portanto, suas profundas raízes em um sistema que rechaça a intervenção do juiz no curso do procedimento e que concebe o direito material a partir da *actio*, isto é, a partir de fórmulas processuais que o asseguram.

É possível pensar, por essa lógica, que o poder do juiz e das Cortes na formulação de regras de processo até então decorria não do seu papel de protagonistas do processo, mas da construção histórica da *common law* e da forma como os direitos sempre foram pensados a partir da ação que os assegura. Afinal, o juiz e as Cortes são as figuras que representam o Estado e, como tal, eles não estavam autorizados a interferirem nos interesses privados das partes. A criação das regras do jogo até podia partir das Cortes, mas o processo, por ele mesmo, ainda era assunto que dizia respeito apenas às partes.

Entretanto, o distanciamento do juiz na condução dos rumos do procedimento cobrou seu preço na Inglaterra. Percebeu-se que a lógica de funcionamento do sistema de justiça inglês trazia consigo problemas relacionados à utilização inadequada dos recursos do sistema, à complexidade no tratamento dos processos e ao tempo e custos excessivos da solução de questões processuais. O panorama da jurisdição civil não era o dos melhores na visão do público, do Estado e dos juristas¹⁶³.

Foi com o intuito de superar os problemas detectados no funcionamento do Judiciário Inglês que, na década de 1990, o *Lord Chancellor* – membro do alto escalão do Governo inglês – confiou a *Lord Woolf*, que então exercia o cargo de *Masters of Rolls* (segundo na hierarquia do Judiciário), a missão de apresentar soluções aos entraves apontados.

Superior Common Law Courts in relation to pleadings only, but of course, since then, the powers have been considerably extended to the whole of practice and procedure and other specified proceedings and branches of the law and to all courts and tribunals (...) The Rules of Court so made relating to all courts and tribunals thus comprise an authoritative, extensive and wideranging corpus or body of civil procedural law, which to some extent may be regarded as the English equivalent of much of what is contained in the European Codes of Civil Procedure". (JACOB, 1987, p. 53).

¹⁶³ "O panorama da jurisdição civil não era dos melhores, na visão do público e de especialistas. Robert Turner, juiz da Suprema Corte, identificou uma desilusão entre os jurisdicionados, decorrente da alta complexidade e dos excessivos custos da justiça civil inglesa, que refletiam no direito ao acesso à justiça. Adrian Zuckerman, professor da Universidade de Oxford, também enxergava problemas relacionados à utilização indevida e desproporcional dos recursos dos tribunais, à falta de cumprimento de ordens judiciais e ausência de instrumentos capazes de coibi-la, à alta complexidade envolvida no tratamento do caso, à duração demasiada da solução de litígios satélites sobre questões processuais e ao crescimento dos custos na utilização da jurisdição". In: ALMEIDA, D. A. R. de. O case management inglês: um sistema maduro? **Revista Eletrônica de Processo Civil da UERJ**, Rio de Janeiro, v. VII, p. 326-330, jan. 2011. p. 289.

No curso de seu trabalho, *Lord Woolf* produziu dois conhecidos relatórios, nos quais apontou seus achados a respeito das deficiências do sistema judicial inglês e das possíveis soluções para enfrentar os problemas do processo civil, identificados como sendo o alto custo, o tempo excessivo de tramitação das demandas, a complexidade das regras, a insegurança jurídica e a falta de tratamento igualitário a todos os litigantes¹⁶⁴.

Como solução para os problemas detectados no sistema de justiça inglês, *Lord Woolf* propôs, em 1998, a substituição das regras de processo esparsas então vigentes (as *Rules of the Supreme Court* e as *County Court Rules*) por uma espécie de Código de Processo Civil – as *Civil Procedure Rules* (CPR's). A nova lei, logo de início, estabelece o objetivo perseguido a partir de sua edição (o *overriding objective*, de que se tratará mais adiante) e inaugura uma nova concepção de processo, segundo a qual o juiz assume a posição de gestor dos casos individualmente considerados, compartilhando com as partes as rédeas do procedimento de modo a torná-lo célere, efetivo e menos custoso.

Reconheceu-se na Inglaterra a importância de uma radical mudança de atitude na condução dos processos como meio possível a solucionar defeitos graves observados no sistema então vigente, e isso independentemente se ultrapassada ou temperada a tradição adversarial. A este respeito, *Lord Woolf* apontou o sistema adversarial como um dos fatores a serem revistos (embora não de todo superado) para a implantação de um sistema de justiça mais célere e eficiente. Como escrevem Paula Loghlin e Stephen Gerlis:

Lord Woolf concluiu que a cultura adversarial irrestrita que formou o sistema de justiça civil era a maior culpada pelo fato de que este sistema não se conformou com os princípios básicos que ele entendia serem necessários para garantir o acesso à justiça. Sob o funcionamento das velhas regras de processo civil, o sistema adversarial deixou às partes a responsabilidade pela condução dos procedimentos do caso. O juiz agia apenas no papel de

¹⁶⁴ “*The defects I identified in our present system were that it is too expensive in that the costs often exceed the value of the claim; too slow in bringing cases to a conclusion and too unequal: there is a lack of equality between the powerful, wealthy litigant and the under resourced litigant. It is too uncertain: the difficulty of forecasting what litigation will cost and how long it will last induces the fear of the unknown; and it is incomprehensible to many litigants. Above all it is too fragmented in the way it is organised since there is no one with clear overall responsibility for the administration of civil justice; and too adversarial as cases are run by the parties, not by the courts and the rules of court, all too often, are ignored by the parties and not enforced by the court*”. In: DCA [Department for Constitutional Affairs]. **Access to Justice**. Section 1. 2006. Disponível em: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20060214041452/http://www.dca.gov.uk/civil/final/overview.htm>. Acesso em 19 dez. 2019.

árbitro, julgando os assuntos apresentados pelas partes [...] Neste ambiente, questões como custo, atraso, compromisso e comportamento justos acabam tendo baixa prioridade [...] Se uma cultura adversarial sem limites foi a principal razão pela qual o sistema de justiça civil falhou em prover acesso à justiça, então o poder de gerenciamento do caso foi a primeira resposta a este problema. Lord Woolf não defendeu a abolição do sistema adversarial a favor de um sistema inquisitorial; o que ele propôs foi manter o sistema adversarial, mas dar um papel mais intervencionista à corte para controlar o que ele descreveu como excessos do sistema adversarial.¹⁶⁵ (tradução nossa).

Para alcançar os desideratos da reforma do sistema de justiça, *Lord Woolf* apontou os *cases management powers* como um de seus pilares:

O relatório parcial mostra um quadro para a reforma baseado em um sistema em que as Cortes, com a assistência das partes, serão responsáveis pelo gerenciamento dos casos. Eu recomendei que as cortes devem ter a responsabilidade final por determinar no que os procedimentos devem mudar para cada caso; construir agendas processuais realistas; e assegurar que os procedimentos e as agendas sejam observados.¹⁶⁶ (tradução nossa)

A edição das *Civil Procedure Rules*, com a redefinição do sistema processual inglês, foi capaz de atingir o escopo de redução do tempo de tramitação das demandas e foi bem aceita pela advocacia, que sugeriu até mesmo uma gestão processual mais proativa do juiz. A reforma, porém, não conseguiu superar os altos custos do sistema de Justiça¹⁶⁷.

Com os *case management powers*, os juízes ingleses passaram a ter, entre outros, poderes para: estimular as partes a cooperarem entre si e na condução do

¹⁶⁵ “Lord Woolf concluded that the unrestrained adversarial culture of the former civil justice system was largely to blame for the fact that the system did not conform with the basic principles he believed were necessary to ensure access to justice. Under the operation of the old civil procedure rules, the adversarial system left responsibility for the conduct of proceedings with the parties to the case. The judge acted solely in the role of umpire, adjudicating on the issues selected by the parties when they chose to present them to the court. [...] In this environment, questions of expense, delay, compromise and fairness may have only low priority. [...] If an unrestrained adversarial culture was the main reason why the civil litigation system failed to provide access to justice, then judicial case management was primarily the answer to this problem. Lord Woolf did not advocate the abolition of the adversarial system in favour of an inquisitorial system; what he proposed was to keep the adversarial system, but give a more interventionist management role to the court in order to control what he described as the excesses of the adversarial system”. In: GERLIS, S.; LOUGHLIN, P. **Civil Procedure**. 2. ed. Londres: Routledge, 2012. p. 102-104.

¹⁶⁶ “The interim report set out a blueprint for reform based on a system where the courts with the assistance of litigants would be responsible for the management of cases. I recommended that the courts should have the final responsibility for determining what procedures were suitable for each case; setting realistic timetables; and ensuring that the procedures and timetables were complied with”. (DCA, 2006).

¹⁶⁷ ALMEIDA, 2011.

processo; identificar as questões a serem dirimidas no início do procedimento; avaliar de imediato quais questões necessitam de dilação probatória e de submissão ao *trial* e quais podem ser superadas sumariamente; decidir a ordem em que as questões serão solucionadas; estimular o uso de métodos alternativos de solução de conflitos; estabelecer calendários ou controlar o progresso do procedimento; considerar se os prováveis benefícios da prática de determinado ato justificam o seu custo; lidar com o maior número possível de aspectos do caso na mesma oportunidade; dar diretrizes capazes de fazer com que o *trial* se dê de forma rápida e eficiente; estender ou diminuir prazos contidos em quaisquer das normas, diretrizes ou em decisões judiciais prévias; retardar ou antecipar uma audiência; estabelecer que parte das questões ou ações envolvidas no processo, como pedidos contrapostos, sejam apreciadas em procedimentos separados ou em único procedimento; suspender total ou parcialmente o processo e decidir a ordem em que serão apreciadas as questões.

As *Civil Procedure Rules*, porém, deixam claro que o rol de poderes do juiz é exemplificativo, já que a regra 3.1.2, “m”, estabelece que cabe ao juiz adotar qualquer outra medida necessária à boa gestão do caso para atender ao *overriding objective*¹⁶⁸.

Sem prejuízo das iniciativas anteriores na *Commercial Court* de gerir o andamento dos processos sob sua jurisdição, *Lord Woolf* informou em um de seus relatórios que a viabilidade do sistema de gerenciamento judicial dos processos teve como fonte de pesquisa o seu funcionamento em países como Canadá, Austrália, Nova Zelândia e Estados Unidos.

Nos Estados Unidos, embora o sistema adversarial também defina o caráter de seu processo civil por questões culturais seculares¹⁶⁹, de há muito percebeu-se

¹⁶⁸ “*take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective, including hearing an Early Neutral Evaluation with the aim of helping the parties settle the case*”.

¹⁶⁹ Segundo Michele Taruffo, a concepção adversarial de processo é fruto da cultura social estadunidense: “O valor da verdade no contexto da administração da justiça é frequentemente negado por razões *ideológicas*, que dizem respeito ao modo com que são concebidos a natureza e a função do processo. O exemplo mais relevante nesse sentido é certamente constituído pela concepção *adversarial* do processo (civil e penal) até hoje dominante nos Estados Unidos e deixada de lado na Inglaterra [...] Conforme adequadamente demonstrado por Robert Kagan, o *adversarial legalism* não é somente um fenômeno que diz respeito ao processo: trata-se, pelo contrário, de uma ideologia que serve de inspiração para quase todas as áreas do direito norte-americano. Essa se funda na ideia de que o melhor modo para se resolver qualquer problema jurídico consista em abrir livre espaço para a competição entre advogados que representam

que um sistema processual imune à atuação do juiz na condução do procedimento é fadado à ineficiência.

Em famoso discurso à *American Bar Association* em 1906, Roscoe Pound afirmou:

Um desconforto não menos irrelevante está no nosso exagero sobre um sistema adversarial. A teoria esportiva da justiça, o “instinto de garantir o jogo limpo”, é tão enraizada na América que a maioria de nós toma isso como princípio fundamental. [...] Longe de ser um princípio fundamental da jurisprudência, tornou-se peculiar no direito anglo-americano [...] Conosco, ela não está apenas em plena aceitação, mas foi desenvolvida e suas possibilidades colaterais foram cultivadas na maior extensão possível. Por isso, na América, consideramos como uma questão natural que um juiz seja um mero árbitro, para fazer objeções e indicar as regras do jogo, e que as partes devem jogar seu próprio jogo à sua maneira, sem interferência judicial. [...] A ideia de que o procedimento deve necessariamente ser totalmente contencioso desfigura nossa administração judicial a todo momento. Isso leva o juiz mais consciencioso a sentir que ele deve apenas decidir a disputa conforme os advogados a apresentarem, de acordo com as regras do jogo, e não procurar independentemente a verdade e a justiça [...] O efeito de nosso procedimento contencioso exagerado não é apenas o de decepcionar as partes, testemunhas e jurados em casos particulares, mas dar a toda a comunidade uma falsa noção do objetivo e do fim da lei. Daí vem, em grande parte, a corrida americana moderna para violar a lei. Se o direito é um mero jogo, não se pode esperar que os jogadores que dele participam, nem o público que o testemunha, cedam ao seu espírito quando seus interesses são atendidos ao evitá-lo. E isso é duplamente verdadeiro em um tempo que exige que todas as instituições sejam economicamente eficientes e socialmente úteis.¹⁷⁰ (tradução nossa)

indivíduos (que, por sua vez, perseguem seus interesses particulares), com a convicção de que dessa forma se obtenha o arranjo ideal dos interesses em conflito [...] Essa ideologia está ainda profundamente radicada na cultura social estadunidense, da qual, aliás, representa o aspecto mais comum e mais característico. Não é de se estranhar, então, que essa se encontre quase que em qualquer lugar, e particularmente no contexto da administração da justiça”. (TARUFFO, 2016, p. 131-132).

¹⁷⁰ “A no less potent source of irritation lies in our American exaggerations of the common law contentious procedure. The sporting theory of justice, the “instinct of giving the game fair play,” [...] is so rooted in the profession in America that most of us take it for a fundamental legal tenet. [...] So far from being a fundamental fact of jurisprudence, it is peculiar to Anglo-American law [...] With us, it is not merely in full acceptance, it has been developed and its collateral possibilities have been cultivated to the furthest extent. Hence in America we take it as a matter of course that a judge should be a mere umpire, to pass upon objections and hold counsel to the rules of the game, and that the parties should fight out their own game in their own way without judicial interference. [...] The idea that procedure must of necessity be wholly contentious disfigures our judicial administration at every point. It leads the most conscientious judge to feel that he is merely to decide the contest, as counsel present it, according to the rules of the game, not to search independently for truth and justice. [...] The effect of our exaggerated contentious procedure is not only to irritate parties, witnesses and jurors in particular cases, but to give to the whole community a false notion of the purpose and end of law. Hence comes, in large measure, the modern American race to beat the law. If the law is a mere game, neither the players who take part in it nor the public who witness it can be expected to yield to its spirit when their interests are served by evading it. And this is doubly true in a time which requires all institutions to be economically efficient and socially useful”. In: POUND, R. The causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice. *American Law Review*, n. 40, 1906.

Os apontamentos de Roscoe Pound em seu discurso no início do século XX são tidos como o germe do despertar da comunidade jurídica estadunidense à necessidade de aprimoramento de seu sistema judicial. Relatando os efeitos que aquele discurso gerou e em revisita às suas ideias, Robert Stein, também em discurso para a *American Bar Association*, mas já no ano de 2007, apontou a implantação do *case management* como resposta eficiente aos problemas indicados por Pound:

Nos últimos cem anos nós fizemos grandes progressos no enfrentamento das causas de insatisfação identificadas por Pound. Houve um progresso particular na resposta às preocupações que Pound agrupou sob o título "Causas que estão na nossa organização e procedimento judiciais". A reestruturação judicial e as melhorias no processo civil reduziram enormemente a complexidade que Pound descreveu remontando às origens do sistema. E a administração moderna dos tribunais reduziu o desperdício de seus recursos, alocando-os para atender às necessidades dos litígios contemporâneos.¹⁷¹ (tradução nossa)

Isso porque, superadas as investigações para o aprimoramento do sistema judicial, que incluiu, já na década de 1970, programa para controle e gestão individualizada de processos, o Congresso Nacional estadunidense consignou no *Justice improvements act* de 1990¹⁷² suas conclusões (*findings*) a respeito do que era necessário para a melhoria daquele sistema judicial no que atine à redução de custos e aumento da efetividade. O Congresso Nacional apontou como caminhos o tratamento diferenciado dos casos com o seu gerenciamento a partir de suas especificidades e o envolvimento precoce do juiz no planejamento dos rumos do processo¹⁷³. O gerenciamento dos processos (*case management*), mais do que uma

¹⁷¹ "In the past 100 years we have made major strides in addressing several of the causes of dissatisfaction identified by Dean Pound. Particular progress has been made in responding to the concerns Dean Pound grouped under the heading "Causes lying in our judicial organization and procedure." Court restructuring and improvements in civil procedure have reduced enormously the complexity Dean Pound describes and traces back to earliest Anglo-Saxon days. And modern court management has reduced the waste of court resources by better allocation of those resources to meet the needs of contemporary litigation". In: STEIN, R. Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice in the Twenty-First Century. **30 Hamline Law Review**, n. 499, 2007. p. 503.

¹⁷² CONGRESS.GOV. **H.R.5316 - Judicial Improvements Act of 1990**. 1989/1990. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/5316/text>. Acesso em 28 jan. 2020.

¹⁷³ "(5) Evidence suggests that an effective litigation management and cost and delay reduction program should incorporate several interrelated principles, including -- (A) the differential treatment of cases that provides for individualized and specific management according to their needs, complexity, duration, and probable litigation careers; (B) early involvement of a judicial officer in planning the progress of a case, controlling the discovery process, and scheduling hearings, trials, and other litigation events; (C) regular communication between a judicial officer

incumbência do juiz nos limites de cada lide, foi alçado à política de atuação do Poder Judiciário, com a determinação para que as Cortes reúnam e compartilhem experiência locais de gerenciamento dos processos e de redução de custos.

O que diferencia o sistema inglês do estadunidense é que, enquanto no país europeu o gerenciamento do processo se dá a partir de poder-dever estabelecido em lei (*civil procedure rules* – CPR), no país americano os *cases management powers* decorrem de compilação de experiências práticas de gerenciamento feita pelas Cortes Federais e pela Suprema Corte.

Neste contexto de releitura das regras de procedimento, chegou na Inglaterra¹⁷⁴ e nos Estados Unidos¹⁷⁵ a percepção de que, mais do que às partes, cabe às Cortes o controle dos rumos do litígio. E, como se percebe, esta constatação tem especial relevo quando se lembra o impacto na tradição adversarial do processo até então vigente. Embora tenham exaltado o papel do juiz na definição do Direito, os sistemas inglês e americano, pautados em leitura ampla dos princípios liberais, sempre primaram pela não intervenção do Estado nos interesses privados, pensamento que chegou também às raias dos processos judiciais e culminou na definição da figura do juiz como mero árbitro da disputa travada entre as partes.

A preocupação com a efetividade do sistema judicial, porém, fez com que se reconhecesse que um sistema que enxerga o juiz inativo no curso do procedimento é representante a um só tempo da tradição liberal e da morosidade e ineficiência do processo civil.

and attorneys during the pretrial process; and (D) utilization of alternative dispute resolution programs in appropriate cases”.

¹⁷⁴ “The essence of case management is that the court, rather than litigants or their legal advisers, exercises responsibility for the control of litigation. Although our system is still an adversarial one, case management gives the court an interventionist role (...) It was thought that the former civil procedure system had become too rigid, being bound by case precedent, and the CPR were designed to give the court more flexibility in dealing with individual cases. It was not therefore intended that case precedents as such would be part of the new system, and the case management judge should be free to decide what action is necessary for the case before him simply by applying the rules in the light of the overriding objective.”. (GERLIS e LOUGHLIN, 2012, p. 210-211).

¹⁷⁵ “At trial, the court’s management power transcends the authority specifically conferred by rules, statutes and decisions. The judge has broad inherent power over the management of case, attorneys, and parties. That inherent power, employed judiciously, enables the court to do what is necessary to produce just, speedy and economical trials”. In: SCHWARZER, W. W.; HIRSCH, A. **The elements of case management**. 3. ed. Federal Judicial Center, 2017. p. 16.

Esse giro na concepção do processo e dos poderes do juiz na conformação do procedimento revela algum tipo de redefinição não só do sistema adversarial, mas da ideia de que as ações precedem aos direitos¹⁷⁶, e isso não é pouco.

Nesse passo, observa-se o quanto a adoção dos *cases management powers* impactou em termos de ressignificação do processo civil nestes países e, por conseguinte, como o movimento de reforma da legislação processual foi por eles levado a sério na tentativa de vencer os obstáculos da administração da Justiça que, em maior ou menor extensão, são os mesmos reconhecidos por aqui quando da edição do novo Código de Processo.

Com efeito, o *overriding objective* - que pode ser compreendido como diretriz da reforma do sistema inglês e baliza de interpretação das *Civil Procedure Rules* – é muito próximo das razões que motivaram a edição do novo Código de Processo Civil brasileiro. Os objetivos buscados pelo sistema inglês de: a) viabilizar a solução dos conflitos com economia de recursos e justiça; b) assegurar que as partes estejam em igualdades de condições; c) evitar despesas; d) lidar com os casos de forma proporcional, com respeito ao valor envolvido, a importância, a complexidade das questões e a condição financeira de cada parte; e e) assegurar que se processem as ações com celeridade e justiça e alocar em cada caso os recursos adequados do tribunal¹⁷⁷, bem podem ser encontrados, de forma mais ou menos direta, nos objetivos do Código brasileiro elencados em sua exposição de motivos: a) estabelecer sintonia fina com a Constituição Federal; b) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática da causa; c) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como o recursal; d) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo

¹⁷⁶ “Essa escolha traduz o engajamento do juiz com um meio mais célere, no interesse das partes; e menos oneroso, no interesse de todos. Trata-se de um rompimento total com os princípios tradicionais do *common law* segundo o qual as ações precedem aos direitos. Há uma abertura significativa do Judiciário ao pleito da parte de uma forma abstrata e incondicionada”. (COSTA, 2012, p. 100).

¹⁷⁷ (1) *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.* (2) *Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable – (a) ensuring that the parties are on an equal footing and can participate fully in proceedings, and that parties and witnesses can give their best evidence; (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; (e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and (f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders.*

considerado e imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe mais coesão.

Lembre-se, nesse aspecto, que os discursos do Parlamento brasileiro em torno da edição do Código de Processo Civil revelam que a motivação para a edição de uma nova lei processual estava na possibilidade de oferecer uma lei que “possibilite a todos tratamento igualitário, previsibilidade, segurança jurídica e, o que é principal, agilidade na entrega da prestação jurisdicional”¹⁷⁸, intuítos que muito se aproximam da motivação da reforma inglesa.

Veja-se que, a rigor, os mesmos problemas e os mesmos anseios moveram a reforma da legislação processual aqui e lá. Custo, tempo de tramitação e tratamento igualitário e digno das partes foram os elementos cruciais que ditaram o ritmo das mudanças na lei.

Ocorre que, se os problemas e os anseios eram os mesmos no Brasil e na Inglaterra (guardadas as devidas proporções), o passo dado pela Inglaterra foi muito mais ousado que o dado pelo Brasil.

Realmente, a admissão do juiz com mais espaço de atuação nos rumos do procedimento foi um passo muito mais complexo para a Inglaterra do que aquele que poderia ser (ou de fato foi, como se sustenta neste trabalho) dado pelo Brasil se admitisse em seu texto legal o poder judicial de adaptação atípica do procedimento, uma vez que aqui há tempos não só é possível, como do juiz é esperada participação mais ativa no processo no que respeita à colaboração com as partes, suprimimento de vícios, produção de provas etc.

O reconhecimento da flexibilização judicial do procedimento é muito mais próximo à realidade do processo civil brasileiro do que foi à dos processos inglês e estadunidense, que nela não viram qualquer atentado ao devido processo legal, mesmo não sendo inicialmente compatível com a visão de processo que detinham.

Aliás, ao admitir a intervenção do juiz nos rumos do procedimento, o sistema inglês acabou na verdade se aproximando do modelo brasileiro. Ainda que o conceito de juiz proativo não seja o mesmo lá e aqui, é certo que a virada do pensamento inglês tem mais semelhanças do que diferenças em relação ao processo civil brasileiro.

¹⁷⁸ BRASIL, 2010, p. 41-42.

Objecções poderiam ser levantadas à iniciativa de saudar o movimento legislativo da Inglaterra e compará-la com o contexto brasileiro, uma vez que, por aqui, exatamente por conta de uma tradição mais próxima do sistema inquisitorial, seria necessário limitar com mais rigor os poderes do juiz. Poder-se-ia dizer, também, que a cultura do povo inglês faz com que este não dependa de regras escritas para garantir a *natural justice*¹⁷⁹.

Contudo, afora a pronta resposta que o amplo sistema recursal e o controle público da atividade jurisdicional já consolidados no Brasil podem dar para a necessidade de controle da atuação do juiz, o que importa observar na trajetória do processo civil inglês é que a questão da efetividade do sistema de justiça é alheia à garantia de maior ou menor autonomia das partes. Alheia, evidentemente, não no sentido de ser indiferente ou refratária às garantias processuais e à iniciativa das partes, mas, sim, na constatação de que a garantia de liberdade e autonomia, sem mecanismos que as tornem efetivas, na prática vale muito pouco.

Como demonstrado, o povo inglês sempre teve por muito caros ideais de liberdade e proteção contra a interferência do Estado nos interesses privados, mas nem por isso deixou de reconhecer a importância de conceder poderes de gestão ao juiz para dar efetividade ao processo, que é exatamente a ferramenta que lhe garantirá a liberdade.

A partir disso, o aprendizado com o exemplo inglês não está em eventual espelhamento de suas hipóteses de *case management powers*, mas na percepção, política e jurídica, de que a consecução dos objetivos do processo e do sistema de justiça não se coaduna com a construção da figura do juiz inerte e sem poderes (ou deveres) de intervenção no curso do procedimento, tampouco com uma visão desconfiada da figura do juiz no trato do direito das partes.

¹⁷⁹ “It is, for example, a centuries-old tradition in England to consider certain rules essential to what has been called ‘natural justice’, particularly the rules of judicial impartiality (nemo iudex in causa sua) and of the parties’ right to be heard (audi alteram partem) [...] Hence, one is tempted to believe that the proposition that even in England certain procedural rights and guarantees are, and have long since been, considered basic to a fair administration of justice, has no juridical meaning at all. This conclusion is probably correct from a strictly formal point of view”. (CAPPELLETTI, 1972/1973, p. 655).

3.1.2 A experiência de Portugal

Não foi só nos países de *common law* que se observaram reformas da legislação processual voltadas à eficiência do processo a partir da atuação ativa do juiz na conformação do procedimento. Países que, a exemplo do Brasil, possuem tradição jurídica de *civil law* também viram no poder judicial de adaptação do procedimento caminho para melhorias de seus sistemas de justiça.

A lei processual portuguesa, também citada nos debates parlamentares acerca do projeto de Código de Processo Civil, já de algum tempo consagra o que por lá se conhece por “princípio da adequação formal”, que confere ao juiz o poder de adaptar o procedimento às necessidades da tutela perseguida.

Ao contrário da tradição processual inglesa, o processo civil português afirma, desde o início do século XX, a posição do juiz como figura ativa e importante na condução do processo. Com a superação da figura do juiz árbitro do Código português de 1876, fruto do pensamento liberal então dominante, a lei processual portuguesa, já em 1926¹⁸⁰, previa competir ao juiz a direção e fiscalização da instrução do processo, com poderes para assegurar “rapidez, simplicidade e economia” no julgamento da causa¹⁸¹, em visão nitidamente publicista do processo, orientando-o para um perfil instrumental¹⁸².

¹⁸⁰ A despeito de, formalmente, o Código que se seguiu ao de 1876 ter sido o Código de Processo Civil de 1939, o sistema processual português foi significativamente alterado nesse meio tempo pelos Decretos de nº 12.353/26, de 22 de setembro de 1926, e 12.488/26, de 14 de outubro do mesmo ano, tendo o Código de 1939 apenas dado continuidade à nova sistemática trazida por aqueles e outros Decretos.

¹⁸¹ Artigo 27 do Decreto nº 12.353/26, de 22 de setembro: “A instrução do processo pertence às partes, mas sob direção e fiscalização do juiz, o qual pode e deve tomar todas as providências necessárias para assegurar a maior rapidez, simplicidade e economia na preparação, discussão e julgamento da causa e para conseguir que a decisão corresponda à verdade e à justiça”. Artigo 28: “Compete especialmente ao juiz: 1º Chamar atenção das partes para quaisquer deficiências, irregularidades ou vícios que possam ser corrigidos; 2º Convidar as partes a esclarecer ou completar as suas alegações e os seus meios de prova; 3º Ordenar exames, vistorias e avaliações; 4º Determinar a comparência pessoal das partes quando julgue conveniente ou para tentar a conciliação ou para ouvir sobre factos essenciais da causa; 5º Requisitar a apresentação de documentos, plantas, desenhos ou objectos indispensáveis ao esclarecimento da questão e indeferir a junção ao processo de tudo o que fôr impertinente ou desnecessário; 6º Convidar os advogados a resumir os seus requerimentos ou as suas alegações orais quando forem manifestamente excessivos, e chamá-los à ordem quando estejam versando assuntos estranhos à causa, podendo retirar-lhes a palavra no caso de reincidência e abuso intolerável; 7º Recusar a expedição de cartas rogatórias e de cartas precatórias para fora do continente ou da ilha onde a causa correr, e indeferir o pedido de quaisquer diligências quando entenda que se tem apenas em vista protelar o andamento da causa; 8º Significar às partes a conveniência de que determinadas testemunhas, residentes fora da circunscrição judicial, venham depor perante êle; 9º Ordenar preparos e remover todos os obstáculos ao seguimento do processo; 10º Ordenar a junção de

O movimento de Portugal para sua integração à União Europeia a partir da década de 1990 resultou, dentre outros aspectos, em novas reformas da legislação processual, em vista do diagnóstico, pela comunidade europeia, do sistema de justiça português como um sistema deficiente em razão da morosidade dos processos e taxas de congestionamento.

Foi nesse ambiente que editado o Decreto-Lei nº 329-A de 1995, encarado como o Código de Processo Civil de 1995, constando de sua exposição de motivos a intenção de garantir “prevalência do fundo sobre a forma, através da previsão de um poder mais interventor do juiz, compensado pela previsão do princípio da cooperação, por uma participação mais activa das partes no processo de formação da decisão”.

O Código de Processo Civil de 1995 previu expressamente o princípio da adequação formal em seu artigo 265-A, que contava com a seguinte redação: “quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”.

Segundo Paula Costa e Silva, essa novidade na legislação, inicialmente, despertou na doutrina portuguesa o pensamento de que o artigo 265-A seria o espaço para o juiz, diante de cumulação objetiva de demandas, justificar o julgamento e decisão conjuntos de diferentes objetos processuais a partir da escolha da tramitação mais ajustada à decisão de todas elas. Porém, ainda que posteriormente identificado naquele dispositivo espaço para o juiz gerir o processo para além dos casos de cumulação objetiva¹⁸³, não foram conhecidos casos de aplicação do artigo 265-A, o que levou aquela autora a afirmar que, com a

causas entre si conexas e a suspensão duma causa enquanto não fôr decidida outra de que está dependente.”

¹⁸² “A exposição de motivos do Dec. nº 12.353/26 explicita com clareza as vigas mestras da reforma publicista ao fixar como ‘princípios orientadores’ das reformas modernas de processo a ‘oralidade, a concentração e a actividade do juiz’. O denotar destas categorias com o viés principiológico transparece a inovadora teleologia prevalecente, um carácter instrumental do processo que muitas décadas depois viria a tornar-se padrão na ciência. Mantém-se atual e merecedora de transcrição, por conseguinte, a referência de Alberto dos Reis aos sobreditos princípios como ‘instrumentos técnicos postos ao serviço de determinados objetivos: a rapidez, a simplicidade, a economia e a justiça’”. In: GALINDO, A. de L. **Um contributo para uma teoria geral da adequação formal judicial**. 2016. 172 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal, 2016.

¹⁸³ “Ao juiz português impôs-se assim um poder-dever de dirigir o processo, não de forma rotineira, tabelar ou burocrática, observando as normas processuais abstratamente definidas, mas, sobretudo, encontrando, de forma criativa, a solução mais adequada para cada caso”. In: MATOS, J. I.; et al. **Manual de gestão judicial**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 239.

consagração do princípio da adequação processual, se operou uma “revolução no papel”, já que a prática judiciária nunca absorveu o princípio¹⁸⁴.

Não obstante, e acolhendo de forma definitiva o princípio da adequação formal no sistema processual português, o Código de Processo vigente, de 2013, o previu de forma expressa, estabelecendo um dever do magistrado de promover a adoção de reparos no procedimento para torná-lo eficiente e adequado às necessidades do direito em litígio. De acordo com o seu artigo 6º:

Artigo 6.º Dever de gestão processual 1 - Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.

Segundo noticia a doutrina processual portuguesa, a deliberação do juiz proferida no desincumbir deste dever de gestão processual é irrecorrível, a menos que conflite com os princípios da igualdade ou do contraditório, ou com a admissibilidade dos meios de prova¹⁸⁵.

Observa-se que a técnica legislativa portuguesa é diferente da inglesa no que atine à delimitação dos poderes de adaptação do procedimento. Ainda que o rol dos *case management powers* seja meramente exemplificativo, como exposto no tópico anterior, o fato é que os artigos da lei processual portuguesa pertinentes à matéria consagram uma disposição genérica e aberta, não esmiuçando os poderes do juiz na conformação do procedimento, ainda que em rol não taxativo. O projeto do Código de Processo Civil brasileiro, então, aproximou-se do modelo português.

O princípio da adequação formal, assim como os *case management powers* ingleses, não foram imunes a estranhamento ou a críticas na Inglaterra¹⁸⁶ e em

¹⁸⁴ SILVA, P. C. e. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190, t. 2, p. 137-149, abr./jun. 2011. p. 139.

¹⁸⁵ MATOS, et al., 2015, p. 240.

¹⁸⁶ Diego Assumpção Resende de Almeida, citando as posições de Neil Andrews, Adrian Zuckerman e Michael Zander, resume as críticas dirigidas à discricionariedade do juiz na Inglaterra, concentradas no receio quanto à previsibilidade e constância do agir do juiz e em uma suposta passividade das instâncias superiores no controle deste agir. Mas cita que mesmos estes autores reconhecem a necessidade de espaço para atuação discricionária, e que Neil Andrews superou seu receio original a respeito do *case management*. (ALMEIDA, 2011).

Portugal¹⁸⁷. Contudo, a implementação de um e outro foi precedida e sucedida por debates aprofundados, com os olhos nas necessidades práticas, cuidando o tempo de providenciar a maturação e consolidação dos institutos.

O que se deve destacar é que, independentemente da tradição jurídica e do nome que se dá ao poder judicial de adaptação do procedimento, seu reconhecimento no sistema processual mundo afora é tido como fundamental para a sua eficiência e racionalidade e não representa, de per si, qualquer violação às liberdades individuais ou às garantias processuais das partes.

Aliás, a atuação efetiva do juiz na conformação do procedimento, porque peça importante para qualquer sistema processual, acabou por tornar-se um princípio transnacional do processo.

3.1.3 A transnacionalidade da gestão judicial do processo

A ausência de exclusividade do poder judicial de adaptação do procedimento em relação a um tipo de sistema processual (adversarial ou inquisitorial) ou de tradição jurídica (*civil law* ou *common law*) é refletida na sua presença nos *Principles of Transnational Civil Procedure* (Princípios do processo civil transnacional), fruto do trabalho de juristas selecionados pela UNIDROIT (Instituto para a Unificação do Direito Privado) e pelo *American Law Institute* (Instituto de Direito Americano), aprovados no ano de 2004¹⁸⁸.

Como noticia Neil Andrews, que participou do projeto, a consolidação daqueles princípios foi um experimento na seleção de algumas boas ideias de diferentes sistemas processuais, não com o propósito de eliminar diferenças nacionais, mas para buscar semelhanças entre eles¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Fernando da Fonseca Gajardoni, ainda tratando do Código de Processo Civil português anterior, que inaugurou por lá o princípio da adequação formal, noticia a preocupação da doutrina à época a respeito do tema, citando lição de Pedro Madeira de Brito: “A possibilidade agora consagrada de o juiz adaptar a tramitação do processo, com a derrogação das disposições legais sobre sua sequência, contudo, ‘tem tanto de aliciante para a realização da justiça no processo civil, como de ameaçador para as garantias daqueles que exercem o seu direito à jurisdição’, especialmente porque ‘contrariamente a outros princípios que norteiam a reforma do processo civil e em relação aos quais se ponderou um novo equilíbrio, no princípio da adequação formal encontramos uma disciplina nova e desconhecida’”. (GAJARDONI, 2008, p. 146).

¹⁸⁸ UNIDROIT. ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. **UNIF. L. REV.**, v. 4, p. 758, 796, 2004. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>. Acesso em 13 jul. 2021.

¹⁸⁹ ANDREWS, 2012a, p. 531.

Dentre os princípios elencados no projeto, observa-se disposição especial a respeito da responsabilidade das Cortes pela direção do procedimento:

14. Responsabilidade do tribunal pela direção do procedimento

14.1 Intervindo o mais cedo possível, o tribunal deve gerenciar ativamente o processo, tendo poderes para obter a resolução da disputa de maneira justa, eficiente e com velocidade razoável. Deve-se considerar o caráter transnacional da controvérsia.

14.2 Na medida do possível, o tribunal deve administrar o processo em consulta com as partes.

14.3 O tribunal deve determinar a ordem em que os problemas serão resolvidos e fixar um cronograma para todas as etapas do processo, incluindo datas e prazos. O tribunal pode revisar essas instruções.

No mesmo sentido, a União Europeia, por meio de seu Parlamento, aprovou, em 2017, Resolução com recomendações sobre as normas mínimas comuns para o processo civil em seu âmbito. Segundo consta de sua exposição de motivos, as normas mínimas comuns não substituem as regras dos sistemas processuais nacionais, mas colaboram para a existência de normas processuais nacionais mais eficazes, além de contribuírem para a modernização dos processos nacionais e facilitação do acesso dos cidadãos à justiça na União Europeia.

Baseadas nos princípios transnacionais acima mencionados, bem como em estudos do Instituto Europeu de Direito, as recomendações têm por objetivo aproximar os sistemas processuais dos Estados-membros nos litígios civis e comerciais transfronteiriços (artigos 1º e 2º). Na seção da Resolução que trata da eficiência do processo, consta do artigo 9º:

1. Os Estados-Membros certificam-se de que os seus órgãos jurisdicionais procedem a uma gestão ativa dos processos que lhes são enviados, a fim de garantir uma resolução de litígios justa, eficiente, adequadamente célere e a custos razoáveis, sem prejudicar a liberdade de as partes determinarem o objeto e os elementos de prova do processo.

2. Na medida do razoavelmente exequível, o tribunal gere o processo em consulta com as partes. Especificamente, a gestão ativa dos processos pode incluir os seguintes aspetos:

- (a) Incentivar as partes a colaborar entre si no decurso do processo;
- (b) Identificar as questões numa fase inicial;
- (c) Decidir de imediato quais as questões que carecem de investigação completa e dirimir de forma sumária as demais questões;
- (d) Decidir a ordem pela qual as questões devem ser resolvidas;
- (e) Ajudar as partes a chegar a acordo quanto à totalidade ou a parte da ação;
- (f) Definir prazos para controlar o decurso da ação;
- (g) Tratar o maior número possível de aspetos da ação numa só e mesma ocasião;
- (h) Tramitar a ação sem a presença física das partes;
- (i) Utilizar os meios técnicos disponíveis.

A harmonização do processo civil europeu, aliás, também foi objeto de análise e estudos do Instituto Europeu de Direito em parceria com a UNIDROIT, do que resultou projeto semelhante àquele relativo aos princípios transnacionais de processo civil.

Para C. H. Van Rhee, professor da Universidade de Maastricht e um dos diretores do projeto, o alinhamento dos sistemas processuais europeus é importante na medida em que é capaz de criar um espaço mínimo de liberdade, segurança e justiça no processo civil do continente. O ponto de partida para tal alinhamento pode ser identificado nas boas práticas em cada país, não como standards mínimos, mas como padrões para se alcançar um sistema de justiça de alto nível. Nessa perspectiva, conforme Van Rhee, o projeto tem cinco pilares: o dever de lealdade e cooperação; determinação precisa sobre fatos; determinação precisa sobre o Direito; dever de promover a resolução consensual dos conflitos; e o planejamento e gestão do procedimento¹⁹⁰.

O projeto tomou corpo e foi recentemente publicado pelo Instituto Europeu de Direito¹⁹¹. Na parte introdutória do projeto, consta que as regras concebidas no estudo não diferenciam os casos mais complexos dos simples, de modo que elas se aplicam a todos os processos de primeira instância. Consta, ainda, que a escolha de regras uniformes não significa que todos os casos precisam utilizar o programa completo, mas que o propósito é que as regras sejam aplicadas de acordo com as necessidades do caso em julgamento.

As regras 48 e 49 deste “Código de Processo Civil europeu” consagra os *court management powers*, com evidente inspiração no sistema inglês:

Regra 48. Controle judicial dos processos

Em todas as fases do processo, o tribunal deve monitorar se as partes e seus advogados cumprem a Regra 47 e qualquer ordem feita de acordo com a Regra 49.

¹⁹⁰ “The rules that have been discussed within the context of the working group so far can be grouped under five headings: I. General Part: Duty of Loyal Cooperation II. Planning and Management of the Procedure III. Determination of Facts IV. Determination of Law V. Duty to Promote Consensual Dispute Resolution”. VAN RHEE, C. H. How to harmonize civil procedural law? A european perspective. In: SIMON, A.; et al. **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 260-266. p. 264.

¹⁹¹ UNIDROIT. **ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure**. From Transnacional Principles of Civil Procedure. 2020. Disponível em: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf. Acesso em 13 jul. 2021.

Regra 49. Meios de gestão do processo

Sempre que necessário para a gestão adequada dos processos, o tribunal deverá, em particular: (1) encorajar as partes a tomar medidas ativas para resolver o seu litígio ou partes do seu litígio e, se for caso, a utilizar métodos alternativos de resolução de conflitos; (2) agendar conferências de gerenciamento de caso; (3) determinar o tipo e a forma do procedimento; (4) estabelecer um cronograma ou calendário processual com prazos para as medidas processuais a serem tomadas pelas partes e/ou seus advogados; (5) limitar o número e a duração das submissões futuras; (6) determinar a ordem em que as questões devem ser julgadas e se os processos devem ser consolidados ou separados; (7) determinar a separação de questões relativas à jurisdição, medidas provisórias e prazos de prescrição para decisão antecipada em audiências especiais; (8) considerar as alterações necessárias em relação à representação adequada das partes, as consequências das mudanças relacionadas às partes em litígio e a participação de terceiros, intervenientes ou outras pessoas; (9) considerar as alterações aos articulados ou ofertas de provas à luz das alegações das partes; (10) exigir o comparecimento pessoal de uma parte ou exigir que o representante de uma parte, que deve ser plenamente informado de todas as questões relevantes para o processo, esteja presente em uma audiência; (11) abordar a disponibilidade, admissibilidade, forma, divulgação e troca de provas e, se adequado ao estado do processo, (a) determinar a admissibilidade das provas; (b) ordenar a obtenção de provas.

O que se evidencia é que o poder de adaptação judicial do procedimento, mais do que uma alternativa, tem sido percebido como necessidade para se alcançar a otimização do processo civil e a superação dos obstáculos comuns a todos os sistemas judiciais, quais sejam, a pouca efetividade, o alto custo e o grande tempo de duração das demandas, sempre com os olhos na consolidação de espaço mínimo de segurança e liberdade para o cidadão.

A propósito, dos comentários ao mencionado Código europeu extrai-se que a consagração do poder de adaptação do procedimento, de uma forma ou de outra, passou a ser padrão nas culturas processuais europeias:

Hoje, a gestão organizacional ou processual de processos judiciais é um padrão comum de todas as culturas processuais europeias, sejam elas tradicionalmente orientadas para modelos processuais mais inquisitivos ou adversariais. No entanto, ainda existem diferenças nos modelos de gestão. Na jurisdição de alguns países europeus, é praticada como um dever estrito, enquanto em outras é vista como uma competência judicial que deve ser exercida com flexibilidade pelo tribunal como um aspecto de seu poder discricionário. Outra abordagem é vista em outras jurisdições europeias que adotam uma abordagem mista com deveres estritos e medidas discricionárias. Outros, como nas jurisdições de *common law*, não reconhecem o poder de gerenciamento de casos. Esta Regra adota a terceira solução mista, com alguns poderes de gestão de casos sujeitos a um dever estrito e outros com mais discricionariedade¹⁹². (tradução nossa)

¹⁹² “Today, organisational or procedural judicial case management is common standard of all European procedural cultures be they traditionally oriented to more judge-dominated or more party-

A relevância da gestão judicial do procedimento, ao que se vê das experiências tratadas neste tópico, vai muito além da concessão de licenças tímidas ao juiz porque estas não bastam para um tratamento adequado do processo e dos direitos processuais das partes. A gestão do procedimento pelo juiz deve ser ampla (embora não irrestrita) porque qualquer processo envolve custos, e estes estão longe de afetarem apenas as partes e de se restringirem a custos financeiros, alcançando o funcionamento do sistema de justiça e impactando nos interesses da coletividade.

3.2 PROPORCIONALIDADE PANPROCESSUAL E SUA RELAÇÃO COM A FLEXIBILIZAÇÃO JUDICIAL: UMA VIA ENTRE O COURT E O CASE MANAGEMENT

Os problemas de funcionamento da justiça civil têm sido enfrentados, essencialmente, com reformas constantes da legislação processual e com investimentos em soluções de tecnologia da informação aplicadas aos processos. A aprovação de um novo Código de Processo Civil, com suas aspirações por celeridade e eficiência, e a apresentação de inovadores softwares de gestão processual dão o tom dos caminhos eleitos para a tentativa de superação da crise do sistema de justiça.

Já não é mais novidade reconhecer no juiz a figura de gestor de recursos humanos e materiais aplicados aos processos. Exige-se dele que se acostume às ferramentas digitais e adquira conhecimentos de administração que ainda hoje não são ensinados nos cursos de Direito, tudo em nome de um melhor funcionamento do sistema de justiça. Entretanto, parece não ter havido a percepção de que o juiz pode ter como meio eficaz de administração dos processos a aplicação de institutos processuais (que lhe são mais familiares do que conceitos de gestão de pessoas e coisas) de uma forma que supere a visão tradicional da cultura jurídica, que de

dominated procedural models. Differences do, however, still exist in respect of material or substantive case management. In some European jurisdictions it is practised as a strict duty, whereas in others it is viewed as a judicial competence that is to be exercised flexibly by the court as an aspect of its overriding discretion. A further approach is seen in other European jurisdictions which adopt a mixed approach with both strict duties and discretionary measures. Others again, such as the common law jurisdictions do not recognise material or substantive case management. These Rule adopt the third, mixed, solution with some case management powers being subject to a strict duty, and hence must be carried out, with others being discretionary, and hence may be carried out by the court". (UNIDROIT, 2020).

acostumada à multiplicação de litígios individualizados, deixa de notar que essa multidão de processos que fomenta a crise do sistema de justiça decorre não só de uma patológica sanha litigante, mas das próprias limitações que desnecessariamente impõe a si mesma.

O poder judicial de adaptação do procedimento apresenta-se como mecanismo para a aplicação de institutos processuais para além dos limites dos processos individuais, aproveitando-os como mecanismos de gestão e de tratamento conjunto de processos, o que pode servir para o enfrentamento da crise do sistema de justiça. A flexibilização judicial pode ser o caminho para que o juiz promova não só a gestão de casos individuais (*case management*), mas o gerenciamento da plêiade de processos sob sua responsabilidade e de seus colegas de mesma competência jurisdicional, em uma perspectiva localizada de *court management*.

Para tanto, é preciso trazer à memória que o papel confiado ao Poder Judiciário vai muito além da solução dos conflitos individuais. Se a atividade jurisdicional não pode se descolar de seu aspecto de serviço público arquitetado para resolução de litígios, ela também não pode perder de vista sua missão de contribuir para a construção do Direito, pacificando o sentido e aplicação das normas jurídicas.

É necessário, portanto, fazer funcionar o sistema de justiça civil como estrutura voltada a afirmar o sentido do Direito ao tempo em que resolve conflitos individuais. A partir disso, justifica-se a atuação do juiz em perspectiva global, em gestão dos processos sob sua presidência capaz de ultrapassar os limites dos processos individualizados, lembrando a todos os atores processuais que o papel do Poder Judiciário não se esgota na produção de estatísticas de julgamento. Trata-se de encarar as partes (processos individuais) a partir do todo (jurisdição).

Nesse contexto surge como relevante a proporcionalidade panprocessual, termo cunhado por Sérgio Cruz Arenhart¹⁹³ a partir das lições de Remo Caponi¹⁹⁴.

¹⁹³ ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

ARENHART, S. C.; OSNA, G. Complexity, Proportionality and the 'Pan-Procedural' Approach: Some Bases of Contemporary Civil Litigation. **International Journal of Procedural Law**, v. 4, 2014.

¹⁹⁴ CAPONI, R. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 65, n. 2, 2011.

Se o respeito à missão institucional do Poder Judiciário de dizer o Direito recomenda tratar as partes a partir do todo, a perspectiva da atividade jurisdicional como serviço público de solução de conflitos encontra naquele princípio caminho seguro para os reclamos constitucionais de eficiência, segurança jurídica e celeridade.

Com efeito, a atuação do juiz na gestão conjunta de processos, em uma perspectiva localizada de *court management*, traduz meio adequado, necessário e proporcional para a gestão da grande quantidade de processos levados ao juiz, analisados em seu conjunto e na interrelação existente entre eles.

3.2.1 A jurisdição para além da solução de conflitos individuais

Embora a atividade do Poder Judiciário, tradicionalmente, seja identificada como a de aplicar as leis ao caso concreto, resolvendo conflitos intersubjetivos, é fato que seus pronunciamentos transbordam para muito além do caso em julgamento. A posição do Poder Judiciário como fórum de definição do sentido e alcance do Direito, bem como de sua salvaguarda contramajoritária, já está há tempos consolidada.

Este papel conferido ao Poder Judiciário ganha contornos mais fortes no Brasil ao se lembrar o contexto em que promulgada a Constituição Federal de 1988. A Constituição foi editada em um processo de redemocratização como parte de um projeto de país do e para o futuro, o que implicou a apresentação de diversos princípios e conceitos indeterminados em seu texto. Conferir significado a estes princípios e conceitos e colocar fim à disputa por direitos surge como missão do Estado e, precipuamente, como meta institucional do Poder Judiciário. Trata-se, na linha do sugerido por Melanie Merlin de Andrade, de um pré-compromisso moral ou de uma moralidade institucional que serve de base para o direcionamento do Direito.¹⁹⁵

¹⁹⁵ “Fato é que, diferentemente da realidade de common law, em que as teorias de Hart, Dworkin e MacCormick foram desenvolvidas, no Brasil, e nesse ponto nos aproximamos da estrutura kelseniana de civil law, não se formulou a Constituição de 1988 somente como uma positivação de costumes e valores. A Constituição brasileira surge após um regime militar que assolou o país, de maneira que a Assembleia Constituinte previu e idealizou na Carta Magna um país para o futuro, com diversos princípios e conceitos indeterminados. Contudo, passados mais de trinta anos da promulgação constitucional, os direitos continuam em disputa. Isso se dá justamente porque as tentativas de unificação dos direitos não se atentaram ao verdadeiro problema: o pré-compromisso moral ou a moralidade institucional que serve de base para o direcionamento do direito.” In:

O Estado dita o Direito também por intermédio do processo judicial, definindo o conteúdo das normas jurídicas, que no seu momento de nascimento nas Casas Legislativas não passam pelo teste de validação (e concretização) que só as situações da vida são capazes de oferecer. Daí se torna intuitivo que, sem prejuízo da governança articulada e da integridade das funções que advêm da separação de poderes, os Poderes Legislativo e Judiciário trabalham, cada um em seu momento, na consolidação das normas jurídicas e, por conseguinte, na estabilidade do Direito.

A atuação jurisprudencial na definição do Direito, como já se disse, ultrapassa as dobras do caderno processual e irradia efeitos no cotidiano da população, dando norte para a compreensão de seus direitos e a construção, por si, de solução para suas controvérsias sem demandar a intervenção judicial. Os pronunciamentos do Poder Judiciário, marcadamente de seus tribunais de vértice, são voltados aos jurisdicionados como forma de lhes conceder segurança para o regramento de suas condutas e para que possam pautar suas escolhas na vida em sociedade.

A influência da carga normativa da jurisprudência¹⁹⁶, é relevante lembrar, por vezes acaba por transbordar o espaço que, teoricamente, a ordem jurídica reserva à atuação do Poder Judiciário, o que faz destacar ainda mais o impacto da atuação deste Poder na vida da sociedade, que sobrepuja e não se esgota na solução de conflitos individuais.

A propósito, é preciso trazer à memória que já há algum tempo o processo civil não é mais visto como instrumento a ser manuseado ao talante das partes e só para atendê-las. Ainda que se perceba movimentos legislativos que concedem maior autonomia às partes na tramitação do feito, forçoso lembrar que o princípio dispositivo, desde o século XIX, tem sido entendido de forma consentânea com o dever-poder estatal de estabelecer a verdade dos fatos e definir o sentido do Direito, moldando uma percepção publicística do processo, mesmo aqueles voltados à solução de conflitos individuais¹⁹⁷.

ANDRADE, M. M. de. **Positivismo jurídico inclusivo e moralidade institucional**: uma reflexão sobre o contexto brasileiro. 2020. 222 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Brasil, 2020.

¹⁹⁶ “Nos últimos tempos, tem-se dado a devida atenção à carga normativa da jurisprudência. Tem-se reconhecido que decisões judiciais são mais do que fonte do direito: são o próprio direito”. In: ALVIM, T. A. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 80.

¹⁹⁷ “Desde fines del siglo diecinueve estaba abierta una fuerte discusión sobre el rol del juez en el proceso civil en Europa y en los países que iban adquiriendo su independencia en Latinoamérica.

A respeito desta concepção publicística do processo, pertinentes as ponderações de Owen Fiss:

Entretanto, em meu entendimento, o objetivo da adjudicação deve ser entendido de maneira mais ampla. A adjudicação utiliza recursos públicos e não emprega estranhos escolhidos pelas partes, mas agentes públicos escolhidos por um processo do qual o público participa. Esses agentes, como os membros dos Poderes Executivo e Legislativo, possuem um poder que foi definido e conferido pelo direito público e não por ajuste privado. Seu trabalho não é maximizar os objetivos de particulares, nem simplesmente assegurar a paz, mas explicar e conferir força aos valores contidos em textos de grande autoridade, como a Constituição e as leis: para interpretá-los e deles aproximar a realidade¹⁹⁸.

O que se pretende demonstrar - a partir da missão institucional do Poder Judiciário de dar sentido ao Direito e da concepção publicística de processo - é que a jurisdição é poder para além da solução de conflitos individuais. A atuação típica do Poder Judiciário engloba a resolução de conflitos intersubjetivos (pacificação social) e a definição do Direito (pacificação da ordem jurídica). E, como é intuitivo, estes vieses de atuação não são estanques.

Se a atuação do Poder Judiciário envolve a pacificação social e a pacificação do Direito, o funcionamento de seus mecanismos (dentre os quais o processo assume posição central) deve ser pensado para atender a um e outro. O poder jurisdicional não alcançará a pacificação social se não contar com instrumentos para atingir tal finalidade; da mesma forma, não logrará atingir a pacificação do Direito se seus instrumentos não forem forjados para tal desiderato, ou se só o forem para atender à solução de conflitos individuais.

En términos generales, podría decirse que el sistema judicial establecido en códigos, luego de la revolución Francesa, y hasta parte del S. XX se caracterizó por un entendimiento privatista e individualista de los fines del proceso. Para este entendimiento del proceso, los autores comenzaron a llamar como 'principio dispositivo' en el rol primordial reservado a las partes como. Aquí la palabra 'dispositivo' acentuaba la capacidad primaria de los litigantes para asumir la iniciación, prosecución (cuando no también dilación y obstrucción), y finalmente la terminación de los procedimientos civiles. [...] Las partes, y en especial el actor, podía 'disponer' de sus derechos substantivos y lógico reflejo era que ello debía reflejarse sin cercenamiento procesalmente. De ese modo, controlaba el propósito, la naturaleza, y la duración de los procesos civiles [...] La principal contribución en esta revolución crítica a aquella visión consistió en poner la atención en el rol público de una controversia civil. Es decir, aunque era verdad que era una controversia sobre y en torno a derechos individuales y privados, también era cierto que la sociedad tenía un interés general de lograr soluciones rápidas, resultados civiles igualitarios, sentados en verdad y no solo en caprichos de alguno de los litigantes, y fundamentalmente justos". In: RAGONE, A. P. La revalorización de la eficiencia en la justicia civil. In: CONGRESSO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, XXXIX, 2018. Bogotá: ICDP, 2018.

¹⁹⁸ FISS, O. Contra o acordo. In: SALLES, C. A. de (Coord.). **Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade**. Tradução de: SILVA, D. P. G. da; RÓS, M. de M. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 139.

Por estas razões, o processo e os institutos que o compõem devem ser encarados sob esta dupla perspectiva. A tradicional visão dos elementos de processo como meios para viabilizar a solução do conflito intersubjetivo deve ceder lugar a uma visão que prestigie também o outro viés de atuação do Poder Judiciário.

Ao que se verifica do atual cenário do sistema de justiça, porém, isto não tem ocorrido. Porque os institutos processuais e o processo são encarados apenas sob a perspectiva de pacificação social, em demandas tratadas individualmente, o sistema de justiça precisa conviver com a explosão de ações, insuficiência de recursos materiais e humanos e a edição de decisões judiciais contraditórias. O Poder Judiciário, então, não cumpre a contento nenhuma de suas missões, porque não dá conta de promover a pacificação social de maneira eficiente e tempestiva, tampouco de assegurar a pacificação do Direito sem constrangedoras contradições.

O processo é instrumento de garantia, intimamente ligado ao direito material tutelado, mas é, também, o meio pelo qual o Estado-juiz se manifesta a respeito do Direito. Estas duas faces do processo devem conviver em harmonia, e, para tanto, é preciso admitir que não há qualquer princípio de direito que crie um conflito a ponto de exigir que a condução do processo individual se dê de maneira divorciada de outros em trâmite como fator indispensável ao bom agir do Estado¹⁹⁹.

Ao revés, a ordem jurídica é composta por princípios cuja aplicação e observância recomendam o tratamento processual em perspectiva global, ou seja, tendo por norte o conjunto de processos submetidos ao Poder Judiciário.

¹⁹⁹ Por certo que a busca pela eficiência do processo e, por conseguinte, do sistema de justiça, não significa e não pode pretender atropelar as garantias processuais previstas na ordem jurídica, conquistas da sociedade. Trata-se, isto sim, de encontrar o equilíbrio adequado entre as duas necessidades – eficiência e proteção a direitos. A este respeito, leciona Antonio do Passo Cabral: *“An initial point to make is that applying efficiency to adjudication does not mean abandoning the fundamental guarantees of procedural law. The balance between efficiency and guarantees follow the precept that procedural law is aimed at the protection of legal rights that must be provided in an effective and efficient manner, while always respecting the constitutional rights of all stakeholders. That is why the quest for efficiency cannot stem from a purely quantitative concept, focused only upon swiftness and cost reduction in order to satisfy government priorities. The savings logic has limits, and concern over efficiency and the outcome of judicial processes cannot allow the fundamental guarantees of the due process of law to be breached or overlooked”*. In: CABRAL, A. New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management. **Peking University Law Journal**, v. 6, n. 1, p. 5-54, 2018. p. 16.

3.2.2 Proporcionalidade panprocessual

O Poder Judiciário é a instituição responsável pela depuração do Direito objetivo e afirmação do direito subjetivo, e se desincumbe destes misteres por meio da prestação jurisdicional que, em essência, traduz-se também como prestação de um serviço público. Como dito, o Poder Judiciário precisa ser visto a partir destas duas perspectivas, de forma concomitante: sob a perspectiva de sua missão institucional de depuração do Direito e sob a perspectiva de sua rotina como serviço público na solução de conflitos individuais.

A atividade jurisdicional como serviço público deve ser pensada e executada a partir da adequada relação entre meios e fins, em respeito aos princípios gerais da Administração Pública (artigo 37 da Constituição Federal). Os recursos materiais e humanos do Poder Judiciário, sempre insuficientes diante do grande número de processos levados à sua apreciação, devem ser aplicados a partir de critérios de racionalidade e proporcionalidade.

A respeito da racionalidade e proporcionalidade na gestão da atividade jurisdicional, aponta Remo Caponi:

[...] os recursos que o serviço de justiça pode alocar para a satisfação dessa necessidade individual na disputa única devem ser equilibrados, não tanto com um interesse público abstrato no bom funcionamento da jurisdição como função estatal, mas com os recursos a serem reservados para a satisfação de outras necessidades igualmente individuais, das quais as partes (atuais ou potenciais: portanto, os cidadãos em geral) são portadoras em outros litígios dirigidos (ou a serem dirigidos) ao conhecimento do juiz. Em outras palavras, uma vez que os recursos do sistema de justiça são - e provavelmente sempre serão - escassos em comparação com as necessidades, a eficácia da atuação judicial em um único litígio, ou seja, a adequação da resposta à necessidade individual no caso individual é uma variável dependente da necessidade de garantir a eficiência do sistema judicial como um todo, ou seja, a otimização da alocação de recursos em relação aos resultados satisfatórios que o serviço de justiça é chamado a atingir na gestão da massa de processos²⁰⁰. (tradução nossa)

²⁰⁰ [...] le risorse che il servizio della giustizia può destinare al soddisfacimento di questa esigenza individuale nella singola controversia devono essere bilanciate, non tanto con un astratto interesse pubblicistico al buon funzionamento della giurisdizione come funzione statale, bensì con le risorse da riservare al soddisfacimento delle altre esigenze parimenti individuali, di cui sono portatori le parti (attuali o potenziali: quindi anche i cittadini) nelle altre controversie indirizzate (o da indirizzare) alla cognizione del giudice statale.

In altri termini, poiché le risorse del servizio giustizia sono – e probabilmente saranno sempre – scarse rispetto al fabbisogno, l'effettività del rimedio giurisdizionale nella singola controversia, cioè la congruità della risposta al bisogno individuale di tutela nel singolo caso, è una variabile dipendente dalla necessità di assicurare l'efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso, cioè

Encarar a prestação jurisdicional a partir de sua natureza de serviço público permite abordagem prática a respeito de seu funcionamento sem descurar dos princípios constitucionais que a informam; e, neste contexto, sobressai o princípio da proporcionalidade, notadamente, na gestão do universo dos processos que tramitam no sistema de Justiça.

Com efeito, de há muito o princípio da proporcionalidade se presta como parâmetro para aferição da correção da atuação do Poder Público, sendo concebido mesmo como um princípio constitucional implícito. Ao lado dos imperativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tem-se reclamado do Estado a edição de atos que sejam adequados, necessários e proporcionais em relação aos seus efeitos positivos e negativos.

Do Estado-juiz também se espera agir atento aos ditames da proporcionalidade. A atuação judicial, costumeiramente, é vista como atividade de aplicação e vinculação aos parâmetros da legislação material e processual, mas não se pode olvidar que, como atividade estatal, deve também trazer como padrão de atuação o agir de acordo com os princípios acima citados, e isto mesmo na aplicação do Direito em cada ação judicial.

Aqui entra em evidência o que Sérgio Cruz Arenhart chama de “proporcionalidade panprocessual”, isto é, o princípio de aferição da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito na visão global dos processos sob a apreciação do Poder Judiciário, ou de determinado Juízo. A partir dele, o dispêndio de energia e a forma de distribuição da Justiça e depuração do Direito alcançam o nível de eficiência e juridicidade adequados quando permitem que o Poder Judiciário dê conta de resolver toda a gama de processos sob sua responsabilidade de forma ótima, já que todos iguais em importância e com o mesmo significado na definição do que é o Direito.

A proporcionalidade panprocessual vai além da gestão de processos. Ela contribui para o adequado funcionamento do Poder Judiciário, dá sentido ao direito de ter um dia perante a Corte e confere traços realistas aos direitos fundamentais

processuais previstos na Constituição Federal²⁰¹. Ao tratar da proporcionalidade panprocessual, escreve Sérgio Cruz Arenhart:

Sob esse ponto de vista, os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido estrito), que compõem o cânone da proporcionalidade (em sentido amplo) adquirem novos contornos. Com efeito, a investigação da razoabilidade do tratamento processual dado a uma causa singular passa a ser examinada não apenas em seu próprio contexto, mas em relação ao universo de demandas em trâmite perante o Poder Judiciário. A racionalização dos esforços jurisdicionais passa a tomar em consideração o complexo de usuários (atuais e potenciais) do serviço, e não apenas o caso específico, que está eventualmente nas mãos do juiz. A solução, em síntese, da colisão das garantias fundamentais, passa a operar-se em outro plano: o macroscópico, tangenciando a política judiciária²⁰².

A proporcionalidade panprocessual convida a enxergar o funcionamento do sistema de justiça mirando a tramitação dos processos de fora para dentro, isto é: enxergar os pontos de intersecção que diversos processos têm entre si para permitir gestão eficaz de sua tramitação. A preocupação com o processamento eficaz de um feito ultrapassa capa e contracapa dos autos para lançar os olhos em outros feitos que podem (e devem), por questão de eficiência e racionalidade, tramitar sob a mesma lógica e pelos mesmos trilhos, ainda que, numa primeira vista, não haja institutos previstos na legislação processual que tradicionalmente permitam esta aproximação.

Seja porque o escopo da atividade jurisdicional não se esgota na solução de conflitos individuais, seja porque a necessidade de racionalização do serviço público na solução de conflitos individuais recomenda gestão eficiente dos recursos públicos, a condução estanque de cada processo individualmente considerado não pode ser tida como necessária ou indispensável se assegurada sua correspondência com as garantias que defluem do devido processo legal.

Não há direito à tramitação isolada e exclusiva de processo que traz em seu bojo questões de fato e de direito que, a despeito de versarem sobre direitos individuais, se repetem em vários processos congêneres. O que existe é direito à tramitação de processo que observe direitos e garantias fundamentais e que assegure justiça procedimental, sempre observados os parâmetros da legislação

²⁰¹ Sobre a abordagem panprocessual do princípio da proporcionalidade e sua influência na concretização de direitos fundamentais e na gestão do Poder Judiciário, recomenda-se a leitura de: Arenhart e Osna (2014).

²⁰² ARENHART, 2014, p. 45.

processual. Como aponta Sérgio Cruz Arenhart, “se é certo que o direito pertence ao indivíduo e, por isso, cabe a ele a decisão sobre se deve ou não haver proteção a eventual lesão [...] o mesmo não se pode dizer em relação à via de proteção oferecida pelo Estado”²⁰³.

A pertinência do tratamento individualizado e isolado de processos que, mesmo versando sobre direitos individuais, têm pontos de convergência com outros similares não sobrevive ao teste da proporcionalidade. Isso porque não se vê adequação ou necessidade no dispêndio de recursos materiais e humanos para a solução um a um de processos que, do ponto de vista da integridade e coerência da jurisprudência, demandam o mesmo tratamento procedimental e a mesma resposta do Direito.

Nessa toada, não dar azo ao tratamento conjunto de processos individuais com questões afins milita em sentido contrário aos deveres de eficiência, já que aumenta os custos de manutenção do serviço judiciário e é capaz de desequilibrar a relação dispêndio de energia x pacificação social x depuração do Direito.

A bem da verdade, a falta de tato na gestão dos processos individuais ou, pior, a convicção de que o processamento isolado de cada um deles é impositivo, alimenta uma série de fatores que atentam contra o bom funcionamento do Poder Judiciário. A carência de racionalidade e proporcionalidade no serviço judiciário acarreta:

a) a adoção de decisões diferentes para casos iguais: por mais que se conceba um sistema processual baseado em precedentes (seja como os de *common law*, seja o concebido no Código de Processo Civil brasileiro) e que este sistema funcione adequadamente, o fato é que a pulverização de questões de fato e de direito idênticas (nem todas reiteradas a ponto de se admitir tratamento por recursos repetitivos) e a variada formação dos juízes tornam muito difícil evitar a ocorrência de decisões conflitantes. Esta situação, embora não se resolva pela só gestão coletiva dos processos sob a presidência de juízes com mesma competência, com certeza é agravada com a primazia do tratamento individualizado dos processos;

b) pronunciamentos sobre o Direito a partir de discursos sem reflexão adequada: os órgãos correccionais a que vinculados os juízes têm dado peso por

²⁰³ ARENHART, 2014, p. 50.

vezes excessivo às estatísticas de julgamento, fazendo com que as atenções dos tribunais se voltem ao cumprimento de metas numéricas e não propriamente à qualidade e racionalidade da prestação jurisdicional. Ou o juiz vence rapidamente sua carga de processos, ou é por ela vencido;

c) a proliferação de processos evitáveis, repetidos ou em si mesmos justificados e a apropriação do espaço judicial como forma de enriquecimento (lícito e ilícito): a lógica do tratamento individualizado de demandas com potencial de julgamento conjunto estimula a litigância predatória e o uso do processo com estratégias voltadas a dificultar o direito de defesa e o controle sobre a uniformidade da prestação jurisdicional.

A perspectiva panprocessual do tratamento de processos já não é novidade em outros sistemas. Como visto, o processo civil inglês tem se preocupado em garantir gestão proporcional e adequada do conjunto de processos levados ao Poder Judiciário²⁰⁴. A este respeito, escreve Antonio do Passo Cabral:

Recentemente, mecanismos de natureza jurisdicional (aplicáveis por um juiz em processos judiciais) estão começando a florescer e se desenvolver para permitir a gestão de muitos procedimentos ao mesmo tempo. Os exemplos incluem os procedimentos de solução padrão e os procedimentos para a resolução em bloco de várias reivindicações sobre a mesma questão de fato ou de direito. Através do uso dessas técnicas, o gerenciamento de casos é direcionado a partir de uma visão “macroprocessual”, no que poderia ser chamado de gerenciamento de múltiplos casos. A grande diferença é que essas técnicas promovem soluções em larga escala, ainda que em função da atividade jurisdicional e não administrativa (como a gestão de tribunais), com todas as diferenças de princípios e garantias entre essas duas esferas²⁰⁵. (tradução nossa)

²⁰⁴ “From the perspective of overarching principle, the main features of this exciting fresh start involved recognition of nine leading principles, values, or aims: proportionality in the conduct of proceedings (...) ‘The Overriding Objective’ in CPR Part 1 gives prominence to the notion of ‘proportionality’ both in the organisation of levels of procedure—small claims, fast-track, or multi-track proceedings — and in the exercise of the court’s extensive case-management powers”. In: ANDREWS, N. Fundamental Principles of Civil Procedure: Order Out of Chaos. In: KRAMER, X. E; VAN RHEE, C. H. **Civil Litigation in a Globalising World**. 2012. p. 28.

²⁰⁵ “In recent times, adjudication mechanisms of jurisdictional nature (applicable by a judge within judicial proceedings) are beginning to flourish and develop to enable the management of many procedures at once. Examples include the standard-solution procedures and proceedings for the resolution en bloc of multiple claims on the same issue of fact or law, such as test claims, model proceedings, pilot-judgements, etc. Through the use of these techniques, case management is targeted from a macroprocedural view, in what could be called multiple-cases management. The biggest difference is that these techniques promote large-scale solutions, albeit as a function of adjudication that is jurisdictional and not administrative activities (like court management), with all the differences of principles and guarantees between these two spheres”. (CABRAL, 2018, p. 16).

O tratamento unitário de uma plêiade de processos que tratam da mesma questão de fato ou de direito tem como ponto de partida o reconhecimento do poder de gestão procedimental pelo juiz. Sem que o juiz possa moldar o procedimento de modo a adaptá-lo às necessidades de um tratamento proporcional em relação à plêiade de processos sobre sua jurisdição, não é possível que se cogite de uma administração racional da atividade jurisdicional.

3.2.3 O poder do juiz de adaptação do procedimento como mecanismo da proporcionalidade panprocessual: a via entre o *court* e o *case management*

A adaptação judicial do procedimento é mecanismo importante para viabilizar uma atuação proporcional no tratamento das demandas submetidas ao Poder Judiciário, uma vez que as regras que compõem o ordenamento processual, só por si, preveem hipóteses insuficientes de gestão conjunta dos processos com pontos de intersecção entre eles²⁰⁶.

O poder judicial de adaptação do procedimento permite que o juiz conforme o andamento de determinada demanda para que esta possa tramitar em conjunto (ou ao menos *pari passu*) com outra(s) demanda(s), viabilizando gestão adequada de todas elas, a partir do critério da proporcionalidade. As concepções de procedimento rígido e de juiz sem poderes de flexibilização não só inviabilizam a gestão em perspectiva panprocessual como militam em desfavor de seu desiderato, fomentando todos os problemas relatados no tópico anterior.

Essa atuação do juiz na adaptação dos procedimentos mirando a panproporcionalidade situa-se entre o *case management* e o *court management*.

O *case management*, conforme já analisado, diz respeito à gestão ativa do caso pelo juiz, tanto do ponto de vista formal quanto material, conformando o procedimento para dele extrair todas as suas potencialidades e alcançar suas finalidades, em cooperação com as partes. Trata-se da aplicação de mecanismos e técnicas de gestão do processo em dimensão procedimental e, eventualmente,

²⁰⁶ As hipóteses de cooperação jurisdicional, como é intuitivo, pressupõem que os processos tramitem em juízos distintos, de tal forma que, apesar de serem mecanismos relevantes para a gestão proporcional dos processos, não são suficientes para resolver os processos com pontos de intersecção que tramitam no mesmo juízo.

também substancial²⁰⁷. De seu turno, o *court management* diz respeito à organização institucional do Poder Judiciário para gerir da melhor maneira as demandas que lhe são submetidas. Trata-se do movimento feito pela administração judiciária para, tendo em vista os recursos materiais e humanos de que dispõe, conceber a competência de seus órgãos internos e seu funcionamento com certa capacidade de flexibilização para garantir eficiência no tratamento dos processos²⁰⁸.

Assim, enquanto o *case management* cuida das possibilidades de adaptação do procedimento em si, em perspectiva microprocessual, o *court management* toca na concepção de modelos de funcionamento do sistema de justiça para uma melhor abordagem dos processos, em visão macroprocessual.

A proposta de gestão panprocessual apresenta-se como solução intermediária, uma possível via entre *case management* e o *court management*. A partir da gestão panprocessual, o juiz pode promover técnicas de tratamento conjunto de processos sob sua jurisdição, ou sob jurisdição de juízos de mesma competência, que foram inicialmente apresentadas como demandas individuais, visando à promoção de todos os princípios e ideias de gestão administrativa abordados até aqui.

Se o tribunal busca caminhos para melhorar a estrutura de julgamento e aprimorar as técnicas e os instrumentos da jurisdição, e se, de outro lado, é aceita a gestão do processo por iniciativa do juiz, a gestão para fora dos limites do processo individual acaba sendo decorrência necessária para os dois tipos de gestão conviverem e se potencializarem. Na lição de Antônio do Passo Cabral:

A eficiência no gerenciamento de casos reúne considerações sistêmicas e uma perspectiva microprocessual voltada para a resolução ideal de cada caso. Se a eficácia da tutela judicial conduz à racionalização dos recursos materiais e humanos porque a sua aplicação foi otimizada, a gestão eficiente de cada caso contribui em escala para o aumento da eficácia do funcionamento do Judiciário como um todo. Portanto, há uma “economia interna” que se reflete na eficiência de todo o sistema.

[...] Por outro lado, esta intersecção entre o caso e o sistema em considerações de eficiência permite ao juiz fazer uso de argumentos que não são estritamente jurisdicionais (podendo recorrer aos relacionados com a gestão do tribunal) para decidir sobre as regras de competência. Assim, sobre a relação entre eficiência e competências, importa referir que a

²⁰⁷ ALVES, 2019. p. 208-220.

²⁰⁸ Vide a respeito: Ragone (2018, p. 258); Cabral (2018). *passim*.

eficiência do processo civil impõe que consideremos não só os aspectos jurisdicionais, mas também os de organização judiciária²⁰⁹. (tradução nossa)

A gestão panprocessual apresenta-se como alternativa para enfrentar a realidade do sistema de justiça civil, marcada por ações idênticas – não raras vezes manejadas pelo mesmo grupo de profissionais advogados – direcionadas por vários autores, de forma individual, a um mesmo réu (normalmente pessoa jurídica de grande porte), e pelo ajuizamento, por um mesmo demandante, de ações pulverizadas contra o mesmo ou diferentes réus, mas com a mesma tese jurídica.

Os tribunais têm encontrado dificuldades para a gestão desta realidade. A cultura da litigância e a ideia equivocada de que o tratamento individualizado dos feitos é caminho no mais das vezes inevitável geram, como já se disse, altos custos, insegurança e descrédito do sistema de justiça pelas formas desconstruídas e contraditórias que este enfrenta o problema.

Nesse sentido, os tribunais têm criado centros de monitoramento das assim chamadas “demandas predatórias”, subsidiando seus juízes com informações a respeito do número dessas ações, nível de incidência, pessoas envolvidas etc. Embora relevante a criação destes centros de monitoramento, fato é que sua atuação acaba se dando com certo atraso, após a proliferação daquelas demandas, e quando já dispendida energia do sistema de justiça para seu processamento, quando não já prolatadas decisões em sentidos diversos. Além disso, os centros de monitoramento acabam por ter sua eficiência posta à prova se seu funcionamento não for acompanhado de mudanças de paradigmas na jurisprudência e de mecanismos que, efetivamente, resolvam o problema.

Importante considerar, por outro lado, que as adaptações do procedimento para uma gestão panprocessual podem não alcançar os resultados almejados.

²⁰⁹ “Efficiency in case management brings together systemic considerations and a microprocedural perspective geared towards the optimal resolution of each case. If the efficiency of judicial relief leads to the rationalisation of material and human resources because its application was optimised, the efficient management of each case contributes in scale towards the increased effectiveness of the workings of the judiciary as a whole. Therefore, there is an “internal saving” that reflects on the efficiency of the entire system [...] On the other hand, this intersection between the case and the system in considerations of efficiency allows the judge to make use of arguments that are not strictly jurisdictional (being able to draw on those related to court management) in order to decide on the rules for case assignment. Hence, on the relationship between efficiency and competences, it should be noted that efficiency in civil procedure imposes that we consider not only jurisdictional aspects, but also those of court organisation.” (CABRAL, 2018, p. 31).

A este respeito, e apesar de construir seu raciocínio a partir da realidade estadunidense, a abordagem de David Rosenberg sobre as dificuldades com a gestão de *class actions*, *standard claims market* e *colateral estoppel* pode trazer algumas lições sobre a relação custo-benefício do tratamento individualizado e da coletivização das demandas²¹⁰.

Em síntese, David Rosenberg analisa os custos econômicos e de eficiência jurídica e social de mecanismos de gestão e coletivização, tais como a *class action*, o *collateral estoppel*, e da tramitação de ações individuais. Ao longo do texto, Rosenberg observa que, do ponto de vista de custos para todos os atores, inclusive o Judiciário, inicialmente há uma percepção de que aqueles instrumentos realmente diminuem os custos da “litigância duplicada”. Contudo, o autor lembra dos altos custos e da complexidade (que também se traduz em custo) do *court management* para as *class actions*, e o mesmo em relação aos custos jurídicos (e, ainda que indiretamente, econômicos) dos efeitos do *collateral estoppel*.

Ao sustentar algumas vantagens das ações pulverizadas, Rosenberg afirma que diante de um sem número de ações, as grandes corporações podem ser incentivadas a criar câmaras de conciliação e proporem sistemas de acordo. Além disso, a existência de várias ações pode servir de parâmetro para verificar em quanto tem sido a condenação, quais os ganhos e perdas etc, a fim de incentivar acordos em casos futuros. O autor aponta que a escolha pela litigância pulverizada pode servir (sobretudo ao réu) para verificar suas chances de êxito no longo prazo, tentando construir teses que lhes são favoráveis.

Não se pode desconsiderar as evidentes diferenças dos sistemas processuais e procedimentais dos Estados Unidos e do Brasil. Mas a menção ao trabalho de David Rosenberg serve para dar conta de que a virada cultural reclamada pela gestão panprocessual do procedimento implica a análise e ponderação de alguns custos e complexidades dela decorrente (exemplo: no caso da reunião de ações com questões de fato em comum, partes e juiz eventualmente teriam que se debruçar sobre a existência de aspectos individuais, ainda que mínimos, de cada parte, observando o quanto isso impactaria em questão de tempo, gestão e de aplicação do Direito em um processo concentrado e individualizado).

²¹⁰ ROSENBERG, D. Avoiding Duplicative Litigation of Similar Claims: The Superiority of Class Action vs. Collateral Estoppel vs. Standard Claims Market. **Harvard Law Review**, n. 394, dez. 2002.

A despeito das dificuldades, a gestão panprocessual, a partir da adaptação de procedimentos e técnicas de coletivização, ainda parece ser alternativa adequada para o aprimoramento do serviço de justiça, principalmente porque pode ser concebida de forma objetiva e abrangente, a partir de técnicas e institutos processuais vigentes.

Deveras, como sói acontecer no atual contexto da justiça civil, mesmo sem a previsão explícita de técnicas de gestão, há diversas iniciativas neste sentido praticadas pelos juízes, dos mais variados tipos, o que, se de um lado pode dar espaço a boas práticas, por outro pode gerar insegurança jurídica, dar espaço a subjetivismos (e arbitrariedades) e fomentar falta de padronização de rotinas processuais²¹¹. Por isso, a gestão panprocessual a partir de técnicas de flexibilização e aplicação de institutos processuais vigentes, ainda que por meio de algumas adaptações, ganha relevo para sua consolidação como solução dotada de segurança e juridicidade.

3.2.4 A adaptação de institutos processuais para a gestão panprocessual

A precisão na definição de conceitos é essencial para o desenvolvimento de qualquer ciência. A capacidade de precisar os institutos que integram o cabedal de informações de determinada área do conhecimento é fundamental para sua sistematização e permite sua adequada aplicação prática.

Ocorre que a definição de conceitos e a precisão de institutos são feitos por meio da linguagem que, como organismo vivo, manifesta-se com variações ou crescimento de significados: palavras adquirem novos significados ou perdem conotações antigas, ao tempo em que são forjados novos termos ou antigas expressões são cooptadas para expressar novos conceitos e distinções, sem que tudo isso prejudique a racionalidade²¹².

²¹¹ Pesquisa de campo realizada por Paulo Eduardo Alves da Silva no Tribunal de Justiça de São Paulo para sua tese de doutorado indica que vários juízes brasileiros praticam alguma forma de gerenciamento de processos, adotando, em essência, práticas de três naturezas: flexibilização do procedimento legal, incentivo aos meios consensuais e organização da estrutura judiciária. Vide: SILVA, P. E. A. da. **Gerenciamento de Processos Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

²¹² Susan Haack sustenta que o crescimento do significado contribui para a flexibilidade cognitiva exigida pela racionalidade. Ao lembrar da lição de Holmes, a pensadora estadunidense vê no crescimento do significado um dos elementos que permitem a evolução dos sistemas jurídicos: *"I think the growth of meaning is much more significant than the recent philosophical mainstream acknowledges; but so far from being, as the radicals suppose, invariably a hindrance to rationality,*

Como esclarece Susan Haack, conceitos científicos e conceitos jurídicos crescem, ainda que por motivos distintos, e tal crescimento justifica a incorreção da abordagem sintática exclusivamente formalista dos significados. O crescimento do significado abre caminho para a adaptação da lei às contínuas mudanças da realidade e às alterações das necessidades²¹³.

Especificamente sobre os sistemas jurídicos, Susan Haack pontifica:

Um sistema jurídico não é, ao contrário do que é uma disciplina científica, primordialmente engajado na investigação de algum aspecto do mundo; sua tarefa central é encontrar maneiras de resolver conflitos que inevitavelmente surgem em comunidades humanas. Diferentemente dos conceitos científicos, os conceitos jurídicos não crescem como parte de um processo de adaptação da linguagem para corresponder a tipos reais de coisas ou matérias no mundo; trata-se de uma questão, na verdade, de categorias jurídicas modificando-se e adaptando-se na busca de resoluções sustentáveis para os conflitos diante de circunstâncias sociais em permanente mutação [...] E, conforme o sistema jurídico adapta-se a circunstâncias em alteração, sensibilidades morais que se modificam e compreensões acerca do mundo e de nosso lugar dentro do mundo que também se modificam, conceitos jurídicos inicialmente estreitos e esquemáticos assumem novos significados e descartam conotações antigas; no direito, como na ciência, “homens e palavras educam-se reciprocamente”²¹⁴ (tradução de Rachel Herdy)

A concepção do processo estruturado com três atores – o juiz, o autor e o réu – e que alberga uma relação intersubjetiva ainda é a dominante e é a partir dela que as proposições legislativas, teorias acadêmicas e estratégias de gestão judiciária são pensadas. O que se deve levar em consideração é o potencial (negativo) desta identidade processual provocar a pulverização da jurisdição a

it can contribute to the cognitive flexibility that rationality demands. So I am, as usual, distinctly out of line with current fashion –but, as so often, quite close to some elements of the classical pragmatist tradition; for conceptual shifts and changes are a significant theme both in C. S. Peirce’s philosophical writings and, albeit more implicitly, in Oliver Wendell Holmes’s legal theory. Moreover, neither of them sees such shifts and changes as any threat to rationality; on the contrary, Peirce sees the growth of meaning of scientific concepts as essential to scientific inquiry, and Holmes sees the growth of meaning of legal concepts as part of the process by which the common law has advanced beyond its barbarous beginnings” In: HAACK, S. The growth of meaning and the limits of formalism: pragmatist perspectives on science and law. **Analisis Filosófico**, v. 29, 2009. p. 8-9.

²¹³ HAACK, 2009, p. 11.

²¹⁴ “A legal system is not, as a scientific discipline is, primarily engaged in inquiry into some aspect of the world; its core business is finding ways to settle the disputes that inevitably arise in human communities. Rather than growing, like scientific concepts, as part of a process of adapting language to correspond to real kinds of thing and stuff in the world, legal categories shift and adapt in the search for livable resolutions of disputes in ever-changing social circumstances [...] And as the legal system adapts to changing circumstances, changing moral sensibilities, and changing understandings of the world and our place in it, initially thin, schematic legal concepts take on new meaning and shed older connotations; in law, as in science, “men and words reciprocally educate each other”. (HAACK, 2009, p.18-19).

respeito de temas jurídicos com alguma imbricação entre si, com todos os malefícios já mencionados linhas atrás.

As demandas do processo civil hoje não são as mesmas do tempo em que clássicos institutos processuais foram concebidos. Um breve lançar de olhos na rotina forense denuncia que grande parte dos conflitos individuais não dizem respeito a tão somente uma relação jurídica envolvendo partes bem definidas; ao contrário, a realidade do sistema de justiça mostra que, hodiernamente, a grande maioria dos conflitos são fruto da sociedade de massa ou, ao menos, guardam vários pontos em comum entre si, e muitos deles mudam apenas a identificação das partes (quando não apenas o polo ativo ou o polo passivo).

O Código de Processo Civil, é verdade, possui mecanismos voltados à solução de conflitos repetitivos, tais como o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Ocorre que tal instrumento é voltado unicamente para questões de direito. Além disso, depende de “repetição reiterada”, sem que se tenha definição exata do que se entende por reiteração, tampouco do universo territorial de sua aferição. Não bastasse, o IRDR, como mecanismo de solução de conflitos de massa, ainda não foi bem aceito (ou compreendido) pela magistratura²¹⁵ e precisa

²¹⁵ A pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos”, promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros em parceria com a Fundação Getúlio Vargas, concluída em 2018, entrevistou magistrados de todo o país a respeito de diversos assuntos da carreira e da realidade do Poder Judiciário. No que toca à fundamentação das decisões judiciais, buscou aferir o grau de concordância dos Magistrados sobre o impacto em suas decisões do sistema de súmulas e precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores. A questão 54 apresentou o seguinte enunciado: “O(a) magistrado(a) deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes”, enquanto a questão 55 indagou se “O sistema de súmulas e precedentes vinculantes afeta a independência do(a) magistrado(a) em sua interpretação das leis e em sua aplicação”. Percebe-se um equilíbrio nas respostas dadas às duas questões. Na questão 54, entre todos os ramos da Justiça, 48,2% dos Magistrados de primeiro grau e 48,7% dos Magistrados de segundo grau discordam muito ou pouco a respeito da necessidade de liberdade de decidir sem se pautar pelo sistema de enunciados vinculantes, enquanto 51,8% dos Magistrados de primeiro grau e 51,3% dos Magistrados de segundo grau concordam muito ou pouco com a necessidade de garantir aquela liberdade. No que diz respeito à questão 55, 48,4% dos Magistrados de primeiro grau e 43,6% dos Magistrados de segundo grau discordam muito ou pouco da afirmação de que o sistema de enunciados vinculantes afeta a independência do Magistrado em sua atuação, diante de 51,5% dos Magistrados de primeiro grau e 56,5% dos Magistrados de segundo grau que concordam muito ou pouco. Chama atenção a circunstância de praticamente a metade dos Magistrados que responderam à pesquisa sustentar certa desconfiança do sistema de precedentes e afirmar a necessidade de uma liberdade de decidir sem observar os parâmetros fixados pelos Tribunais (sobretudo os superiores) como forma de garantia à independência do julgador, valor tão caro para os juízes e que, em essência, consubstancia-se em garantia do próprio jurisdicionado. Vide: VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. de; BURGOS, M. B. **Quem somos: A magistratura que queremos.** Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018. Disponível em:

conviver com algumas críticas a respeito de seus efeitos em relação a terceiros que por eles são atingidos sem possibilidade de participação efetiva na construção da tese que decorre da decisão²¹⁶.

Para que o sistema processual se adapte à rotina do sistema de justiça civil, seus institutos e conceitos devem ser repensados. O crescimento dos significados do processo é evidente e se faz necessário para acompanhar as mudanças da rotina forense. Arrisca-se dizer que os institutos processuais e as ações em trâmite devem se educar reciprocamente.

A partir daí, a tarefa do juiz de promover a gestão panprocessual dos feitos sob sua jurisdição se traduz na identificação dos novos significados dos institutos processuais que o tornam capazes de atender à demanda da atualidade do processo civil. Tratando do assunto, propõem Arenhart e Osna:

Em outras palavras, há um contexto que requer dos juristas um reajuste de suas ferramentas para alcançar o máximo de efetividade – percebendo que sacrifícios funcionais ou estruturais devem necessariamente ser feitos. Há um novo desafio, exigindo uma racionalidade capaz de recompor as ideias clássicas relacionadas ao processo civil, reconhecendo sua insuficiência e observando que sua interpretação pelos tribunais não pode permanecer a mesma (e, além disso, não pode ser construída com ideias jurídicas ortodoxas). É aqui que chega a “proporcionalidade” como uma ferramenta que provavelmente pode contribuir para a eficácia do sistema de justiça,

https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf. Acesso em 14 jul. 2020.

²¹⁶ “Como se vê, o art. 927, III, atribuiu à decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas a eficácia de precedente. Lembre-se de que, diante da admissão do incidente, são suspensos ‘os processos pendentes, individuais ou coletivos’ (art. 982, I, CPC (LGL\2015\1656)), devendo a questão de direito passar a ser discutida unicamente entre as partes do processo que abriu oportunidade para a instauração do incidente, restando excluídos da participação todos os demais litigantes, partes nas ações repetitivas. Como é evidente, o legislador, ciente de que a decisão do incidente pode prejudicar pessoas que não participam do processo, tentou resolver o problema da exclusão da participação mediante o recado de que “os juízes e tribunais observarão” (art. 927, III, do CPC (LGL\2015\1656)) a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas, como se esta fosse um mero precedente e não, antes de tudo, uma decisão que produz coisa julgada erga omnes. Não há como atribuir força obrigatória a uma decisão, saltando-se o problema da coisa julgada. Antes de se afirmar que uma decisão pode regular outros casos, há de se definir para quem a decisão se torna imutável ou, mais precisamente, quem são aqueles que ficam proibidos de rediscutir a questão decidida. De forma risível, o art. 985 do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) finge esquecer que a decisão que proíbe os membros de um grupo (em regra, os autores das demandas repetitivas) de rediscutir questão decidida constitui coisa julgada erga omnes, atribuindo-lhe o nome mágico de ‘tese’ e a qualidade de vincular todos os juízes. Se as partes dos processos suspensos e dos eventuais processos futuros ficam proibidas de relitigar a questão decidida no incidente de resolução, o que as sanciona apenas pode ser a coisa julgada [...]”. In: MARINONI, L. G. Coisa julgada sobre questão em favor de terceiros e precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 284, out. 2018. p. 120

oferecendo uma dimensão “panprocessual” rara no sistema brasileiro²¹⁷.
(tradução nossa)

É possível enxergar em alguns institutos processuais novas formas de concepção, interpretação e aplicação, com vistas a viabilizar a gestão judicial panprocessual. Figuras como a conexão, a cooperação e o litisconsórcio, diretamente ligadas aos atos decisórios que determinam a tramitação conjunta ou separada de processos, possuem potencial para viabilizar a possível via entre o *court* e o *case management*, máxime se enxergadas em contexto sistêmico.

Não se trata de destruir ou reconstruir institutos que já estão há anos sedimentados pela melhor doutrina e que ajudam a formar o caráter do processo civil. Trata-se, apenas, de reajuste de ferramentas para delas extrair efetividade para a atual conjuntura do sistema de justiça civil; trata-se, como mencionado por Susan Haack, de perceber que conceitos jurídicos podem ser estreitos no momento de sua concepção e, por isso, precisam assumir novos significados diante da realidade em que aplicados.

A conexão é fato pertinente à relação entre causas pendentes, que entre si guardam algum vínculo de semelhança. Segundo Fredie Didier Jr., a conexão tem “como consequência processual a garantia de *julgamentos uniformes* e a *economia processual*”²¹⁸.

O entendimento amplamente majoritário da doutrina a respeito da conexão, de acordo com Bruno Silveira de Oliveira, é a de que apenas os aspectos mediatos do pedido e remoto da causa de pedir (ou seja, questões pertinentes aos fatos e ao bem da vida pleiteado) são capazes de gerar vínculo de conexão entre duas ou mais demandas. A similitude ou proximidade do pedido imediato e da causa de pedir próxima (ligados ao tipo de provimento e aos fundamentos jurídicos) de duas ou

²¹⁷ “In other words, there is a context that requires law scholars to readjust their tools for the discipline to reach its maximum effectiveness – realising that functionalistic or structural sacrifices must necessarily be made. There is a new challenge, requiring a rationality capable of recomposing the classical ideas related to civil procedure, recognising their insufficiency and observing that their interpretation by the courts cannot remain the same (and, moreover, cannot be built with orthodox juridical ideas). Here is where „proportionality” arrives as a tool that can probably contribute to effectiveness of adjudication, offering a „pan-procedural” dimension that is rare in the Brazilian system”. (ARENHART e OSNA, 2014, p. 11).

²¹⁸ DIDIER JR, 2008, p. 134.

mais demandas geram o liame de afinidade, não se tratando de conexão e, por isso, não permitindo a reunião delas em *simultaneus processus*.²¹⁹

Não obstante, os reclamos de uma gestão panprocessual e o atual contexto do sistema de justiça civil permitem pensar a conexão de um modo mais abrangente, tendo em conta, sobretudo, o que há pouco se disse ser a consequência processual do instituto. Como apontam Marinoni e Mitidiero:

[...] a conexão também serve para a concretização do princípio da economia processual e, portanto, de um eficiente *case management* dos recursos estatais na condução dos processos: sempre que for possível, sem violação de direitos fundamentais processuais de quaisquer das partes, reunir as causas propostas em separado, deverá o juiz fazê-lo a fim de aproveitar o mesmo processo para dar solução a tantas lides quanto possível. Com isso, haverá não só uma tendencial duração razoável do processo, mas também uma otimização dos recursos humanos voltados à solução dos processos como um todo, melhorando-se a alocação dos esforços estatais para a promoção de uma justiça mais eficiente – sem, ao mesmo tempo, que se perca de vista a necessidade de preservação de todos os direitos inerentes ao processo justo.²²⁰

Com efeito, notadamente a partir da cláusula geral do artigo 55, §3º, do Código de Processo Civil - pela qual se permite a reunião para julgamento conjunto de processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo que não haja conexão entre eles -, há de se permitir o reconhecimento da conexão para tratamento conjunto de diversos processos que tratam do mesmo tema de fato, ainda que, em análise tradicional e mais estreita, estes possam tramitar de forma separada. A decisão contraditória que se quer evitar, aqui, há de ser vista não apenas do ponto de vista endógeno (ou seja, apenas na intimidade de uma relação jurídica intersubjetiva, ou somente em relação a um bem da vida), mas também sob a perspectiva exógena, preocupando-se com a coerência e uniformidade dos pronunciamentos judiciais relativos a causas idênticas, ainda que pertinente a relações intersubjetivas diversas ou a bens da vida diversos (mas de mesma natureza).

No que atine às carências de gestão processual de ações que têm questões de direito em comum, aparentemente é possível conceber que a ressalva da parte

²¹⁹ ALVIM, et al, 2015, p. 218-219.

²²⁰ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Artigos 1º ao 69. In: MARINONI, L. G. (Dir.). ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2016. p. 439.

final do §3º do artigo 55 (“mesmo sem conexão entre eles”) dá margem ao tratamento conjunto de feitos nas hipóteses em que haja afinidade entre eles. Deveras, afinidade não é conexão e o processamento pulverizado de feitos afins gera o risco de decisões contraditórias.

Assim, seria possível a reunião de ações que tramitam no mesmo juízo ou em juízos de mesma competência que versam sobre os mesmos fundamentos jurídicos e veiculam o mesmo tipo de pedido imediato, com notável ganho na administração de recursos materiais e humanos e de uniformidade na pacificação do Direito.

O litisconsórcio também é instituto baseado na necessidade de harmonização dos julgamentos para situações similares e na boa administração da justiça, de modo que pode ser usado para a adequação da administração dos processos em perspectiva panprocessual. A regra do artigo 113, III, do CPC, autoriza duas ou mais pessoas a litigarem em conjunto quando “ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito”²²¹, exatamente do que necessita o tratamento conjunto de processos que versam sobre similares situações de fato ou de direito.

O estímulo que a realidade da justiça civil deve dar ao crescimento do significado de litisconsórcio está na necessidade de reconhecer na figura do juiz poder de gestão para declarar sua ocorrência, mesmo sem iniciativa das partes, ao perceber uma pluralidade de ações que tenham afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

Se ao juiz é reconhecido o dever-poder de limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença (artigo 113, §1º, CPC), a ele também deve ser dado o dever-poder de concentrar ações afins para viabilizar a rápida solução do litígio, a uniformidade do direito e a gestão adequada de recursos

²²¹ Sobre a mencionada hipótese de litisconsórcio, colhe-se a seguinte lição da doutrina: “Obviamente, a existência de um ponto de fato ou de direito comum entre as partes não é suficiente para ensejar o litisconsórcio quando esse ponto for meramente circunstancial ou secundário. O ponto que autoriza o litisconsórcio é o ponto principal, que sustenta com preponderância a posição jurídica das partes. A hipótese em exame diz respeito à situação em que os pedidos ou as defesas se estabeleçam com base em *atos idênticos (mas não o mesmo fato, o que ensejaria o litisconsórcio por conexão das causas)*. Seria exemplo dessa hipótese de litisconsórcio a propositura, por vários contribuintes, de ação tendente a desconstituir lançamento tributário fundada na inconstitucionalidade da exação”. (MARINONI, MITIDIERO e ARENHART, 2015, p. 8).

do sistema de justiça, sem prejuízo de qualquer garantia processual. E assim deve ser porque, como se disse, tais são a função do instituto do litisconsórcio e a missão do juiz, que não enxerga na legislação processual nenhuma vedação a respeito.

A execução destas novas possibilidades de conexão e litisconsórcio é viabilizada, dentre outras formas, pelo instrumento de cooperação jurisdicional, como se vê do artigo 69 do CPC²²², regulamentado pela Resolução n. 350 do Conselho Nacional de Justiça. Ao mesmo tempo, em via de mão dupla, aquelas novas possibilidades ampliam o alcance da ferramenta de cooperação, notadamente a reunião ou apensamento de processos (artigo 69, II, do CPC) e a centralização de processos repetitivos (artigo 69, §2º, VI, do CPC); afinal, a compreensão da conexão e do litisconsórcio a partir das atuais necessidades do sistema de justiça, como acima sustentado, permite enxergar pontos de intersecção maiores entre os processos de tal forma a justificar sua reunião ou tratamento uniforme.

A cooperação jurisdicional e a concertação de atos, sem dúvida, são terrenos férteis para a gestão panprocessual entre juízos de mesma competência, e as possibilidades do Código de Processo Civil precisam ser mais bem exploradas pelo Poder Judiciário. A adaptação de institutos processuais para a gestão panprocessual, por isso, é mais urgente para a administração de processos sob presidência do mesmo juízo, embora, como dito, amplie sobremaneira o espectro de atuação entre juízos distintos.

Por fim, há situações que não demandam nova interpretação ou ajustes hermenêuticos para que institutos processuais se adequem às necessidades do sistema de justiça civil. Basta, apenas, um olhar mais atento para as possibilidades que se extraem da nova lei processual.

É o caso da coisa julgada em favor de terceiros. O CPC/73 dispunha que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Já o CPC/15, por meio de seu artigo 506, estabelece que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, apenas não podendo

²²² Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: [...] II - reunião ou apensamento de processos [...] IV - atos concertados entre os juízes cooperantes.[...] § 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: [...] VI - a centralização de processos repetitivos; VII - a execução de decisão jurisdicional. § 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário.

prejudicar terceiros. Com isso, uma vez que há “referência exclusiva à proibição de prejuízo, pode-se compreender que o CPC permite que a coisa julgada beneficie terceiros. E isso efetivamente passa a ocorrer no Direito brasileiro, não sendo novidade no estadunidense”²²³.

Ao tratar dos terceiros beneficiados pela eficácia da sentença transitada em julgado, José Rogério Cruz e Tucci aponta que:

Esse fenômeno ocorre toda vez que a situação subjetiva do terceiro for favorecida pela sentença proferida em processo *inter alios*. A coisa julgada, em tais casos, fulmina o potencial interesse de agir de alguém que, embora não tenha integrado o contraditório travado num determinado processo, acabou sendo privilegiado pelo respectivo desfecho. Nessas condições, com o trânsito em julgado da sentença e a consequente imutabilidade do comando que dela emerge, não se vislumbra, em relação ao terceiro, qualquer violação, necessidade de modificação ou estado de incerteza atual, que possa lhe gerar interesse processual para agir contra a coisa julgada que o favorece. Em suma: não se configura aí a possibilidade de o terceiro pleitear em juízo o reconhecimento de direito algum²²⁴.

O potencial desta alteração dos limites subjetivos da coisa julgada para a gestão panprocessual é evidente, demandando apenas sua utilização adequada pelos atores do processo, o que, na prática forense, ainda não se tem constatado. Basta ver, a propósito, a quantidade de demandas similares ajuizadas envolvendo questões de direito e de fato similares contra o mesmo réu que assoberbam a máquina judiciária mesmo depois do início da vigência do CPC/15.

A exata compreensão do alcance da coisa julgada permite que diversas ações baseadas nas mesmas premissas e nas mesmas questões de mérito, envolvendo réu anteriormente já sucumbente em ação semelhante, sejam obstadas ou rapidamente resolvidas, passando diretamente à fase de cumprimento de sentença. As possibilidades que emergem do artigo 506 do CPC podem contribuir, então, para uma adequada gestão dos processos (do ponto de vista da prestação eficiente e célere do serviço público de pacificação social) e da manutenção da estabilidade das decisões e da definição do Direito objetivo.

²²³ SILVA, R. A. da. **A nova dimensão da coisa julgada**. São Paulo: RT, 2019. p. 288.

²²⁴ TUCCI, J. R. C. e. Artigos 485 ao 538. In: MARINONI, L. G. (Dir.); ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 221.

3.3 O PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO PARA ALÉM DAS LINHAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição e a campanha de ampliação e facilitação de acesso à justiça não passarão de promessas vazias se não forem garantidos meios para um adequado funcionamento do sistema processual. Sem que se pensem novas formas de tratamento dos processos, o sistema de justiça civil continuará incapaz de atender a contento as demandas que lhe são apresentadas. A crise do sistema de justiça civil continuará tendo a perenidade como marca.

É necessária uma visão que admita a flexibilização judicial do procedimento e abra caminho para a interpretação das regras e para a utilização da organização judiciária da melhor forma possível. É preciso explorar de maneira adequada os recursos à disposição dos atores processuais, deles extraíndo o máximo de suas potencialidades. Para tanto, conveniente enxergar os institutos processuais a partir da nova realidade do sistema de justiça civil, dispensando a todos da inglória tarefa de tentar fazer caber a nova realidade forense nos padrões de institutos processuais que não foram desenhados sob a sua perspectiva.

Os mais diversos sistemas de justiça do globo já se deram conta dessa necessidade, tendo alguns enfrentado profundas reformas em sua própria maneira de conceber a relação processual e o papel a ser exercido por cada ator processual.

A admissão do poder do juiz de adaptar o procedimento às necessidades da causa e do sistema de justiça é reconhecer a importância do agir estatal razoável e proporcional, uma vez que, como há muito tempo assentou Luigi Comoglio, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ao serem utilizados para aferir a eficácia das intervenções do juiz no direito material, impedem qualquer desproporção entre a pertinência dos requisitos formais e seus reflexos sobre a validade dos atos ou sobre o exercício dos poderes processuais²²⁵.

²²⁵ “I principi fondamentali di proporzionalità e di ragionevolezza, che tanto incidono sull’efficacia degli interventi integrativi del giudice nel diritto sostanziale, trovano riscontro nella semplicità e nella duttilità delle forme processuali, precludendo ogni ‘sproporzione’ fra la rilevanza dei requisiti formali ed i loro riflessi sulla validità degli atti o sull’esercizio dei poteri processuali”. In: COMOGLIO, L. P. Direzione del processo e responsabilità del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 32, 1977. p. 19-20.

A adaptação judicial do procedimento e a gestão panprocessual das demandas submetidas ao Poder Judiciário, no contexto da flexibilização judicial, apresentam-se como alternativas viáveis à adequação do sistema de justiça à realidade a ser por ela enfrentada, pois são capazes de - dentro da juridicidade e da esperada correspondência da atuação dos juízes ao sistema jurídico vigente - permitir com que aquele Poder cumpra, sem contradições e com dose maior de eficiência, suas missões de pacificação social e de pacificação do Direito.

4 LIMITES DO PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO E MÉTODOS DE APLICAÇÃO

Todo poder precisa de limites, e o poder judicial de adaptação do procedimento não foge a esta regra.

O sistema processual brasileiro sempre teve na lei a fonte de concepção do procedimento, e a afirmação de que o Código de Processo Civil vigente tem certa feição flexível não apaga essa tradição, tampouco autoriza o pensamento de que há alguma inclinação a um processo livre de formas, dependente apenas das escolhas do juiz. Se o procedimento decorre de lei e tem nela sua fonte por excelência, qualquer intervenção dos atores processuais em seus contornos pressupõe a existência de limites. A flexibilidade revela-se como o oposto de rigidez, mas não como sinônimo de irrestrita liberdade ou ausência de regramento procedimental.

Nessa ordem de ideias, quando se identifica um espaço para o juiz conformar o procedimento às necessidades da tutela do direito material surge a questão a respeito da relevância das regras. Afinal, de que servem as regras de procedimento se o juiz pode editá-las a seu juízo, invocando apenas uma indefinida “necessidade do caso concreto”? Ou, vista a questão de outro modo: como podem conviver o poder judicial de adaptação do procedimento e um sistema legal que concebe o procedimento de forma abstrata sem que o primeiro retire a razão de ser do segundo?

De outro lado, é preciso ter em consideração que o processo não é concebido como instrumento de efetivação tão somente do direito material que dá conteúdo ao litígio. O processo também serve a outros valores e reflete determinada identidade cultural, de modo que a realização do direito material deve andar *pari passu* com a efetivação de tais valores e em respeito aos princípios constitucionais aplicados ao processo.

O capítulo que se introduz versa sobre o alcance e os limites do poder judicial de adaptação do procedimento a partir dos princípios inerentes ao processo e da sua característica como instrumento precipuamente desenhado pela lei. Indo adiante, e ainda como projeção dos limites ao poder, esta parte do trabalho tratará dos métodos para o seu desempenho adequado.

Por fim, após um diálogo com corrente de pensamento que refuta por completo a flexibilidade judicial do procedimento, este capítulo abordará o lugar do

poder judicial de adaptação do procedimento nas rotinas do processo individual, do processo coletivo e do processo estrutural.

4.1 O FORMALISMO PRESUNTIVO COMO LIMITE

A estruturação de um processo rígido, com normas detalhadas e fases bem definidas, aflorou como a melhor alternativa para limitar os excessos do julgador e conferir certo grau de racionalidade no julgamento. O modelo de processo engessado, detalhado de forma minudente e sem qualquer espaço para voluntarismos fez-se presente na Europa até o século XVIII e influenciou de forma significativa os sistemas processuais de diversos países, como Alemanha, França, Itália, Espanha e Portugal.²²⁶

Ainda que os julgadores tenham experimentado significativa ampliação de seus poderes à época da formação dos Estados nacionais - em um contexto em que a afirmação do poder estatal sobre seus súditos prevalecia sobre as preocupações com a segurança jurídica destes -, tal movimento sofreu revés com a consolidação dos ideários do Estado Liberal e a necessidade de conter o poder do Estado-juiz e a sua interferência na esfera jurídica dos indivíduos. O procedimento confinado aos limites legais – o procedimento formal e rígido – erigiu-se como a garantia de segurança dos direitos individuais das partes.

O cientificismo processual surgido na segunda metade do século XIX conferiu autonomia ao direito processual em relação ao direito material, de forma que sua disciplina ganhou em conteúdo e em relevância. Com o passar dos anos, e verificado o desnecessário (e perigoso) afastamento de relações entre direito material e processual, o estudo sistematizado do processo passou a levar em conta sua finalidade de realização da justiça material. O processo deixou de ser considerado apenas instrumento de contenção do arbítrio do Estado e de interesse exclusivo das partes, sobressaindo uma concepção publicista a seu respeito.

Esse movimento, porém, não foi capaz de - e nem parece ter pretendido - desautorizar a lei como fonte por excelência do procedimento. A formalidade do processo não perdeu seu espaço mesmo com a consolidação da fase metodológica

²²⁶ OLIVEIRA, 2018, p. 43.

da instrumentalidade do processo e da percepção de que o procedimento deve estar o mais próximo possível às peculiaridades da relação de direito material em litígio.

No domínio do processo civil, o formalismo geralmente é concebido como o observar das regras procedimentais estabelecidas na lei processual, já que elas ainda representam o necessário freio aos abusos do juiz e a garantia de segurança às partes e demais interessados no feito, ao estabelecerem previamente os rumos do procedimento. A este respeito, preceitua Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

O formalismo, ou forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. 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. O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado²²⁷.

Como se verá com mais vagar no próximo tópico, as regras de processo e procedimento dão a necessária concretude aos direitos fundamentais processuais, e bem por isso não podem ser ignoradas.

Com essa conceituação doutrinária e encarando o termo “formalismo” como uma categoria descritiva, tal como propõe Duncan Kennedy, é possível afirmar que o sistema processual civil brasileiro é procedimentalmente formalista, uma vez que a higidez de uma ação judicial depende da observância das normas processuais (ainda que a imposição de nulidade por desvios de rotas nem sempre atinja o grau máximo por conta do princípio da instrumentalidade das formas)²²⁸.

²²⁷ OLIVEIRA, 2006, p. 60

²²⁸ “1. Formalism as a Descriptive Category. Greater or lesser formalism is one of the dimensions along which we compare legal regimes and assess internal change, whether at the level of detail, of a large ensemble of rules, or of a system as a whole. One might also just say ‘more or less formal,’ or call it the dimension of ‘formality’. In this usage, no positive or negative evaluation is indicated by categorizing a body of legal rules as more or less formal or formalist. A system is

Mas o respeito à tradição formalista do processo civil brasileiro não pode parar na afirmação de que o procedimento é criado por lei e regido por regras previamente postas. Ele deve ir adiante para reconhecer a importância de fazer funcionar o sistema a partir de suas regras. O formalismo como categoria descritiva, então, abre espaço para o formalismo como categoria crítica, ou seja, como modo de pensar e aplicar o Direito Processual a partir das regras legais.

O termo “formalismo” conta com diversos usos e nem sempre o adjetivo dele derivado (“formalista”) é bem recebido, pois muitas vezes utilizado para classificar um ponto de vista acusado de ignorar fatores de justiça. Esta variedade de usos da palavra “formalismo” é facilmente verificada na literatura afeta à Teoria do Direito. Nela, o formalismo pode significar: recusa em admitir a necessidade de se realizar escolhas na área de penumbra do significado das regras (Herbert Hart); recusa em admitir que o Direito tem funções instrumentais (Morton Horwitz); ênfase excessiva na formulação escrita das regras (Karl Lewellyn); modelo contido e comparativamente apolítico de tomada de decisões (Mangabeira Unger); ideia de que a aplicação de regras é um trabalho mecânico, e que esse mecanicismo é justo (Duncan Kennedy); recusa em reconhecer as consequências práticas de decisões judiciais (Peter Strauss); estreitamento artificial do escopo das escolhas envolvidas na interpretação do Direito (Mark Tushnet)²²⁹.

A despeito dessa variedade de conteúdo, a proposta de Frederick Schauer para entender o formalismo e a tomada de decisão com base em regras adequa-se ao que se tem entendido por formalismo no contexto do processo civil.

Para Frederick Schauer, a abordagem adequada de formalismo não o distingue de “regridade” (“*rulism*”), uma vez que “o que torna uma regra regulativa uma regra, e o que a distingue de uma razão, é precisamente a indisponibilidade para romper a generalização até mesmo em casos nos quais a generalização

*procedurally formalist to the extent that it makes the success of a substantive legal claim depend on following procedural rules [...] Two important dimensions of formality are the degree of insistence on compliance with formalities (what exceptions are permitted?), and the degree of absoluteness of the sanction of nullity for failure to comply (what remedies, if any, for a person who fails to comply?). The degree of formality in each dimension varies within systems, between systems, and over time”. In: KENNEDY, D. Legal Formalism. In: SMELSER, N. J.; BALTES, P. B. **Encyclopedia of the social and behavioral sciences**. v. 13. Amsterdam, Paris, Nova Iorque, Oxford, Shannon, Singapura, Tóquio: Elsevier, 2001. p. 8634.*

²²⁹ O compilado é extraído da primeira nota de rodapé de SCHAUER, F. Formalism. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1988. Este trabalho referencia a versão original do artigo de Schauer, mas também faz uso da sua tradução contida na obra organizada por José Rodrigo Rodriguez: RODRIGUEZ, J. R. **A justificação do formalismo jurídico**. Textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

parece ser despropositada do ponto de vista do tomador de decisão”²³⁰. É a rigidez da regra, independente do contexto, que faz dela uma regra.

É importante desde logo pontuar que a concepção de formalismo de Frederick Schauer rejeita a hipótese de que tal método de tomada de decisão seja caracterizado por ou baseado em negação de escolhas, isto é, que a postura do intérprete de se ater aos supostos limites do texto seja justificada numa falsa inexistência de espaço para conclusões diversas daquela a que chegou, seja por negar a possibilidade de escolhas interpretativas sobre uma regra, seja por refutar a existência de possibilidade de escolha entre regras igualmente aplicáveis à hipótese, ou entre uma regra e um princípio ou um precedente. Como assinala Schauer:

Em um sentido amplo, formalismo pode ser encarado como abrangendo qualquer justificação que trate como inexorável uma escolha que não o é. Nesse sentido mais amplo, a suposta inexorabilidade pode vir de algo além das formulações textuais das regras. Por exemplo, mascarar uma escolha política, moral ou social recorrendo à ideia de “intenção original”, quando esta na verdade *não* fornece uma única resposta correta ao problema em exame, pode ser considerado formalismo, da mesma forma que mascarar uma escolha política, moral ou social recorrendo ao significado de uma regra é considerado formalismo quando a formulação textual da regra não fornece uma única resposta correta. Da mesma forma, mascarar uma escolha recorrendo a derivações econômicas matemáticas ou falando em uma única solução correta para alguma “ponderação” pode ser considerado formalismo se esses métodos forem comparativamente indeterminados.²³¹

O autor adverte, então, que uma abordagem que se diz formalista pode ser apenas uma tentativa de mascarar uma escolha, impedindo a investigação das razões pelas quais aquela decisão foi tomada ou a cogitação sobre todas as decisões possíveis ao caso. E, nesse sentido, afirma Schauer que uma situação patente de negação de escolha se dá quando, a despeito de o sistema jurídico

²³⁰ “Formalism in this sense is therefore indistinguishable from “rulism,” for what makes a regulative rule a rule, and what distinguishes it from a reason, is precisely the unwillingness to pierce the generalization even in cases in which the generalization appears to the decision maker to be inapposite”. (SCHAUER, 1988, p. 535).

²³¹ “Formalism may be more broadly viewed as extending to any justification that treats as inexorable a choice that is not. In this broader sense, the claimed inexorability might come from something other than rule formulations. To mask, for example, a political, moral, or social choice in the language of “original intent” when original intent in fact does not provide a uniquely correct answer to the issue might be considered formalistic in the same way that masking a political, moral, or social choice in the language of the meaning of a rule is considered formalistic when that language does not provide a uniquely correct answer. Similarly, masking choice in the language of mathematical economic derivation or in the language of a unique solution to some “balance” might be considered formalistic if these methods are in fact comparatively indeterminate”. (SCHAUER, 1988, p. 513).

oferecer princípios ou regras alternativas àquela diretamente aplicável ao caso, o intérprete decide por aplicá-la sem maior reflexão ou explicação²³².

Sem dúvidas, essa não é a melhor forma de encarar o formalismo no processo civil, uma vez que, como visto anteriormente, o sistema processual contém chaves capazes de permitir adaptações às regras procedimentais, tanto pela interpretação sistemática de diversos dispositivos espalhados pela lei processual²³³, quanto pelo reconhecimento de um princípio da adaptabilidade procedimental. O Código de Processo Civil tem suas rotas de fuga no tratamento dos procedimentos quando estes se mostram inapropriados ao caso concreto.

Ao negar uma necessária adaptação do procedimento ao argumento de que o regramento processual não abre espaço para tanto, o que o intérprete faz é mascarar uma escolha guiada por razões que nem sempre são sindicáveis ou justificadas, escondendo-se na pretensa segurança de um discurso autointitulado formalista.

O formalismo proposto por Frederick Schauer é identificado como um método de tomada de decisão como limitação de escolha, e não como sua negação. De forma mais específica, seria a linguagem da regra o fator vinculante (limitativo de escolha) da tomada de decisão. E, para que um sistema jurídico limite as escolhas do tomador de decisão com base em regras, é necessário, segundo Schauer, que ele seja preciso descritiva e normativamente.

Em relação a essa precisão, o autor sustenta que, a despeito da linguagem ser contingente e ter mobilidade de significados, ela é não-contingente no curto prazo, de modo que certo grupo de convenções linguísticas são conhecidas e praticadas por todas as pessoas com competência naquela linguagem. Embora o contexto em que emitida determinada palavra seja relevante para sua compreensão,

²³² *"If either of these models is an accurate rendition of some legal system, then a decision maker within such a system who simply applies the most directly applicable legal rule without further thought or explanation either denies herself a choice that the system permitted or required, or denies to others an explanation of why she chose not to use the escape routes permitted by the system. This failure to explain the choice to apply the most locally applicable rule is simply a variation on the more egregious forms of formalism as denial of choice".* (SCHAUER, 1988, p. 519).

²³³ "Aliás, cumpre advertir que rigor formal não significa interpretação 'estrita' da lei processual. Não só admissível interpretação sistemática e teleológica, como se impõe observada a mudança do sentido da lei pela alteração das idéias éticas fundamentais, devendo o trabalho hermenêutico jamais esquecer as linhas mestras do sistema constitucional, suas garantias e princípios, normas valorativas primaciais para a concretização de conceitos jurídicos indeterminados, preenchimento de lacunas e interpretação em geral da lei processual". (OLIVEIRA, 2006, p. 78).

ela detém por si um significado que é inteligível e que pode ser aplicado de per si. Segundo Schauer:

É por entendermos as regras da linguagem que entendemos a linguagem das regras. A compreensão contextual pode ser necessária para determinar se certa aplicação se presta ou não aos propósitos dos autores de uma regra. No entanto, a própria regra também comunica significado, embora este significado possa se afastar das finalidades da regra ou da compreensão mais rica a ser colhida quando se considera uma ampla gama de fatores além das palavras da regra. O fato de que podemos aprender mais ao considerarmos fatores adicionais, ou por meio de uma compreensão mais ampla das intenções do falante, não implica que não temos nada a aprender consultando a linguagem das próprias regras²³⁴.

A partir daí, conclui Frederick Schauer que as regras podem direcionar para resultados diversos daquele que o tomador de decisão poderia alcançar se se apartasse do significado literal da regra, uma vez que esta comunica determinando regulamento e é capaz de ser assim compreendida.

A abordagem formalista de Frederick Schauer não se ilude com a ideia de que os juízes e intérpretes sempre se atém à linguagem literal das regras, tampouco que eles não são influenciados por fatores externos e aleatórios. O formalismo não pressupõe que o exercício da subsunção mecânica do fato à norma dê conta da atividade interpretativa e da função judicial. Schauer apenas parte da ideia de que os tomadores de decisão levam em conta o conteúdo das regras e respeitam sua posição de agentes responsáveis por aplicá-las²³⁵.

Schauer lembra que o propósito de uma regra tem uma plasticidade que a linguagem da regra não tem e nem pode ter. “O propósito não pode ser reduzido a nenhuma formulação canônica, pois, quando o propósito é estabelecido

²³⁴ “Because we understand the rules of language, we understand the language of rules. Contextual understanding might be necessary to determine whether a given application does or does not serve the purposes of a rule’s framers. Yet the rule itself communicates meaning as well, although that meaning might depart from the purposes behind the rule or from the richer understanding to be harvested from considering a wider range of factors than the rule’s words. That we might learn more from considering additional factors or from more fully understanding a speaker’s intentions does not mean that we learn nothing by consulting the language of rules themselves”. (SCHAUER, 1988, p. 528).

²³⁵ Como lembra José Rodrigo Rodriguez, os atuais defensores do formalismo não reduzem a atividade do juiz a operações lógico-formais. O mesmo autor sugere, de forma crítica, que o que sustenta o formalismo é exatamente a postura dos juízes de se verem responsáveis pela aplicação do texto legal e vinculados a ele, numa leitura tradicional do princípio da separação de poderes, tomando o ativismo como algo excepcional. In: RODRIGUEZ, J. R. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 127 e seguintes.

canonicamente, esta formulação canônica pode frustrar o próprio propósito”²³⁶. Isso quer dizer que o propósito não deve ser reduzido a palavras escritas porque assim mantém a maleabilidade necessária para a resolução de novos casos decorrentes da riqueza da vida. Os propósitos podem ser maleáveis às circunstâncias do caso concreto de uma maneira que a linguagem não consegue.

Com isso em mente, Frederick Schauer aponta o equívoco de situar a força da regra no seu propósito, pois isso eliminaria a diferença entre uma regra e uma razão qualquer para a tomada de uma decisão. Schauer ressalta que a adequada diferenciação entre regra e seu propósito não significa que as regras não devam ser interpretadas segundo seus propósitos quando várias interpretações são possíveis e quando todas elas estão apoiadas na linguagem da regra. O que o autor pretende afirmar é que a não diferenciação entre regra e seu propósito implica na perda do próprio conceito de regra, que, por definição, é dotada de generalidade e rigidez. Para Schauer, “recusar-se a abstrair a regra de suas razões é não ter regras. Esta recusa reduz as regras a sugestões, indicadores úteis, mas intrinsecamente sem peso, dos resultados que provavelmente seriam alcançados pela aplicação direta das razões”²³⁷.

É daí que se extrai a percepção de formalismo de Frederick Schauer como regridade, ou seja, a abordagem do sistema legal tendo por norte a indisponibilidade para romper a generalização da regra até mesmo em casos nos quais a generalização parece ser despropositada, considerando que é a rigidez da regra que faz dela uma regra.

O formalismo como regridade guarda consonância com o formalismo do processo civil, que vê na estrutura legal do procedimento o reflexo de uma determinada linha de evolução do direito processual. É a feição regulativa do procedimento que reúne os valores e princípios dominantes em determinada sociedade, sendo o rigor formal a espinha dorsal do processo²³⁸.

²³⁶ “The language in which a rule is written and the purpose behind that rule can diverge precisely because that purpose is plastic in a way that literal language is not. Purpose cannot be reduced to any one canonical formulation, for when purpose is set down canonically, that canonical formulation of purpose may frustrate the purpose itself”. (SCHAUER, 1988, p. 532).

²³⁷ “Refusal to abstract the rule from its reasons is not to have rules. This refusal reduces rules to rules of thumb, useful but intrinsically unweighty indicators of the results likely to be reached by direct application of reasons”. (SCHAUER, 1988, p. 537).

²³⁸ OLIVEIRA, 2003, p. 77 e 108.

Essa abordagem de formalismo soa contraditória com tudo o que se disse até aqui sobre o poder judicial de adaptação do procedimento e a forma de se encarar o sistema processual vigente. As diferenças entre o formalismo e o instrumentalismo parecem claras.

Acontece, porém, que essa abordagem do formalismo não pretende tomá-lo como o método mais adequado de aplicação da lei (processual) e da resolução de problemas que só a prática e os contornos de casos concretos são capazes de revelar. A pretensão é, em verdade, compatibilizar a importância do respeito às formalidades processuais - já que o sistema processual é baseado e composto por regras – com o reconhecimento de que as mesmas formalidades podem não bastar para o sistema. O que se pretende é demonstrar que não há relação de antagonismo entre formalismo e flexibilidade judicial do procedimento, mas sim de complementaridade.

Deveras, nem mesmo Frederick Schauer, após definir o formalismo como respeito à existência da regra como tal, afirma que ele é o melhor método de tomada de decisão. A proposta do autor, e que serve ao escopo deste trabalho, é afastar a percepção do formalismo em seu aspecto negativo e caricato e indicar sua utilidade para que as regras não sejam simplesmente ignoradas no processo de aplicação do Direito:

Assim, a essencial equivalência entre formalismo e “regridade” está diante de nós. Ver o formalismo como meramente um processo de tomada de decisão governado por regras não o torna desejável. Todavia, reconhecer o sentido no qual o formalismo é meramente uma forma de descrever o processo de levar as regras a sério nos permite escapar do modo epitético e confrontar a questão crítica do formalismo: o que, se é que existe algo, é bom a respeito da relutância em aplicar o propósito subjacente à regra, ou o propósito por trás desse propósito, diretamente ao caso que está diante do tomador de decisão?²³⁹

Com efeito, após a explanação teórica sobre o formalismo como regridade, Frederick Schauer afirma que provavelmente não há nada de bom na tomada de decisão com base apenas em regras, e que a não consideração dos propósitos

²³⁹ “Thus, the essential equivalency of formalism and “ruleness” is before us. Viewing formalism as merely rule-governed decisionmaking does not make it desirable. Yet recognizing the way in which formalism is merely a way of describing the process of taking rules seriously allows us to escape the epithetical mode and to confront the critical question of formalism: What, if anything, is good about the unwillingness to go beneath the rule and apply its purpose, or the purposes behind that purpose, directly to the case before the decisionmaker?” (SCHAUER, 1988, p. 537-538).

subjacentes às regras em determinados casos pode levar o tomador de decisão à mediocridade²⁴⁰.

O respeito à regridade proposto por Schauer está no potencial de garantia de previsibilidade e estabilidade que as regras oferecem e em como elas decidem antecipadamente todas as situações de um determinado tipo e que demandam o mesmo tipo de solução. Por meio das regras, as pessoas percebem determinado elemento de um jeito, os tomadores de decisão percebem o mesmo elemento do mesmo jeito e as pessoas sabem que os tomadores de decisão percebem aquele elemento daquele jeito. Ainda pelas regras, é possível que se garanta estabilidade das relações sociais; afinal, se as regras incapacitam um aperfeiçoamento que o tratamento do caso de hoje pede em relação a um caso de ontem (que justificou a regra), elas também impedem que aquele tratamento seja piorado ou prejudicado.

E aqui Frederick Schauer atinge o ponto fulcral de seu pensamento: a busca pelo equilíbrio entre aquilo que a decisão com base em regras tem de bom e aquilo que é capaz de produzir resultados medíocres. Como anota o autor, “o formalismo é apenas superficialmente uma questão de rigidez e absurdo. Mais fundamentalmente, ele é uma questão de poder e de sua distribuição”.^{241,242} Mais adiante, Schauer assevera:

²⁴⁰ “Restated, what is so good about decision according to rules? The simple answer to this question, and perhaps also the correct one, is “nothing.” Little about decision constrained by the rigidity of rules seems intrinsically valuable. Once we understand that rules get in the way, that they gain their ruleness by cutting off access to factors that might lead to the best resolution in a particular case, we see that rules function as impediments to optimally sensitive decisionmaking. Rules doom decisionmaking to mediocrity by mandating the inaccessibility of excellence. Nor is there anything essentially just about a system of rules. We have scarce reason to believe that rule-based adjudication is more likely to be just than are systems in which rules do not block a decisionmaker, especially a just decisionmaker, from considering every reason that would assist her in reaching the best decision. Insofar as factors screened from consideration by a rule might in a particular case turn out to be those necessary to reach a just result, rules stand in the way of justice in those cases and thus impede optimal justice in the long term”. (SCHAUER, 1988, p. 539).

²⁴¹ “formalism is only superficially about rigidity and absurdity. More fundamentally, it is about power and its allocation”. (SCHAUER, 1988, p. 543).

²⁴² Frederick Schauer aponta que a compreensão do formalismo passa também pelo reconhecimento de qual órgão deterá a competência decisória para eventualmente afastar a aplicação da regra a partir de outra regra ou de suas razões subjacentes. Entretanto, não se aprofunda no debate sobre por que os juízes devem ou não ter essa competência, sugerindo que tal questão deve ser resolvida por critérios de legitimidade. Cass Robert Sunstein, de seu turno, sustenta que a ideia de democracia ou de legitimidade política não pode, só por si, sustentar o formalismo, já que um juiz que se desprende do texto da regra pode sustentar que o faz para apenas consultar o histórico legislativo e extrair a real intenção dos representantes do povo, ou aplicar determinada norma a partir do que seria um costume secular da região. Para Sunstein, o formalismo deve ser entendido empiricamente, isto é, no exame da responsividade entre Poder Legislativo e Poder Judiciário e na análise da performance de um e outro na criação e aplicação do Direito. In: SUNSTEIN, C. R. Must formalism be defended empirically? **University of Chicago Review**, n. 66, 1999.

Insiste-se que tudo isso é compatível com o agnosticismo acerca da aplicabilidade do formalismo a sistemas jurídicos em geral, a sistemas jurídicos específicos, ou a partes de sistemas jurídicos. Não é, nem de longe, uma verdade necessária que sistemas jurídicos devam funcionar exclusivamente, ou mesmo no geral, como instituições formalistas. Juízos sobre como empregar o formalismo são contextuais e revisáveis, políticos em vez de lógicos, psicológicos e econômicos em vez de conceituais [...] Apresentou-se o formalismo e o particularismo maximamente contextual como opostos mutuamente excludentes, incapazes de coexistir dentro de um mesmo domínio de tomada de decisões. Pode parecer, portanto, que as vantagens do formalismo só podem ser obtidas dentro de um sistema disposto a aceitar alguma quantidade de resultados absurdos, bem como apenas dentro de um sistema disposto a permitir que seus tomadores de decisão ignorem a peculiaridade das novas situações que se lhes apresentam. Mas talvez seja possível conciliar essas duas maneiras de tomar decisões²⁴³.

Frederick Schauer, então, propõe o que chama de formalismo presuntivo, segundo o qual deve se prestigiar o resultado gerado pela interpretação literal da regra diretamente aplicável ao caso como o mais adequado. No entanto, o caráter ótimo deste resultado seria apenas presumido, pois derrotável quando normas menos diretamente aplicáveis, incluindo-se o propósito subjacente àquela regra, oferecerem razões especialmente exigentes para que se evite o resultado gerado por aquela regra presumivelmente aplicável.²⁴⁴

O pensador estadunidense reconhece que o formalismo presuntivo enfraquece a regridade das regras ao se conceder mais autoridade decisória ao tomador de decisão do que a ela, além de diminuir a previsibilidade e a estabilidade do sistema. Entretanto, não deixa de enxergar no formalismo presuntivo uma possível acomodação de tais atributos com a atenuação das consequências

²⁴³ *"I stress that all of this is compatible with agnosticism about how rulebound decisionmaking applies to legal systems in general, to particular legal systems, or to particular parts of legal systems. It is far from a necessary truth that legal systems must be exclusively or even largely operated as rule-governed institutions. Judgments about when to employ formalism are contextual and not inexorable, political and not logical, psychological and economic rather than conceptual [...] I have thus far presented formalism and maximally contextual particularism as mutually exclusive opposites, incapable of coexisting within the same decisional domain. It may therefore appear that the advantages of formalism can be attained only within a system willing to accept some proportion of preposterous results and only within a system willing to have its decisionmakers ignore the novelty of the situations that come before them. Accommodation between these two forms of decisionmaking might be possible, however".* (SCHAUER, 1988, p. 543 e 544-545).

²⁴⁴ *"Under such a theory of presumptive formalism there would be a presumption in favor of the result generated by the literal and largely acontextual interpretation of the most locally applicable rule. Yet that result would be presumptive only, subject to defeasibility when less locally applicable norms, including the purpose behind the particular norm, and including norms both within and without the decisional domain at issue, offered especially exigent reasons for avoiding the result generated by the presumptively applicable norm".* (SCHAUER, 1988, p. 543 e 547).

incômodas de um sistema que não é capaz de evitar resultados ultrajantes pela só aplicação de regras.

O pensamento de Frederick Schauer não é imune a críticas, notadamente, a respeito de seu silêncio sobre o que seriam as “razões particularmente exigentes” capazes de superar a força das regras²⁴⁵. Evidentemente, não é o objeto deste trabalho descer às minúcias do debate sobre a teoria da regra de Frederick Schauer, mas, sim, identificar o lugar ocupado pelo formalismo na compreensão do processo civil. Sob esse enfoque, a proposta daquele autor mostra-se adequada e a lacuna nela identificada pode ser resolvida pelos aportes da doutrina processual sobre o tema.

Como dito linhas acima, o formalismo processual é a expressão de uma determinada concepção de direito processual e manifesta em si, a priori, os valores e princípios dominantes em determinada sociedade.

De outro lado, como ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por vezes o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, pode aniquilá-lo ou determinar um retardamento não razoável da solução do litígio, tomando sentido contrário ao de sua razão de existir. Para que isso não aconteça, é prudente que não se perca de vista 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. Ainda segundo o processualista gaúcho, as formas processuais cogentes não devem ser consideradas “formas eficaciais”, mas “formas finalísticas”, subordinadas de modo instrumental às finalidades processuais, o que impede o entorpecimento do rigor formal processual por um formalismo de forma sem conteúdo²⁴⁶.

Nesse passo, as “razões particularmente exigentes” capazes de superar a força das regras no processo civil ligam-se com as razões que justificam a existência e funcionamento do processo. Vale dizer, quando a aplicação da regra voltada a determinado elo da corrente procedimental redundar em ato processual que não se justifica em vista dos valores do processo e da promoção eficiente do direito material no caso concreto, haverá uma razão exigente para que a regra mais localmente

²⁴⁵ CARVALHO, F. R. de. O conceito de regra: uma análise crítica da obra de Frederick Schauer. **Intertemas Revista da Toledo**, v. 24, p. 27-43, 2019.

²⁴⁶ OLIVEIRA, 2006,. p. 72 e 76.

aplicável seja superada por outra ou pela aplicação direta de suas razões subjacentes.

A defesa de um formalismo tal como proposto por Frederick Schauer no processo civil mostra o lugar a ser ocupado pelo poder judicial de adaptação do procedimento no sistema, o qual não pode ignorar ou fazer pouco caso da importância das regras processuais. O juiz flexibilizar o procedimento enfraquece a regridade dos dispositivos processuais como decorrência da necessidade de se evitar resultados processualmente medíocres ou não desejáveis. Tal situação, porém, está muito longe de significar que o poder judicial de adaptação do procedimento permite ao juiz ignorar o fato de que o sistema processual é composto de regras previamente consolidadas e que elas, *prima facie*, alcançam o resultado desejado na condução do processo.

O formalismo presuntivo, então, apresenta-se como um primeiro limite ao poder judicial de adaptação do procedimento. Se as regras processuais desenham um procedimento adequado para o caso conduzido pelo juiz, elas devem ser observadas pelo magistrado e pelos demais atores processuais, sob pena de esvaziamento por completo de seu sentido e de sua razão de ser (estabilidade e previsibilidade).

A conformação do procedimento demanda, então, decisão fundamentada sobre o porquê de o procedimento inicialmente concebido pelas regras processuais conduzir a um resultado não desejável no caso concreto; o porquê deste resultado não ser desejável e como outras regras do sistema (ou as razões subjacentes às regras processuais) evitam este resultado. E, nessa caminhada argumentativa pelas razões particularmente exigentes, apresenta-se como necessária a compreensão dos valores e princípios defendidos e promovidos pelo processo.

4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO COMO LIMITES

O processo não é elemento da natureza, mas resultado de criação humana para realizar o Direito, que, por sua vez, também é criado pelo ser humano. O processo, então, é dependente da intervenção humana para ser construído, entendido e posto em funcionamento.

Por essa razão, o processo é intimamente ligado com as cargas ideológica, ética, política e jurídica de determinado corpo social no bojo do qual pretende

funcionar. Não se pode resumir o processo a considerações de ordem prática quando, em verdade, ele se consubstancia em instrumento de defesa dos valores daquele corpo social e escudo do cidadão contra o arbítrio e violações de seus direitos pelo Estado e também pelos particulares²⁴⁷.

Mesmo Bentham, com sua ideia de “*rectitude of decision*”²⁴⁸, consagrada nos idos do século XIX, já admitia que o processo tem por finalidades, ainda que laterais, impedir violação a direitos e evitar altos custos e atrasos. Entretanto, para Bentham, o conflito entre os fins principais e laterais do processo deveria ser resolvido por critérios de utilitarismo, sem que tenha deixado dúvidas de que ele conferia maior peso à busca pela verdade²⁴⁹.

Atualmente, e não se precisa dizer muito a respeito, é consabido que o processo é adequado não só se alcança um julgamento ótimo sobre os fatos e o Direito, mas também se respeita outros valores, que, por sua relevância, impõem certas restrições à atividade desenvolvida no processo na busca pela realização do direito. Trata-se da percepção de que os valores do processo não são orientados apenas ao seu resultado, temática bem trabalhada por Robert Summers²⁵⁰.

Essa percepção da função do processo reverbera o que a doutrina tem afirmado a seu respeito, isto é, de que o processo, em si, é instrumento de efetivação de direitos fundamentais, ou, ainda, de que o Direito Processual é o Direito Constitucional aplicado²⁵¹.

A afirmação da existência de um poder judicial de adaptação do procedimento, então, não pode ignorar o fato de que as regras processuais, por si

²⁴⁷ PASSOS, 2016, p. 361-373.

²⁴⁸ Em linhas gerais, o “*rectitude of decision*” concerne à correta aplicação do direito e determinação rigorosa da verdade dos fatos passados, mediante avaliação racional da prova e do princípio segundo o qual não se pode vedar a produção ou excluir qualquer elemento de prova que, de alguma forma, seja relevante para a descoberta da verdade e a correção da decisão (*the non-exclusion principle*).

²⁴⁹ TWINING, W. **Rethinking evidence**. Exploratory essays. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 41-43.

²⁵⁰ *Bear in mind that various factors other than the process itself may contribute to good results. Indeed, these other factors may be exclusive causes. Sometimes it will be difficult to tell if a process feature contributes at all. But if a process feature contributes in significant measure to good results, it will have good result efficacy. The good result efficacy of a process feature makes the process good in that respect as a process. But this variety of process goodness must not be confused with process values. The goodness of good result efficacy derives from the goodness of process results. But process values are not result-oriented at all.* In: SUMMERS, R. S. Evaluating and improving legal process. A plea for process values. **Cornell Law Review**, v. 60, nov. 1974. p. 16.

²⁵¹ OLIVEIRA, 2006, p. 4 e 5.

sós, efetivam determinados valores ou princípios constitucionais. Confiar ao juiz a tarefa de propor ajustes àquelas regras – que existem também para impor limites ao seu poder – pressupõe que tal tarefa seja realizada a partir dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, por meio deles e para eles.

Assim, limites necessários ao poder judicial de adaptação do procedimento estão nos princípios constitucionais que se espraiam pelo processo e são por ele realizados. A intervenção do juiz na conformação do procedimento não pode se dar para minorar ou extirpar o alcance daqueles princípios no processo, direta ou indiretamente. O que se espera do exercício daquele poder pelo juiz é exatamente o inverso, isto é, que a conformação do procedimento se dê para efetivar princípios e direitos fundamentais, ou para torná-los ainda mais evidentes no curso do processo.

A bem da verdade, quanto a este último aspecto, é preciso lembrar que a adaptabilidade do procedimento pelo juiz, por ela mesma, representa importante mecanismo de efetivação de um direito fundamental, qual seja, o direito à efetividade da tutela jurisdicional.

Com efeito, o direito de acesso ao Poder Judiciário esculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal não se resume ao direito ao procedimento legalmente instituído indiferente à sua capacidade de atender a contento o direito material. Ao revés, como assenta Luiz Guilherme Marinoni, o direito à tutela jurisdicional deve ser visto como direito à efetiva proteção do direito material por meio das atividades do legislador e do juiz, o qual deve guiar sua atividade de maneira consentânea com o direito fundamental à efetividade da jurisdição. Nas palavras do Professor:

[...] não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo por meio do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual [...] Se o dever do legislador de editar o procedimento idôneo pode ser reputado descumprido diante de determinado caso concreto, o juiz, diante disso, obviamente não perde o seu dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima

potencialidade, desde que – e isso nem precisaria ser dito – não seja violado o direito de defesa.²⁵²

E é nesse contexto de realização do direito à tutela jurisdicional efetiva e de cumprimento de dever inerente à sua função que o juiz tem o poder de conformar o procedimento adequado ao caso concreto. Então, antes que se possa cogitar da dispensabilidade do poder judicial de adaptação do procedimento para garantir a higidez dos valores e princípios do processo - já que ele seria concebido exatamente para realizá-los e limitar o arbítrio judicial -, percebe-se que aquele poder é veículo de realização de um direito fundamental, que deve, todavia, ser utilizado de maneira a conviver pacificamente com os demais princípios e valores do processo.

Indo adiante, observa-se que o artigo 8º do Código de Processo Civil apresenta os princípios que devem reger a atividade do juiz na aplicação do ordenamento jurídico. Dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência são destacados como balizas da atividade judicial. Ao lado deles, e ainda com os olhos no Código de Processo Civil, é possível identificar, e há na doutrina quem o faça, um princípio do estímulo da solução por autocomposição derivado da estrutura do novo Código (artigos 3º, 139, V, 334 e 694)²⁵³.

Além dos princípios mencionados, o Código de Processo Civil ressoa, ao longo de suas disposições, aqueles impostos pela Constituição Federal no rol de direitos e garantias fundamentais (artigo 1º, CPC), tais como a igualdade (artigo 5º, *caput*, CF e artigo 7º, CPC), o contraditório (artigo 5º, LV, CF e artigo 9º e 10, CPC), a segurança jurídica (artigo 5º, XXXVI, CF e artigo 14, CPC) e a duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF e artigo 4º, CPC).

Todos os princípios elencados compõem o plexo do direito fundamental ao devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF), que se apresenta, por isso, como o norte conformador da atividade do juiz em todos os seus aspectos, inclusive na adaptação do procedimento.

A doutrina especializada desaconselha uma conceituação fixa da dignidade da pessoa humana, uma vez que o pluralismo e a diversidade de valores da sociedade tornam o conceito de dignidade algo aberto e em permanente construção.

²⁵² MARINONI, 2008, p. 147.

²⁵³ DIDIER JR., 2015, p. 274.

A despeito disso, é possível consignar ser a dignidade uma qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, que independe de circunstâncias concretas e exalta sua autodeterminação.²⁵⁴

Para o que importa à atuação do juiz na condução do procedimento, a dignidade da pessoa humana faz lembrar a autodeterminação das partes envolvidas no processo, assim como a necessidade de respeito aos demais direitos fundamentais das partes, como a liberdade, a privacidade, a intimidade etc; afinal, os direitos fundamentais são exigências e concretizações da dignidade da pessoa humana²⁵⁵.

Nessa ordem de ideias, o juiz não pode interferir no curso do procedimento se tal gesto importar em supressão da autodeterminação das partes quanto aos seus interesses e ao exercício de seus direitos no processo, assim como em violação aos seus demais direitos fundamentais. Não se imagina que o juiz possa, ao argumento de aproximar o procedimento das necessidades do direito material, expor uma das partes a situações vexatórias ou constrangê-la a praticar pessoalmente condutas que não sejam de sua livre vontade, até porque isso poderia impactar na fiabilidade epistemológica do resultado daquele ato processual.

Sobre a proporcionalidade, remete-se ao que já dito a seu respeito, inclusive sobre sua leitura panprocessual, no Capítulo 3 deste trabalho. No que interessa à atividade de adaptação do procedimento, e partindo da ideia clássica sobre a forma de aplicação do princípio da proporcionalidade, essa deve ser adequada, no sentido de viabilizar uma tutela jurisdicional efetiva; necessária, no sentido de que o desvio da rota procedimental seja o menor e menos custoso possível; e ponderada no momento de fazer sobressair as necessidades do direito material em relação à estabilidade e previsibilidade do procedimento que o formalismo presuntivo oferece.

²⁵⁴ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 38-63.

²⁵⁵ “Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade”. (SARLET, 2002, p. 89-90).

De seu turno, a razoabilidade na aplicação das normas processuais pressupõe que o juiz considere o que normalmente acontece, esteja atento para considerar se a hipótese de fato que autoriza a aplicação da norma realmente ocorreu e verifique se há equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona²⁵⁶.

Dada a proximidade de conteúdo e finalidade entre proporcionalidade e razoabilidade²⁵⁷, é possível afirmar sobre os limites impostos por estes dois princípios que, na conformação do procedimento, o juiz deve promover os ajustes na medida do necessário e de acordo com as circunstâncias de fato, delas não se afastando. O juiz não está autorizado a interferir no curso do procedimento de maneira desproporcional e desarrazoada, ignorando as etapas procedimentais de maneira distanciada e indiferente às necessidades da lide ou impondo um ônus maior às partes em relação ao que elas teriam pelo observar do procedimento.

O princípio da legalidade impõe que o juiz, no exercício da jurisdição (e na adaptação do procedimento), guarde irrestrita observância à Lei e ao Direito. Ao comentarem a presença do princípio da legalidade no rol do artigo 8º do Código de Processo Civil, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero ressaltam que a legalidade deve ser encarada de maneira mais ampla, alcançando as raízes da juridicidade, isto é, o respeito ao Direito como um todo, o que abrange os precedentes e a interpretação consolidada das leis e institutos jurídicos²⁵⁸.

O princípio da legalidade, então, limita a atuação do juiz na conformação do procedimento de modo a que ele não se entenda livre para desenhá-lo de maneira divorciada do que a teoria e a praxis de processo entendem como a melhor interpretação e aplicação da lei e do Direito. Não se imagina, por exemplo, que ao juiz seja dado admitir ampla produção probatória no procedimento do mandado de segurança, ou que possa criar novos institutos processuais como etapas de um procedimento.

²⁵⁶ MARINONI e MITIDIERO, 2016, p. 161.

²⁵⁷ No âmbito da atividade interpretativa do Código de Processo Civil, há mesmo quem não distinga os dois postulados (como Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, in: Alvim, et al. (2015, p. 76); há, de outro lado, quem aponte que a proporcionalidade pressupõe uma relação entre meio e fim, enquanto a razoabilidade pressupõe relação entre o geral e o particular (MARINONI e MITIDIERO, 2016, p. 161).

²⁵⁸ MARINONI e MITIDIERO, 2016, p. 160-161.

Da mesma sorte, ainda em respeito aos limites impostos pelo princípio da legalidade, não é dado ao juiz, na moldagem do procedimento, desfigurar a forma como o ato processual é concebido pela lei processual. Se a lei prescreve a forma de determinado ato, não pode o juiz ignorá-la, criando ao seu talante novos tipos e espécies de atos processuais. Exemplificativamente, o juiz deve observar as modalidades de citação do artigo 246 do Código de Processo Civil, assim como suas hipóteses de aplicação e requisitos concebidos pelos artigos seguintes do mesmo Código.

Com efeito, há uma diferença entre conformar o procedimento, isto é, ajustar a cadeia de atos para a consecução dos objetivos do processo, e criar esses atos. A juridicidade da adaptação do procedimento está na garantia fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, na necessidade de aproximar o procedimento às peculiaridades do direito material. A mesma juridicidade (ou mesmo no conceito mais estrito de legalidade) não se encontra na criação do ato processual pelo juiz, considerando a natureza procedimentalmente formalista do processo civil, que tem na lei sua fonte por excelência.

Por certo que a instrumentalidade das formas assegura a preponderância dos resultados e dos fins do processo sobre a forma em si mesma, e que nem todos os atos têm um desenho pré-concebido pela lei processual. A questão está em que, quando a lei prevê a forma do ato, esta deve ser prestigiada, porque não se vislumbra como a alteração da forma de um ato a ser praticado possa torná-lo mais rente às necessidades de tutela do direito material. Tal ponto de vista leva em conta o que já se disse sobre a importância do formalismo presuntivo e da adoção, pelo sistema processual, nem de um sistema rígido de formas, nem de um sistema livre, mas de um sistema que visa a combinar os benefícios de um processo que tenha formas legais e ao mesmo tempo seja suficientemente flexível.

Quanto à publicidade, regra geral dos processos e da atuação da administração do sistema de Justiça, não parece haver dúvidas de que ela limita a atuação do juiz na conformação do procedimento, que não pode conduzi-lo ao sigilo fora das hipóteses legais ou a praticar atos de adaptação sem a necessária ciência dos atores processuais.

O princípio da eficiência é um dos pilares que sustentam o poder judicial de adaptação do procedimento. Assim como consignado em outra passagem deste

trabalho, o Código de Processo Civil reclama a satisfação dos fins do processo numa relação de perfeita sintonia entre meios e fins.

Na lição de Antonio do Passo Cabral, na lógica do direito processual a eficiência pressupõe “alocação ótima de recursos e técnicas processuais, para que se atinjam os escopos do processo, tanto quanto possível, com a maior qualidade e os menores custos. Deve-se praticar um processo civil de resultados”²⁵⁹.

Invocar-se o princípio da eficiência, em uma primeira leitura, não soa como uma restrição ao poder judicial de adaptação do procedimento. Ocorre que, não raras vezes, a eficiência tem sido confundida com efetividade e com economia processual, e essa leitura equivocada pode gerar distorções na intervenção do juiz no curso do procedimento, como se verá linhas mais abaixo a respeito do princípio do estímulo à autocomposição.

Com efeito, e ainda seguindo a posição de Antonio do Passo Cabral, enquanto a eficiência é meio para atingir fins, a efetividade relaciona-se ao resultado, pelo que é possível haver processo efetivo, mas ineficiente (embora não se possa perceber o contrário). De outro lado, equiparar eficiência com economia processual ou celeridade é reduzir a primeira a efeitos meramente quantitativos, ignorando sua pretensão também à qualidade. A eficiência pressupõe alocação ótima não só de tempo e recursos, mas também de técnicas processuais; vale dizer, o menor custo é fator a ser considerado, mas a racionalidade econômica e temporal do processo depende também do respeito a outros valores e escopos²⁶⁰.

Desse modo, o princípio da eficiência, embora seja pilar do poder judicial de adaptação do procedimento, deve ser bem compreendido para que o seu exercício se dê de modo a alcançar a completude e adequação dos instrumentos de tutela. O princípio da eficiência surge como limite quando se percebe seu verdadeiro conteúdo. Na lição de Loïc Cadiet:

O problema aparece quando a busca da efetividade se torna a referência exclusiva a partir da qual se mede a qualidade da justiça – de *meio*, a eficácia torna-se então *finalidade*. E exatamente isso que não é admissível. A eficácia “*managériale*” de gestão não é um *fin* em si. Ela é apenas um *meio* de fornecer, dentro de prazos razoáveis, uma justiça de qualidade, isto é, em definitivo, uma justiça aceita pelas partes que terão o sentimento de terem sido escutadas de maneira apropriada [...] A justiça não deve ser

²⁵⁹ CABRAL, 2021, p. 207.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 208-210.

proporcionada ao menor custo, mas a um custo *adequado*, ou seja, em uma medida que não traga substancialmente prejuízo às exigências da justiça processual. A promoção do princípio da eficiência como princípio de ação pública deve ser combinada com os princípios do processo justo. O processo civil não pode ser pensado hoje senão como resultado de um compromisso permanente e necessário entre um princípio de eficiência e um princípio de equidade.²⁶¹

O poder judicial de adaptação do procedimento, então, enxerga no princípio da eficiência um motor para se garantir uma atividade jurisdicional orientada à solução final e rente aos demais valores e princípios do processo.

Por sua vez, o princípio do estímulo da solução por autocomposição também ressaí como importante limite ao poder judicial de adaptação do procedimento. A previsão no Código de Processo Civil de audiência de conciliação para a abertura do procedimento comum e nas ações de família veio no bojo de esforço mundial para a racionalização do processo e implantação da cultura dos meios alternativos de resolução de controvérsia. A propósito, sustenta Loic Cadiet que o pluralismo do sistema processual não pode se furtar de combinar diversos modos de solução de controvérsias para o máximo alcance da boa justiça²⁶².

A partir daí, a audiência de conciliação não pode ser tida, em abstrato, como formalidade inútil e protelatória, porque inserida no procedimento com o louvável fim de cultivar política de conciliação e solução de conflitos por meios alternativos, tônica do cenário mundial. Aliás, no caso brasileiro, a previsão da audiência de conciliação inaugural do procedimento representa um reencontro com a história do processo civil, que em suas origens estimulava o primeiro contato entre as partes em ambiente de conciliação²⁶³.

Não está nas mãos do juiz a realização ou não da audiência inaugural de conciliação sem razões suficientes para não a designar ou para postergá-la, como se tem visto com muita frequência na prática com a invocação da efetividade e

²⁶¹ CADĪET, L. **Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa**. Seis lições brasileiras. Tradução de Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 72.

²⁶² CADĪET, L. El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad en el proceso: elementos de teoría general del proceso y de derecho procesal comparado. In: ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. (Coords.). **O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 143-153.

²⁶³ Conforme Anexo da Lei de 29 de novembro de 1832, que estabelecia disposição provisória sobre a Administração da Justiça Civil, primeira lei que tratava de processo civil brasileiro, rompendo com a herança das ordenações portuguesas. Os primeiros seis artigos do Anexo tratavam exatamente do início do procedimento a partir de tentativa de conciliação, diante de juízes de paz.

celeridade processuais. O poder judicial de adaptação do procedimento não dá ao juiz carta branca para desconsiderar razões de política judiciária na condução do feito, ainda que motivado por suposta celeridade ou efetividade, que, como visto, não se confundem com eficiência e, mal empregados, podem militar em seu desfavor.

O poder judicial de adaptação do procedimento deve também respeitar e promover o contraditório, entendido como a garantia das partes de terem ciência e participação ativa ao longo do processo, assim como de influírem de forma relevante na construção da decisão do juiz. Nem poderia ser de outra maneira se se pensar que é o contraditório útil (participação efetiva das partes) uma das marcas do processo judicial e elemento que confere contornos de legitimidade democrática à atividade do Poder Judiciário²⁶⁴.

É evidente que as partes não terão participação ativa na construção da decisão do juiz se este tomá-las de surpresa no que atine ao rito procedimental. Ter ciência, voz e influência no processo pressupõe conhecimento a respeito de seus rumos e o direito a influir, inclusive, na definição destes rumos.²⁶⁵

Vai daí que o juiz, ao adaptar o procedimento, não pode fazê-lo de maneira a tolher o contraditório de quaisquer dos atores do processo, devendo, ao mesmo tempo, garantir que eles tenham ciência e participem ativamente do debate a respeito da necessidade de adaptação e da forma pela qual será levada a efeito, ainda que de maneira postergada.

Acrescente-se, na linha do que ponderam Fernando da Fonseca Gajardoni²⁶⁶ e Paulo Mendes de Oliveira²⁶⁷, que o respeito ao contraditório para a adaptação do procedimento visa, sobretudo, a evitar decisões surpresa ou prejudicar a participação das partes, de modo que a flexibilização judicial pode por vezes ser

²⁶⁴ CAPPELLETTI, 1993.

²⁶⁵ Lembra Clayton de Albuquerque Maranhão, ainda, que o contraditório se presta a garantir também “a igualdade substancial entre as partes e a satisfação do interesse público para a verificação da verdade e a realização da justiça”. MARANHÃO, C. de A. O princípio da congruência no processo de conhecimento de primeiro grau. Hipóteses de aparente incongruência da sentença civil em relação aos elementos objetivos da demanda. 1998. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Brasil. p. 106.

²⁶⁶ GAJARDONI, 2008, p. 110.

²⁶⁷ OLIVEIRA, 2018, p. 294.

efetivada antes mesmo da intimação destas, garantindo-lhes possibilidade de manifestação posterior²⁶⁸.

O princípio da igualdade limita a adaptação do procedimento de modo a assegurar que o juiz, na conformação do procedimento, não adote medidas que desequilibrem a relação processual. Se o princípio da igualdade exige tratamento equânime na lei e pela lei, soa evidente que o juiz não pode, a pretexto de adaptar o procedimento às necessidades do direito material, conferir tratamento não isonômico às partes do processo.

O princípio da igualdade exerce também outro tipo de influência no poder judicial de adaptação do procedimento. Se por um lado apresenta-se como um limite, por outro revela-se como mandado ao juiz para, diante de evidente situação de desigualdade material, adaptar o procedimento de modo a promover o equilíbrio do processo. Há tempos o princípio da igualdade não se resume à igualdade formal, exigindo a prática de atos voltados ao equilíbrio das relações entre as partes.

Exemplo verificado na rotina forense está nas situações em que o réu, hipossuficiente e sem contar com estrutura de Defensoria Pública, comparece aos autos, sem advogado, requerendo nomeação de um defensor dativo, cenário no qual o juiz acaba por lhe conceder a benesse da ampliação do prazo para apresentar eventual defesa. Sem promover essa adaptação, o juiz estaria limitado a observar a igualdade formal no processo nas situações de desigualdade social e econômica entre autor e réu, o que não parece ser a intenção do sistema processual.

O poder judicial de adaptação do procedimento também deve guardar respeito ao princípio da segurança jurídica, manifestada, em uma primeira abordagem, na proteção das partes contra decisões surpresa ou contra atos do juiz tendentes a violar o sistema de preclusões. Não é permitido ao juiz, a pretexto de adaptar o procedimento às necessidades do direito material, ignorar a estabilidade decorrente das preclusões e a lógica do próprio processo, que requer marcha para frente, e não em círculos.

²⁶⁸ Exemplo comum na rotina forense, e que envolve até mesmo caso de flexibilização legal típica (artigo 139, VI, do Código de Processo Civil), diz respeito à concessão de prazo maior, a uma das partes, para a prática de ato processual com prazo peremptório. Além de tal pleito não importar em qualquer prejuízo à contraparte, sua intimação anterior para se manifestar a respeito teria o efeito prático de deferir tacitamente a prorrogação do prazo a seu adversário, uma vez que o juiz não poderia, ao acolher as razões em contraditório, indeferir a prorrogação do prazo - que já aconteceu na prática pelo tempo gasto com o contraditório - e declarar a preclusão do direito de praticar aquele ato.

Sobre o regime das preclusões e o impacto da segurança jurídica na flexibilidade do procedimento, Paulo Mendes de Oliveira lembra da diferenciação das preclusões para o juiz (que exerce suas atividades no interesse público) e para as partes (as quais atuam em defesa de seus próprios interesses), o que implica um regime de preclusão mais atenuado para o primeiro. A partir disso, lembra o autor, não se pode confundir as situações de “retorno a fases superadas, de retratação de decisões preclusas para as partes, por exemplo, como espécies de flexibilização processual em desrespeito às preclusões, mas sim de claras hipóteses em que o legislador simplesmente suprimiu termos preclusivos”²⁶⁹, considerando o interesse público traduzido na atividade do juiz.

No mais, como já mencionado anteriormente, a segurança jurídica em sua perspectiva externa está na cognoscibilidade do que poderá ser decidido por meio do processo e na garantia de realização do direito material, ou seja, na segurança de que o processo funcionará de maneira eficiente; já na sua perspectiva interna, a segurança jurídica no processo civil pressupõe o respeito às garantias fundamentais de defesa, contraditório e eficiência (ou seja, no funcionamento do processo), nenhuma das quais desassistidas pelo procedimento flexibilizado a partir das regras processuais existentes.

O princípio da duração razoável do processo condiciona a adaptação judicial do procedimento de modo a exigir que tal adaptação não amplie, de forma injustificada para o caso concreto, a tramitação do processo. Bem vistas as coisas, o que se espera do exercício do poder judicial de adaptação do procedimento é exatamente o contrário, isto é, que a nova modelagem do procedimento, para atender a determinado caso concreto, lhe viabilize solução mais célere e eficiente. É dizer, mais que limite, o princípio em tela acaba sendo um dos grandes pilares que justificam e impulsionam o poder judicial de adaptação do procedimento.

O poder judicial de adaptação do procedimento requer, então, exercício de argumentação para a superação do formalismo presuntivo e respeito aos valores e princípios defendidos e promovidos pelo processo. E, nesse mister, é pertinente que se possa contar com um método de atuação para que o juiz promova a adaptação do procedimento.

²⁶⁹ OLIVEIRA, 2018, p. 297.

4.3 MÉTODOS PARA A ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO

Como afirmado ao longo deste trabalho, a adaptação procedimental não nega o procedimento legal, já que nenhum procedimento existe sem forma. Afirmar o poder judicial de adaptação do procedimento não é defender que o juiz crie novos institutos processuais, negue regras e direitos processuais ou desconstrua por completo a lógica do procedimento legal. Afirmar aquele poder é sustentar que, a partir de atos processuais previstos em lei, o juiz aprimore o funcionamento do procedimento. Não há violação a direitos ou surpresa às partes, porque a atuação do juiz há de se limitar ao que já prevê a lei sobre os atos processuais e os instrumentos de que dispõe para a construção racional de sua decisão²⁷⁰.

É neste jaez que são propostos limites ao mencionado poder, consubstanciados na presunção da suficiência do procedimento (formalismo presuntivo), que traz consigo um ônus argumentativo para justificar ajustes, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais inerentes ao processo.

A questão que se coloca é que o respeito a estes limites deve ser manifestado pelo próprio juiz, isto é, o agente que exerce o poder deve fazê-lo reconhecendo e trabalhando com as limitações, ainda que, logicamente, esteja sujeito a escrutínio público e ao controle recursal pelos interessados. E, neste cenário, soa prudente que se proponha uma sistematização da adaptação judicial do procedimento, já que ela torna possível observar mais claramente a construção argumentativa que dá base à adaptação.

Metodologia, e não ideologia. A adaptação do procedimento deve ser levada a efeito em ambiente de objetividade e clareza quanto aos seus escopos e fundamentos, e não como veículo da discricionariedade do juiz. Como pondera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

²⁷⁰ “Esta flexibilidad procesal ampliada no significa el final de toda rigidez procedimental ya que ningún procedimiento digno de su nombre existe sin principio ni forma [...] La flexibilidad no quiere decir que todo se puede hacer de cualquier manera; sólo puede desarrollarse respetando ciertos limites generales, que refuerzan a veces ciertos limites específicos. De manera general, no hay procedimiento sin forma ni principio. Una rigidez mínima es consubstancial al procedimiento, independientemente de la definicion que se tenga del procedimiento [...] La rigidez y la flexibilidad deben ser concebidas juntas; una y otra no son exclusivas; el objetivo es de colocar el curso en el lugar adecuado para encontrar el punto de equilibrio entre ambas. Podríamos llamarla la flexiseguridad procesal.” (CADIET, 2017, p. 144, 151 e 153).

Claro, contudo, 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. Entendimento contrário desviaria a questão do plano metodológico para situá-la, de forma indesejada, no domínio da simples ideologia, terreno em que as circunstâncias concretas passam a ter um significado excessivo, tudo dependendo do contexto geral em que se inserem, consoante subjetiva valoração atribuída ao status quo. O capricho pessoal insista-se, não só poderia pôr em risco a realização do direito material (pense-se na hipótese de o juiz impedir, a seu bel-prazer, a realização de certas provas) como também fazer periclitar a igualdade das partes no processo, sem falar na afronta a garantias fundamentais do cidadão em face do arbítrio estatal.²⁷¹

É importante destacar que atualmente vige no processo civil o princípio da cooperação como norma fundamental do processo, segundo o qual todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (artigo 6º do Código de Processo Civil). A partir daí, identifica-se o processo como uma “comunidade de trabalho”, em que os atores processuais, cada um de sua posição, contribuem para alcançar as finalidades do processo.

De fato, o processo não é assunto exclusivo das partes, como se apenas seus interesses e de seus advogados fossem relevantes para a determinação do destino e da efetividade da tutela jurisdicional. O processo, também, não é palco para o protagonismo exclusivo do juiz em completo esvaziamento da participação e influência das partes, porque o contrário resultaria em grave violação a garantias fundamentais que justificam e se materializam no processo.²⁷²

O Código de Processo Civil, por isso, desenha o processo com uma relação de equilíbrio entre o juiz, as partes e seus procuradores, de modo a assegurar, por meio de uma estrutura dialógica, a efetividade da prestação jurisdicional e o respeito aos direitos e garantias fundamentais processuais²⁷³. Nessa “comunidade de trabalho” representada pelo processo, cabe ao juiz respeitar e garantir o direito das partes de participarem efetivamente do procedimento, assim como de influírem na construção da decisão, a partir de postulados éticos de conduta.

Nesse passo, como primeiro ponto de manifestação dos métodos para adaptação do procedimento, a decisão que a realiza deve ser devidamente

²⁷¹ OLIVEIRA, 2003, p.192-193.

²⁷² CABRAL, 2010, p. 209.

²⁷³ ALVES, 2019, p. 67.

fundamentada, pois ela não difere dos outros pronunciamentos do juiz (artigo 93, IX, da Constituição Federal).

A participação ativa dos interessados na construção da decisão judicial e a segurança dos princípios constitucionais traduzidas nas regras de processo e procedimento não terão qualquer relevância se, ao final, sua condução for radicada em subjetivismos não sindicáveis do julgador. O processo não é palco para que o juiz exponha suas opiniões pessoais e diga como, do seu ponto de vista, o procedimento deve ser desenhado por sua simples posição de autoridade. O raciocínio que embasa qualquer decisão do Estado deve estar sujeito à inspeção pública, em controle do poder pelo saber. A justificação racional da decisão judicial não é só uma exigência técnica, mas fundamento da legitimidade do poder dos juízes.

Nessa ordem de ideias, o dever de fundamentação das decisões judiciais exige justificação idônea do magistrado na tomada de decisão de adaptação do procedimento, esta entendida como motivação amparada não em ideologia ou convicção subjetiva do juiz, mas em elementos concretos extraídos dos autos.

A fundamentação da decisão deve demonstrar o por que o procedimento inicialmente concebido pelas regras processuais conduz a um resultado não desejável no caso concreto, os motivos pelos quais este resultado não é desejável e como a redefinição do procedimento evita este resultado e alcança os fins do processo.

Uma vez que o ato do juiz que adapta o procedimento envolve rearranjo de balizas legais e exercício a respeito de direitos e garantias fundamentais processuais, ele não pode ser tido como despacho de mero expediente, que geralmente não conta com fundamentação e apenas impulsiona o feito. A relevância daquele ato e tudo que nele está envolvido lhe enquadram mais adequadamente como decisão interlocutória, e, em uma primeira leitura, não há dificuldade de seu encaixe na definição do artigo 203, §2º, do Código de Processo Civil.

Ao remodelar a sequência de atos que compõem o procedimento, o juiz deve voltar seus olhos para a lei processual e dela extrair os elementos necessários para a tarefa. Isso quer dizer que não é dado ao juiz formular, de sua própria imaginação, atos processuais ou institutos estranhos ao ordenamento, devendo, ao revés, eventualmente emprestar estruturas de outros atos ou procedimentos previstos na lei para conformar o procedimento com o qual está a trabalhar.

Este método de atuação justifica-se em dois fatores. O primeiro diz respeito ao princípio da legalidade, que opera como um limite a vincular a atividade do juiz. Como mencionado linhas acima, o juiz deve guardar irrestrita observância à lei e ao Direito em sua atividade, em homenagem à juridicidade que se espera de sua atuação. O segundo diz respeito à circunstância de que é a linguagem jurídica o instrumental do juiz e dos demais atores processuais, de modo que a intervenção nos rumos do procedimento não pode se valer de elementos estranhos às ferramentas dispostas ao juiz e às partes. Como assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Advirta-se, no entanto, que o juiz não pode ser arbitrário e desprezar o formalismo virtuoso, a seu bel prazer. Por isso mesmo, a solução da situação problemática, gerada pela antinomia entre a justiça e o formalismo concreto, encontra encaminhamento e solução apenas dentro do discurso jurídico, proferido este com a linguagem que lhe é própria. Não se esqueça que a apreensão hermenêutica da realidade, inclusive a jurídica, só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela empregada. E o discurso jurídico só obriga até onde conduza a sua força de intrínseca persuasão, força vinculante que há de assentar no sistema jurídico (constitucional e infraconstitucional), nas valorações e princípios dele emanantes, e nas valorações sociais e culturais dominantes no seio da coletividade, enfim no direito como totalidade, para que tudo não redunde a final em puro arbítrio.²⁷⁴

A adaptação do procedimento não pode prescindir do contraditório, ainda que diferido a depender das circunstâncias. A oitiva dos atores processuais e a possibilidade de eles intervirem na construção do resultado é a tônica de qualquer decisão judicial, e a que flexibiliza o procedimento não foge desta realidade. Repisa-se agora o que mencionado há pouco a respeito do grau de relevância da decisão que flexibiliza o procedimento, que não pode ser tido apenas como despacho de rotina.

Uma vez que a flexibilização do procedimento se presta a torná-lo mais próximo às peculiaridades do direito material, e considerando que tal direito, por óbvio, diz respeito diretamente às partes, não se vislumbra como o juiz possa atuar nesse sentido sem possibilitar colaboração ativa das partes. A indicação do juiz a respeito de sua intenção de moldar o procedimento pode servir, inclusive, de estímulo a que as partes celebrem negócio jurídico processual (artigo 190 do Código

²⁷⁴ OLIVEIRA, 2006, p. 85.

de Processo Civil) que abrace aquela intenção, ou mesmo que a amplie em alcance. Este diálogo pode muito bem, aliás, ser desenvolvido em audiência especificamente designada para tal fim.

Embora o método ideal seja realizar o contraditório prévio, não é possível descartar a existência de situações que recomendem a postecipação da oitiva de uma das partes a respeito da decisão de adaptação. Em todos os casos, e notadamente em circunstâncias como tais, é adequado que se garanta um prazo razoável não só para que as partes se ajustem ao novo modelo do procedimento, mas para que aquela que teve sua oitiva adiada possa apresentar seus pontos de vista sobre os novos rumos adotados e eventualmente demover o juiz da posição adotada.

Ao adaptar o procedimento o juiz não pode olvidar do cumprimento dos deveres decorrentes da cooperação processual. Como integrante da “comunidade de trabalho” do processo, o juiz deve ter por método de atuação a observância dos deveres de consulta, esclarecimento, prevenção e auxílio.

O que se disse acima sobre o dever de se franquear às partes a possibilidade de participação e manifestação sobre o movimento de adaptação ilustra o cumprimento do dever de consulta, evitando a chamada “decisões-surpresa”. Ao assim proceder, o juiz permite o pleno exercício do direito de influência na construção da decisão judicial²⁷⁵.

O juiz não pode se furtar do dever de esclarecimento às partes a respeito da intenção, alcance e efeitos da adaptação do procedimento, o que se reflete na necessária fundamentação da decisão.

Não parece fora de propósito enxergar na adaptação do procedimento pelo juiz manifestação do dever de auxílio ou assistência às partes no uso de suas faculdades processuais. Deveras, se aquele dever pode ser concebido como “a superação de qualquer dificuldade que impeça o exercício de situações jurídico-processuais”²⁷⁶, cabe ao juiz, na condução do processo, ter em mente que eventual adaptação do procedimento pode auxiliar as partes no exercício mais adequado e proveitoso de suas faculdades processuais.

²⁷⁵ RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 40.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 39-40.

Como será visto no próximo tópico, há hipóteses em que a adaptação do procedimento evita que determinados direitos e faculdades processuais careçam de sentido e eficácia, de modo que, bem executada, a conformação do procedimento pode representar a remoção de dificuldades que impedem o pleno exercício daqueles direitos e faculdades. O juiz, então, assiste às partes ao adaptar o procedimento.

Ao instar as partes a participarem da decisão que conforma o procedimento às necessidades da causa, o juiz deve lembrá-las do dever de boa-fé processual (artigo 5º do Código de Processo Civil) e delas exigir comportamento consentâneo com tal dever, o que lhes impõe a adoção de postura colaborativa e a abstenção da prática de atos que possam prejudicar o bom andamento do feito²⁷⁷.

Nesse passo, não pode impressionar o juiz, a ponto de demovê-lo da atividade de conformação do procedimento, a posição da parte que opõe resistência desmotivada ou apegada à forma só pela forma mesma, o que, como se sustentou ao longo deste trabalho, nada diz sobre o seu direito à tutela jurisdicional efetiva.

Sem demonstrar, com argumentos relevantes, que a adaptação do procedimento pode representar violação a direitos processuais fundamentais, o que a parte faz é somente exercer um direito de forma desequilibrada, violando o dever de boa-fé objetiva.

O exercício desequilibrado do direito, conforme aponta a doutrina, é revelado, entre outras formas, no despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados e no seu exercício inútil danoso²⁷⁸. Assim, ao opor resistência à adaptação do procedimento apenas como decorrência de um direito à forma, isto é, a partir do formalismo como negação de escolha, a parte pode estar insistindo em

²⁷⁷ “A lealdade que o ordenamento impõe aos litigantes no processo não é uma mera questão de retidão formal de comportamento, um banal respeito às regras, mas é, como afirmou Macioce, ‘il presupposto indispensabile perché tutta l’attività processuale non sia una farsa’. Não se respeita uma regra de comportamento apenas porque o sistema a impõe. Em outras palavras, não basta que as regras sejam respeitadas apenas na exata medida em que impostas expressamente, mas sim por existir uma finalidade *maior* que paira sobre a existência das regras comportamentais. Deve haver, outrossim, o respeito às normas *morais*, que podem ser traduzidas na fórmula da *lealdade e boa-fé processuais*, cujo conceito, embora de aparente amplitude e fluidez, não pode ser outro que o de uma verdadeira *honestidades substancial*”. In: BERALDO, M. C. S. **O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 83.

²⁷⁸ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; ARENHART, S. C. **Novo curso de processo civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 83.

uma relação despropositada entre um direito processual e os efeitos dele decorrentes no curso da lide, o que deve ser considerado pelo juiz em sua decisão.

De todo modo, no exercício do poder de adaptação do procedimento, o juiz não pode estar vinculado à posição das partes a seu respeito. O que se pressupõe é que o juiz enfrente, em decisão motivada, os argumentos expostos pelas partes que propõem ou rejeitam a flexibilização do procedimento. Pensar que o juiz não possa flexibilizar o procedimento sem aquiescência das partes é esvaziar o conteúdo de seu poder de adaptação, que poderá ser objeto de irresignação recursal pela parte insatisfeita.

Por fim, o poder de adaptação do procedimento pode ser exercido de ofício ou a partir de requerimento das partes. Não é possível ignorar a posição da parte que, diretamente interessada na resolução da demanda, vislumbre na flexibilização do procedimento caminho para solução mais rente às necessidades daquela demanda. Evidentemente, a provocação da parte surgirá quando não houver acordo com o adverso a respeito da flexibilização, já que, concordes, às partes é oferecida a alternativa do negócio jurídico processual do artigo 190 do Código de Processo Civil.

4.4 RESISTÊNCIA À FLEXIBILIZAÇÃO JUDICIAL DO PROCEDIMENTO: UM BREVE DIÁLOGO COM A “GARANTÍSTICA PROCESSUAL”

Respeitáveis estudiosos do processo civil apresentam resistência à admissão de um poder judicial de adaptação do procedimento. Mais do que isso, tais estudiosos - que se autodenominam “garantistas”, em um movimento nominado como “garantística processual” – questionam a intervenção do juiz no curso do procedimento também sob o aspecto material, isto é, a partir de seus poderes instrutórios.

Esse grupo de estudiosos, entre os quais podem ser mencionados Eduardo José da Fonseca Costa, Lúcio Delfino e Igor Raatz, constrói sua linha de argumentação a partir da ideia de processo como garantia fundamental do cidadão, manifestação de sua liberdade e proteção contra os arbítrios do Estado-juiz²⁷⁹.

²⁷⁹ “Inaceitável que ainda se trabalhe o processo a partir da mirada que o reduziu a mero serviçal da jurisdição na consecução dos seus escopos. É mérito da instrumentalidade do processo – uma “vertente tecnológica da jurisdição”, nas palavras de André Leal – o baralhamento entre poder (= jurisdição) e garantia (=processo), originando disso um efeito colateral perigosíssimo: a

O princípio do devido processo legal, para a garantística processual, manifesta-se na garantia de que as regras de processo são pré-determinadas pela lei, não sendo possível ao juiz, a pretexto de exercer qualquer modalidade de interpretação, se afastar do texto do Código de Processo Civil e do procedimento por ele fixado.

Os adeptos desse movimento tecem duras críticas ao instrumentalismo processual (e ao formalismo-valorativo, que, para alguns, sucedeu o instrumentalismo como vertente metodológica da compreensão do processo civil), uma vez que ele resumiria o processo a partir da perspectiva do exercício do poder, reduzindo a importância da posição das partes em nome de um juiz dotado de inabalável privilégio cognitivo. E, ao assim fazer, o instrumentalismo abriria espaço para subjetividades e arbitrariedades do juiz, não sindicáveis de maneira efetiva pela sociedade, rompendo com as estruturas do princípio da separação dos poderes.

Nesse passo, a garantística rechaça a plasticidade procedimental presente no instrumentalismo. O processo, enquanto instituição de garantia contrajurisdicional de liberdade das partes, deve ser anti-experimentalista e procedimentalmente rígido²⁸⁰. Da mesma forma, a sintonia das regras de processo com as necessidades de direito material deve ser aferida no momento de concretização da decisão, e não no iter procedimental até a certificação do direito²⁸¹.

Isso porque, para os adeptos da garantística processual há uma clara demarcação de espaço entre processo e jurisdição: a jurisdição é o instrumento de realização do direito material, enquanto o processo é a garantia fundamental de que essa concretização ocorrerá sem desvios.

banalização do devido processo, em favor de uma atividade jurisdicional pretensamente mais célere, eficaz e justa, no fundo compromissada com o paradigma da filosofia da consciência, que desdenha a legalidade e aposta todas as fichas na figura de um juiz procustiano, que tudo pode, tudo vê e tudo sabe [...] é preciso fazer imperar, na praxe forense, a perspectiva teórica de que o processo traduz-se em instituição de garantia contrajurisdicional das liberdades do cidadão. Significa isso que aos litigantes é lícito operarem no cenário procedimental, segundo limites éticos e legais, a partir de suas próprias vontades e livres de coerções ou interferências de magistrados" In: DELFINO, L.; PEGINI, A. R. B. Reflexões acerca do processo como garantia das garantias e dos seus papéis fundamentais de preservação das liberdades e contenção do arbítrio judicial. In: PEGINI, A. R. B.; DELFINO, L.; FERREIRA, D. B.; SOUSA, D. C.; MALAFAIA, E. N.; RAMOS, G. G.; PEREIRA, M. C.; FILHO, R. P. C. G. **Processo e liberdade**. Estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Thoth: Londrina, 2019. p. 80-82.

²⁸⁰ FILHO, A. C. Pequeno manual prático para o debate instrumentalistas (e afins) vs garantistas processuais. Empório do Direito, sítio eletrônico, 08 abr. 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/7-pequeno-manual-pratico-para-o-debate-instrumentalistas-e-afins-vs-garantistas-processuais>. Acesso em 09 jan. 2022.

²⁸¹ RAATZ, I.; ANCHIETA, N.; DIETRICH, W. G. Garantística e flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 15, v. 22, n. 2, mai./ago. 2021.

Como é possível perceber, esta linha de pensamento não pode ser compatibilizada por completo com as bases teóricas deste trabalho por partir de premissas diversas.

Com efeito, embora haja algum esforço argumentativo em sentido contrário²⁸², a garantística processual sustenta uma visão privatista de processo, segundo a qual ele é assunto exclusivo das partes. Em tal perspectiva, cabe ao Estado apenas assegurar que o procedimento atenda ao contraditório e às demais normas editadas pelo Poder Legislativo, deixando os rumos do processo nas mãos das partes. A única flexibilização do procedimento admissível, portanto, seria a convencional (artigo 190 do Código de Processo Civil).

A garantística processual não se concentra na circunstância de a atividade judiciária ser também manifestação do exercício de serviço público e, como tal, sujeita às exigências da proporcionalidade e da adequada gestão de recursos públicos. O discurso de contenção do juiz nos cubículos do procedimento textualmente previsto, deixando ao talante das partes os rumos do processo, não considera alguns fatores importantes, como a limitação dos recursos públicos aplicáveis à atividade judiciária²⁸³; os efeitos deletérios causados, também às partes, pelo não atendimento do processo às peculiaridades do caso concreto (considerando que as partes nem sempre estão concordes com a flexibilidade negociada do procedimento); o impacto ao sistema de justiça e às próprias partes do uso abusivo do direito de ação ou do direito de defesa amparado na ineficiência do circuito procedimental; e a constatação de que o processo também é veículo para consolidação do Direito objetivo, o que pressupõe maior intervenção da jurisdição em seus rumos.

Além disso, como este trabalho sustentou anteriormente a partir das lições, dentre outros, de Antonio do Passo Cabral e Loïc Cadiet, não há relação de incompatibilidade entre o agir jurisdicional pautado na eficiência e o respeito às garantias fundamentais retratadas e realizadas pelo processo. Mais do que isso, o postulado da eficiência, em sua correta identificação, não é apenas elemento que justifica a adaptabilidade procedimental, mas que também limita o seu exercício ao

²⁸² FILHO, A. C., 2019.

²⁸³ GICO JR., I. T. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014.

exigir que razões de ordem prática sejam compatíveis com a adequada técnica processual aplicável ao caso e com as garantias fundamentais processuais.

O receio de que argumentos de eficiência possam mascarar arbitrariedades e atropelos aos direitos das partes é tido como barreira insuperável para a garantística processual, que prefere se apegar a uma concepção de segurança jurídica que se realiza na rigidez do procedimento. Prefere-se a presunção de que a interferência do juiz (agente desinteressado no resultado da lide) no curso do procedimento abre caminho para o agir arbitrário e não sindicável, desconsiderando a possibilidade de colaboração efetiva do juiz, com o controle das partes (judicial e administrativo-disciplinar).

A garantística processual é firme na sua posição contra o ideário do juiz sensível aos clamores sociais e capaz de, por si só, reconhecer de maneira infalível a insuficiência de regras procedimentais e colmatar suas imperfeições. Nada diz, porém, sobre o fato de que o legislador também pode falhar na sua missão de desenhar o procedimento à luz da garantia fundamental à tutela jurisdicional adequada.

O reconhecimento do poder-dever do juiz de promover a adaptação do procedimento ao caso concreto leva em conta a utopia de imaginar que o legislador é capaz de antever todas as necessidades de todo o direito material para desenhar o procedimento adequado à sua tutela. E, a partir disso, identifica-se no juiz a figura que deve suprir eventuais falhas ou omissões legislativas no dever de conceber as técnicas processuais necessárias à boa tutela dos direitos, forma de dar conteúdo à garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal).

A interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico a partir das normas constitucionais não podem ser restritas apenas às normas de direito material, sob pena de, a despeito de aspirar alçar as normas de direito processual ao status de garantias inalienáveis do cidadão, localizá-las em posição inferior àquelas de direito material exatamente por negar a possibilidade de sua leitura compatível com a ordem constitucional.

Quanto à interpretação e aplicação das normas de processo, demonstrou-se ao longo deste trabalho que a flexibilização judicial do procedimento não decorre apenas de interpretação constitucional e da aplicação direta do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal). O Código de

Processo Civil é repleto de disposições que refletem o perfil flexível do processo. A flexibilidade judicial do procedimento decorre, então, de leitura direta das próprias regras e princípios que compõem a legislação processual, não resultando de interpretações solipsistas, que figuram nas preocupações da garantística processual.

Lembre-se, no mais, que as bases que fundamentam o poder judicial de adaptação do procedimento, tal como concebido neste trabalho, assentam-se na presunção inicial da suficiência das regras procedimentais (formalismo presuntivo), cujo afastamento pressupõe significativo esforço argumentativo, a partir da observância de métodos objetivos de aplicação. A adaptação do procedimento é justificada na maximização do direito processual das partes, e não o contrário.

Verifica-se, então, que as ideias deste trabalho não se afastam por completo da garantística processual no que diz respeito à identificação do processo como veículo de manifestação de direitos fundamentais, tampouco no que atine à preocupação sobre os necessários limites à atividade do juiz em vista dos direitos das partes. O que as distancia do discurso da garantística processual é a concepção privatista de processo que sustenta tal discurso, a qual não parece ser compatível com a ordem jurídica vigente.

4.5 O ESPAÇO DO PODER JUDICIAL DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO NAS DIFERENTES FASES E ESPÉCIES DE PROCESSO

Embora os argumentos até aqui apresentados sobre o poder judicial de adaptação do procedimento tenham como pano de fundo o processo individual tradicional, tal como desenhado pelo Código de Processo Civil, o fato é que aquele poder tem o mesmo desenho e pode ser identificado de igual forma nos processos individual, coletivo e estrutural.

Deve se ter em conta, no entanto, que em cada um desses processos o poder judicial de adaptação do procedimento exerce uma influência: no processo individual, a flexibilização judicial é fator de otimização do procedimento e de correção de suas incongruências; no processo coletivo, o poder judicial de adaptação do procedimento, além de servir de instrumento de maximização da tutela coletiva, surge como via de ligação entre os dispositivos legais esparsos que compõem o microssistema que a regula; no processo estrutural, a flexibilização do procedimento figura como elemento que viabiliza sua própria existência.

4.5.1 O processo individual

O poder judicial de adaptação do procedimento, no processo individual, permite a adequação do procedimento às necessidades da tutela do direito material no caso concreto, tornando-o mais eficiente e mais próximo dos valores a serem garantidos pelo processo.

Diante de tudo o que se disse sobre a adaptabilidade, a proposta agora é ilustrar, a partir de demandas da rotina forense, como ela pode irradiar efeitos em todos os tipos e fases do procedimento. As hipóteses trabalhadas a seguir são exemplos do poder judicial tal como desenhado ao longo desta dissertação, isto é, a partir da flexibilização judicial que reorganiza os atos processuais dentro da cadeia do procedimento, a qual convive com situações de flexibilização legal previstas no Código de Processo Civil.

4.5.1.1 A adaptação na fase de conhecimento

Pense-se na ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, demanda rotineira nos Juízos de Família. Pelo procedimento concebido pelo Código de Processo Civil, a ação, como todas de família, deve ser iniciada pela audiência de seu artigo 695, após a qual, em caso de insucesso na conciliação, iniciará o prazo para apresentação de defesa pelo réu, seguindo-se o procedimento comum.

Ocorre que, a despeito da possibilidade de reconhecimento de paternidade na audiência (artigo 1.609, IV, do Código Civil), a experiência indica que na (quase) totalidade dos casos o réu só se convence da paternidade e da possibilidade de acordo sobre os alimentos após a produção de prova pericial (DNA)²⁸⁴. No ato de audiência, sem qualquer evidência da paternidade, o que se percebe é a instalação de um ambiente que não só não produz nenhum debate racional, como dá espaço para as subjetividades próprias de ações de família e possíveis discussões sobre questões ligadas à intimidade de cada uma das partes, não raras vezes ferindo sua dignidade.

²⁸⁴ Aqui não se afirma que a prova pericial atinja um standard de prova absoluto, porque o grau de confiabilidade de suas informações não atinge necessariamente o mesmo de grau de confirmação do fato a provar. A referência à prova pericial leva em conta o que ordinariamente acontece na prática forense. Vide, a propósito, Taruffo (2016, p. 249).

Ainda, sem a produção daquela prova, o réu não é capaz de produzir nenhum argumento racional a respeito das alegações da parte autora, tornando sua peça de defesa – que é essencial ao contraditório – repositório de assertivas baseadas em suposições e acusações que, para o juiz, na construção de uma decisão baseada na verdade e na racionalidade, valem um pouco menos que nada. Do outro lado da lide, a parte autora também não será capaz de ir além das suposições lançadas na inicial enquanto não produzida aquela prova, ou enquanto não negada pelo réu sua produção (quando então a lei se encarregará de oferecer presunções).

Do ponto de vista da administração da rotina do Juízo, a designação da audiência de conciliação fadada ao insucesso apenas trará congestionamento na sua pauta e atraso na prestação jurisdicional dessa e de outras ações, dificultando a gestão de sua rotina e arranhando a proporcionalidade panprocessual. Nessa circunstância, a observância do procedimento inicialmente previsto em lei não garantirá nada além do assoberbamento da pauta de audiências do Juízo e do aumento do tempo de tramitação de demanda importante para a afirmação de direito fundamental de criança sem a paternidade reconhecida.

A partir do poder judicial de adaptação do procedimento, o juiz poderá indicar, em decisão fundamentada, que a aplicação das regras do procedimento previsto no Código, para o caso concreto, trará resultados não desejáveis, quais sejam: atraso na prestação jurisdicional, violando a duração razoável do processo; exposição desnecessária da intimidade das partes, violando a dignidade e o direito à construção da decisão judicial baseada em argumentos racionais; criação de ambiente impróprio para a conciliação, contradizendo o princípio do incentivo à resolução consensual; assoberbamento da pauta, prejudicando a eficiência na gestão de outros casos, a partir da proporcionalidade.

Na mesma decisão, o juiz demonstrará soar adequada a adaptação do procedimento para alcançar os escopos do processo, de tal modo a, desde logo, citar o réu para comparecimento ao exame de DNA a partir do regramento da produção antecipada de prova (com prazo razoável para impugnação ou justificativas para não realização da prova e com as advertências legais em caso de sua não produção) para, com ela já em mãos, ser chamado à audiência de conciliação e apresentação de defesa. Essa flexibilização garantiria a participação do réu e do autor na produção da prova e, sobretudo, o direito a apresentar

argumentos ao juiz baseados na razão e nas evidências que decorrem da prova pericial, que forçosamente será produzida.

A adaptação acima sugerida aparenta observar os valores do processo (contraditório, incentivo à composição, tratamento digno, construção da decisão baseada em argumentos racionais e duração razoável do processo), circunscreve-se ao método e regras já previstos em lei (a produção antecipada de prova dos artigos 381 a 383 e uma espécie de combinação de procedimentos do artigo 327, §2º, todos do Código de Processo Civil), garante a segurança jurídica e abre caminho para uma gestão adequada dos processos e da rotina do Juízo.

Há outras espécies de ação que, a rigor, passam necessariamente pela produção de prova técnica para a sua solução, como as ações de cobrança de seguro DPVAT e as ações cominatórias relativas a tratamentos de saúde. O espaço para a conformação do procedimento nessas hipóteses é tão evidente que não tem sido rara, até mesmo, a superação de adaptação do procedimento caso a caso por iniciativas de *court management*, isto é, de organização das estruturas internas do Poder Judiciário para o tratamento adaptado desse tipo de demanda.

O Poder Judiciário do Estado do Paraná mantém iniciativas de sucesso nesse sentido, como os projetos “Justiça no Bairro”²⁸⁵ e “Eficiência na judicialização da saúde”²⁸⁶. Por meio do primeiro projeto, o Tribunal de Justiça mantém estrutura para realização de audiências de conciliação e, em caso de insucesso, imediata realização de perícia nas ações de DPVAT, possibilitando nova rodada de conciliação e o adiantamento das fases processuais, sempre com prévia ciência das partes. Quanto ao segundo projeto, na audiência de conciliação do artigo 334 do Código de Processo Civil as partes são instadas a, desde logo, celebrarem negócio jurídico processual (artigo 190 do Código de Processo Civil) para a realização imediata de perícia médica, após a qual, com o laudo em mãos, poderão tentar

²⁸⁵ TJPR. **Programa Justiça no Bairro conseguiu finalizar 8.600 processos em 2016**. 01 jun. 2017. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/programa-justica-no-bairro-conseguiu-finalizar-8-600-processos-em-2016/18319. Acesso em 31 ago. 2021.

²⁸⁶ TJPR. **14. Programa “Eficiência na Judicialização da Saúde Suplementar”**. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/home?p_p_id=36&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_36_struts_action=%2Fwiki%2Fview&p_r_p_185834411_nodeName=Judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+Sa%C3%BAde%2FComit%C3%AA+Executivo+de+Sa%C3%BAde&p_r_p_185834411_title=14.+Programa+%22Efici%C3%AAncia+na+Judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+Sa%C3%BAde+Suplementar%22&p_r_p_185834411_nodeId=12834951. Acesso em 31 ago. 2021.

nova composição ou conduzir seus argumentos a partir da prova que assume papel central na solução do caso.

Interessante notar que as partes envolvidas nesses tipos de demandas, não raras vezes, desde logo indicam na petição inicial o desejo de adesão aos projetos, o que, bem vistas as coisas, nada mais é do que manifestar a intenção de ver o procedimento adaptado ao objeto da demanda a partir de atuação do Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil de 2015 deixou de prever procedimento especial para as ações de usucapião, remetendo-as ao procedimento comum. Ao assim fazer, há quem possa dizer que a audiência inaugural do procedimento (artigo 334 do Código) deve contar com a presença do autor, do réu, de todos os confinantes (ressalvada a exceção do §3º do artigo 246 do Código) e dos representantes da União, do Estado e do Município em que localizado o imóvel.

Sabe-se, porém, que os entes públicos apenas vêm aos autos para indicarem se o imóvel objeto da lide compõe o patrimônio público, não havendo, além disso, qualquer outro interesse direto. Intui-se, também, que a reunião daquela grande quantidade de interessados em único ato não é tarefa das mais simples.

A partir disso, por meio de decisão fundamentada, demonstrando os ganhos processuais e a razoabilidade da medida, o juiz pode intimar os entes públicos para que, desde logo, manifestem interesse na demanda, o que não só evitará embaraços e atrasos desnecessários na audiência, como permitirá que, caso haja interesse, o feito eventualmente se desloque para o Juízo competente, deixando a audiência de conciliação para aqueles que realmente têm o que conciliar.

Fatores externos ao ambiente processual também podem tornar a adaptação do procedimento necessária à superação de resultados não desejáveis com a aplicação das regras procedimentais, exigindo a adaptação do procedimento.

A necessidade de isolamento social decorrente da pandemia da COVID-19 implicou o fechamento dos prédios dos fóruns e, com ele, impôs severas dificuldades na realização das audiências de conciliação, ato inaugural do procedimento comum e que celebra o anseio da solução dos conflitos pelos meios alternativos. Embora existentes algumas alternativas para sua viabilização e desejável a criação de outras, fato é que, na grande maioria dos casos, o andamento dos feitos ficou comprometido pela impossibilidade de realização daquele ato. Nesse cenário, viu-se como imperativa a adaptação do procedimento

para, superada a fase da audiência, desde logo determinar-se a citação do réu para a continuação da lide, sem prejuízo de designação da audiência de conciliação para momento posterior²⁸⁷.

Embora pareça óbvia a rota da dispensa da audiência de conciliação para viabilizar o andamento dos processos em tempos de isolamento social, não se pode deixar de admitir que tal rota é consequência do poder judicial de adaptar o procedimento.

Os exemplos poderiam se multiplicar na mesma intensidade com que se multiplicam as hipóteses concretas que chegam ao Poder Judiciário, até porque uma das justificativas de fato do poder judicial de adaptação do procedimento está exatamente na multiplicidade própria das relações sociais. Contudo, os exemplos acima parecem suficientes para ilustrar a importância e o espaço do poder do juiz de conformar o procedimento às necessidades da causa na fase de conhecimento.

4.5.1.2 Tutela provisória

O juiz pode promover a adaptação do procedimento também no manejo das tutelas provisórias.

Vislumbra-se, por exemplo, a possibilidade de o juiz admitir contraditório excepcional e reduzido antes de decidir pleito de tutela provisória formulado na inicial. Deveras, o caso concreto pode indicar que a análise de um pedido urgente demande complementação de informações, que são de conhecimento do réu, sem as quais o juiz não tem condições de decidir. Nesta circunstância, o juiz poderá indicar, em decisão fundamentada, que a aplicação das regras do procedimento previsto no Código (decisão *inaudita altera pars*, com citação posterior) poderá trazer resultados não desejáveis no que atine à tempestividade da tutela de direito; de outro lado, o juiz indicará que a adaptação do procedimento alcançará os escopos do processo e trará vantagens ao autor - que não terá a tutela provisória indeferida de plano - e ao réu, que terá oportunidade extra de exercer o contraditório e de cooperar com o bom andamento do feito.

²⁸⁷ A propósito, vide: SILVA, L. C. da; VASCONCELOS, F. A. Audiência do art. 334/CPC em tempos de pandemia: o existente, o possível e o desejável. Consultor Jurídico, sítio eletrônico, 18 mai. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/opiniao-audiencia-artigo-334cpc-pandemia>. Acesso em 31 ago. 2021.

A adaptação acima aparenta observar os valores do processo (contraditório e tutela tempestiva), circunscreve-se ao método e regras já previstos em lei (forma adaptada de justificação prévia e/ou intimação da contraparte, nos termos do artigo 300, §2º, e artigo 9º do Código de Processo Civil), além de garantir segurança jurídica e decisão com melhor embasamento nas circunstâncias de fato e nas provas.

Outro exemplo está na conhecida discussão a respeito do desajuste do Código de Processo Civil no que atine aos prazos a serem observados pelas partes no procedimento da tutela antecipada em caráter antecedente (artigo 303 do CPC). Critica-se a orientação do Código de conceder ao autor prazo para aditar o pedido inicial idêntico ao conferido ao réu para interpor recurso com o objetivo de evitar a estabilização da decisão concessiva da medida de urgência, porque, ao assim fazer, a lei processual de certa forma constrange o autor a não esperar pela estabilização daquela decisão.

Além da possibilidade de ampliar o prazo do autor para aditamento da inicial, conforme permissivo do artigo 303, §1º, I, *in fine*, do CPC, o poder de adaptação permite ao juiz conformar o procedimento da tutela antecedente aos seus escopos, admitindo que o autor, em caso de concessão da medida, tenha segurança sobre a efetiva existência de recurso do réu que demande o aditamento da inicial.

Com efeito, soa consentâneo com o procedimento em questão e com os direitos processuais das partes que o juiz determine a certificação, pela secretaria, da existência ou não de recurso do réu para, só então, conceder prazo ao autor para eventual aditamento da petição inicial ou indicação de interesse na estabilização da tutela provisória.

O caminho acima sugerido mostra-se mais adequado do que a ampliação de prazo ao autor, porque esta não retirará dele o ônus de forçosamente aditar a inicial, mesmo que o aditamento não seja sua intenção original, por conta de eventual dificuldade de localização e identificação de recurso interposto pelo réu ao órgão *ad quem*. A conformação do procedimento, na forma como proposta, é capaz de indicar o motivo de o procedimento inicialmente concebido conduzir a um resultado não desejável (tolher a escolha do autor pela estabilização da tutela), o porquê deste resultado não ser desejável (incentivar o aforamento de demanda evitável) e como outras regras do sistema (tais como as que disciplinam a suspensão do processo) evitam este resultado.

4.5.1.3 As fases de liquidação e de execução

O procedimento de liquidação também é propício à adaptação, pelo juiz, dos atos que o compõem. Basta ver que uma das hipóteses de liquidação é efetivada pelo procedimento comum (artigo 509, II, do CPC), e em seu bojo é amplo o espaço de conformação, como demonstrado ao longo do trabalho.

De seu turno, o procedimento executivo (execução de título extrajudicial ou cumprimento de sentença) também não é infenso ao princípio da adaptabilidade. Embora seus rumos sejam, em grande parte, dependentes da disponibilidade patrimonial do executado e da diligência do exequente - o que dificulta enxergá-lo como procedimento previamente organizado em cadeia de atos bem definida -, é fato que o procedimento executivo conta com uma lógica de funcionamento, cuja conformação por iniciativa do juiz pode surgir como medida adequada às necessidades da tutela.

Os princípios informadores do procedimento executivo (efetividade da execução, menor onerosidade ao devedor e desfecho único)²⁸⁸ não só convivem em harmonia com o princípio da adaptabilidade procedimental, como a partir dele podem ganhar mais amplitude.

Toma-se por exemplo situação em que pessoa de baixa renda figure no polo passivo da execução e dele participe ativamente, com o risco de ter seus ganhos salariais (não raras vezes sua única fonte de renda) constrictos a pedido do exequente. O desenho legal do procedimento executivo prevê que o executado pode impugnar a penhora após sua concretização.

A rotina forense tem demonstrado que da efetivação da constrição (penhora) de contas bancárias do executado até decisão a respeito da impugnação por impenhorabilidade, passando pela prévia intimação do exequente, há transcurso de tempo relevante para aquele que tem bloqueada a única fonte de sustento, em evidente prejuízo a seus direitos fundamentais. Ainda que o juiz decida pela liberação do dinheiro sem prévia oitiva do exequente, o tempo decorrido até a decisão pode causar graves consequências ao executado.

²⁸⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 2. 15. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008. p. 144-151.

Nesse cenário, a conformação do procedimento decorrente da antecipação dos atos de impugnação do executado e resposta do exequente para momento anterior à efetiva constrição dos bens apresenta-se como possível e mesmo necessária à salvaguarda dos interesses dos envolvidos e dos escopos do processo.

Com efeito, se as peculiaridades do caso assim recomendarem, diante do pleito do exequente de penhora das contas bancárias do executado, pode o juiz antecipar o debate a respeito da penhorabilidade dos valores e das fontes de renda do executado, ao intuito de evitar atos de constrição ilegais.

Ao conformar o procedimento no caso, o juiz pode indicar o motivo de o procedimento inicialmente concebido conduzir a um resultado não desejável (possível penhora de verba de natureza alimentar), o porquê deste resultado não ser desejável (violação a direitos fundamentais do executado e perda de tempo na prática de atos processuais, que inclusive impõem custos ao exequente) e como outras regras do sistema (aplicação dos deveres de consulta e auxílio) evitam este resultado. A conformação proposta não causa prejuízos processuais às partes e fortalece os princípios da efetividade da execução e da menor onerosidade ao devedor.

Ainda na fase de execução, a jurisprudência tem admitido a conformação do procedimento de execução de alimentos (artigo 528 do CPC), substituindo o ato de prisão civil do devedor pela imposição de outras cautelares, notadamente a implantação de tornozeleira eletrônica²⁸⁹. A adaptação em questão, sempre diante

²⁸⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – VERBA ALIMENTAR DEVIDA EM FAVOR DE EX-CÔNJUGE – IMPRESCINDIBILIDADE PARA A SUBSISTÊNCIA DA ALIMENTANDA – ALIMENTOS RECEBIDOS HÁ MAIS DE 26 ANOS – PRISÃO CIVIL DECRETADA – POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. PRISÃO DOMICILIAR DECRETADA PELO PERÍODO DE 90 DIAS, MEDIANTE USO DE TORNOZELEIRA ELETRÔNICA – CONTRADIÇÃO NA DECISÃO AGRAVADA – READEQUAÇÃO DO PRAZO DA PRISÃO PARA 60 DIAS. PÉDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHAR – PRETENSÃO QUE DEVE SER DEDUZIDA PERANTE O MM. JUIZ SINGULAR. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (TJPR - 11ª C.Cível - 0019203-92.2021.8.16.0000 - Medianeira - Rel.: DESEMBARGADOR RUY MUGGIATI - J. 20.06.2021).
HABEAS CORPUS CÍVEL – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS SOB O RITO DA PRISÃO CIVIL – DECRETAÇÃO DA PRISÃO EM REGIME DOMICILIAR COM USO DE TORNOZELEIRA ELETRÔNICA – INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER – ORDEM DE PRISÃO QUE ATENDE À SÚMULA 309 DO STJ – CASO CONCRETO EM QUE A EXECUÇÃO PELO RITO DA EXECUÇÃO COERCITIVA DE ALIMENTOS FOI DAS TRÊS ÚLTIMAS PRESTAÇÕES E AS QUE VENCERAM NO CURSO DA EXECUÇÃO – MAIORIDADE QUE NÃO IMPLICA NA EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR – NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA PARA DISCUTIR ESSA QUESTÃO – MANUTENÇÃO DO CARÁTER EMERGENCIAL DA VERBA INADIMPLIDA – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA AFASTAR A ORDEM DE PRISÃO – ORDEM DENEGADA. (TJPR - 12ª C.Cível - 0045801-

das peculiaridades do caso, pode abrir espaço ao executado para obter trabalho remunerado e, assim, promover o pagamento da pensão devida, o que não seria possível com o decreto de prisão.

Lembre-se, a propósito, que a prisão no rito de execução de alimentos não tem caráter punitivo, mas coercitivo ao pagamento, de modo que a adaptação do procedimento acima ilustrada tem o condão de ressaltar os princípios informadores da execução sem violar, em tese, direitos processuais dos envolvidos.

4.5.2 O processo coletivo

O processo coletivo é o processo voltado tanto à proteção dos direitos difusos e coletivos (artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor) quanto à proteção coletiva de direitos individuais. A dinâmica da sociedade de massa e o espraiamento, no tecido social, das consequências fáticas e jurídicas de posturas adotadas por instituições públicas e privadas fazem com que a tutela coletiva se apresente como a via mais adequada e proporcional para a solução dos problemas jurídicos e sociais daí advindos.

A efetividade do processo coletivo, como sinaliza a doutrina, demanda uma releitura dos institutos processuais que foram inicialmente pensados para o processo individual. Sem que se percebam as diferenças das tutelas individual e coletiva, o tratamento desta última pela lógica da primeira importa no esvaziamento de sua eficácia²⁹⁰, como se de alguma forma as concepções clássicas que definem a tutela individual fossem paradigmas insuperáveis para se pensar todo e qualquer processo; como se o instrumento pudesse conformar sua finalidade, e não o contrário.

Nessa ordem de ideias, escrevem Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna:

Arrematando esse argumento, o que se vê é que há um juízo bastante lógico que deve permear o exame da situação: (i) *não existe* amparo em qualquer tentativa de discriminar o processo coletivo, colocando-o em posição inferior àquele bipolarizado e individual; (ii) atualmente, é largamente admitido no processo civil clássico o uso de *toda a técnica* constitucionalmente idônea capaz de permitir a adequada tutela de direitos;

83.2021.8.16.0000 - Assaf - Rel.: JUÍZA DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU SANDRA BAUERMANN - J. 15.09.2021)

²⁹⁰ ARENHART, S. C.; OSNA, G. **Curso de processo civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020a. *passim*.

(iii) ato contínuo, é também essa a mentalidade a ser aplicada para a tutela coletiva. Não há, pois, o que justifique qualquer entrave à sua atuação.²⁹¹

Com isso em mente, o poder judicial de adaptação do procedimento também deve ser identificado na condução do processo coletivo, nada havendo que o discrimine apenas como princípio próprio dos processos individuais.

A bem da verdade, o poder judicial de adaptação do procedimento é peça chave para a máxima efetividade e para a conformação procedimental exigida pela tutela coletiva. É que a tutela coletiva assenta suas bases normativas no assim chamado “microssistema de processo coletivo” - conjunto de disposições de leis esparsas que tratam da temática -, e, para que haja uma aplicação simbiótica dessas disposições²⁹² de forma coerente e que prestigie a efetividade do processo, não se vislumbra caminho outro que não o de conferir ao juiz meios de conformar o procedimento quando necessário.

Lembre-se que as leis que compõem aquele “microssistema” sempre chamam a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil para o processamento das demandas coletivas (artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor; artigo 19 da Lei de Ação Civil Pública; artigo 7º da Lei da Ação Popular), o que possibilita pensar na aplicação do princípio da adaptabilidade daquele Código, por meio do poder judicial de adaptação do procedimento, às tutelas coletivas.

Essa constatação ganha contornos de imperatividade quando se lembra que a doutrina tem sustentado que a leitura integrativa exigida por aquele microssistema somente pode servir para ampliar a efetividade do procedimento. Assim, não havendo restrição ou limitação específica para uma determinada técnica processual, não pode alguma disposição prevista naquele microssistema, mas que também regula um procedimento específico, ser aplicada para outro procedimento de forma a minorar sua efetividade.²⁹³

Se assim deve ser, o juiz deve contar com poderes de ajuste do procedimento, de modo a que o manuseio daquele microssistema da tutela coletiva

²⁹¹ ARENHART e OSNA, 2020a, p. 165.

²⁹² É o que exigem, por exemplo, o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor: “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições” e o artigo 21 da Lei Federal nº 7.347/1985: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

²⁹³ ARENHART e OSNA, 2020a, p. 172-173.

seja capaz de garantir um procedimento que atenda aos valores processuais ao tempo em que assegure sua coerência e a máxima efetividade da tutela. O poder judicial de adaptação do procedimento, portanto, serve como instrumento de maximização da tutela coletiva por se consubstanciar na via pertinente ao trânsito entre as normas que compõem o microssistema de tutela coletiva na construção do procedimento adequado às especificidades daquela tutela.

Como visto alhures, no Congresso Nacional tramitam projetos de lei voltados à disciplina da ação civil pública, os quais apresentam dispositivos tendentes a garantir a aplicação de técnicas processuais nela previstas para os demais procedimentos especiais de tutela coletiva, e vice-versa, bem como dispositivos que admitem todas as espécies de tutela jurisdicional e procedimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Isso sem contar na previsão que atesta a flexibilidade do processo como princípio informador da ação coletiva.

Essa simbiose prevista nas proposições legislativas, se apresenta uma espécie de flexibilização legal do procedimento, também não pode deixar de admitir algum espaço para a flexibilização judicial para que o juiz conforme o procedimento às necessidades próprias da tutela coletiva, em vista de tudo o que já se afirmou a respeito das nuances dos casos concretos, que sempre exigem alguma aplicação adaptada aos seus contornos.

4.5.3 O processo estrutural

Não há um conceito consensual e pronto sobre o que seja processo estrutural. Edilson Vitorelli, por exemplo, conceitua processo estrutural como aqueles que envolvem conflitos multipolares, complexos, cujo objetivo é promover valores públicos pela via judicial, mediante a transformação de uma instituição pública ou privada ou a correção de uma prática²⁹⁴. Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, de seu turno, negam que o processo estrutural tenha que ser multipolar e complexo. Para eles, multipolaridade e complexidade são características que estão quase sempre presentes, mas que não são indispensáveis. O processo estrutural para eles seria, então, a demanda voltada a resolver um

²⁹⁴ VITORELLI, E. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 331.

problema estrutural, sendo caracterizado pela fixação de um estado de coisas ideal e pela adoção de medidas para alcançar esse estado.²⁹⁵

Embora a técnica estrutural seja mais frequentemente identificada com as ações coletivas - o que atrairia a aplicação prioritária das leis que compõem o “microssistema de tutela coletiva” -, é possível que ela tenha incidência em ações típicas do Código de Processo Civil²⁹⁶, sendo por ele disciplinadas.

Independentemente dos elementos que integram o conceito de processo estrutural, o que parece de consenso na doutrina é que a flexibilidade procedimental, inclusive por ato do juiz, é fator inerente a esse tipo de processo²⁹⁷. Em um óbvio jogo de palavras, o poder judicial de adaptação do procedimento é elemento estrutural do processo estrutural.

Com efeito, apontam Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira que: “é absolutamente inviável estipular previamente os circuitos procedimentais adequados ao desenvolvimento do processo estrutural [...] existe – e deve existir – certa *flexibilidade intrínseca* ao procedimento pelo qual se desenvolve o processo estrutural”²⁹⁸.

Ainda a respeito da flexibilidade judicial do procedimento estrutural, escrevem Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim:

Olhando especificamente para o processo, o reflexo mais óbvio seria que também se chegasse a um modelo essencialmente generalista e previsível – reduzindo o espaço para que se conferissem maiores lentes às exigências da disputa material. Esse tipo de pensamento, porém, é evidentemente incompatível com a engrenagem exigida para um desempenho satisfatório dos processos estruturais. E isso porque esse tipo de medida traz consigo uma imprescindível abertura a um agir mais criativo e dialógico do órgão julgador. Da cisão entre *tutela* e técnica, é imprescindível que haja espaço para que a jurisdição adote caminhos maleáveis para permitir a melhor proteção possível do interesse em disputa. [...] Em termos procedimentais, esse elemento leva à necessidade de que se pense em ritos e em meios de

²⁹⁵ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H.; OLIVEIRA, R. A. de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 434-434.

²⁹⁶ Vide, a propósito, SILVA, L.C.; MAZINI, P. G. Intervenção estruturante nas ações possessórias coletivas. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 702-730.

²⁹⁷ Em certa medida, aliás, a ideia de *case management*, ao menos na percepção estadunidense, é derivada das demandas estruturais. A respeito, vide RESNIK, Judith. Managerial Judges. **Harvard Law Review**, v. 96, p. 374-448, Dez. 1982.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 438.

atuação mais *flexíveis* – percebendo-se que a realidade concreta não pode ser resumida em qualquer tipo de previsão legal.²⁹⁹

De fato, não há como imaginar que, por meio de um procedimento rígido, dentre os previamente disciplinados no Código de Processo Civil, os atores processuais e os demais agentes chamados a participar do processo estrutural consigam reparar um estado consolidado de desconformidade ou de violação institucional de direitos fundamentais marcados pela profundidade e complexidade de tratamento.

A pretensão do processo estrutural de dar cabo a problemas complexos e multidisciplinares pressupõe a releitura de institutos processuais clássicos, que moldam a forma tradicional de conceber o processo civil. Institutos como o princípio da adstrição, do dispositivo, do contraditório e da própria rigidez da coisa julgada são repensados a fim de que o processo estrutural possa caber nos contornos do sistema processual positivado³⁰⁰.

Esta necessária revisitação dos institutos processuais, somada ao indispensável alargamento das fronteiras do procedimento em todas as suas fases, não encontra respaldo numa leitura do Código de Processo Civil que ignore sua feição flexível, marcada, dentre outros fatores, pelo princípio da adaptabilidade procedimental. O reconhecimento de um perfil flexível do Código de Processo Civil, do que decorre a adaptabilidade do procedimento, é fundamental para a viabilidade do processo estrutural, sob pena de não haver espaço para que a intervenção estruturante se opere validamente por meio de um processo.

Aliás, sobre a base normativa a viabilizar os processos estruturais, é relevante lembrar, conforme exposto em outra passagem deste trabalho, que os projetos de lei em tramitação no Parlamento voltados ao estabelecimento de balizas para os processos estruturais (Projetos de Lei nº 8.058/2014 e nº 1.641/2021) preveem expressamente o poder do juiz adaptar o procedimento às necessidades subjacentes à causa, porque sem tal mecanismo o processo estrutural não é capaz de se viabilizar.

²⁹⁹ ARENHART, S. C.; OSNA, G.; JOBIM, M. F. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 38-40.

³⁰⁰ ARENHART, S. C. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 1053-1054.

5 CONCLUSÃO

O poder judicial de adaptação do procedimento é consagrado pelo Código de Processo Civil, se não textualmente, pela sua evidente feição flexível. A variedade de disposições da lei processual que dão margem à flexibilização do procedimento para além das tímidas hipóteses expressas em seu artigo 139 não permite que se afirme uma predisposição à rigidez dos procedimentos nela previstos, indicando, ao revés, uma inclinação à sua adaptabilidade às necessidades da tutela do direito material. E, nesta lógica, é indispensável que se identifique também no juiz, responsável pelo impulso do processo, a figura capaz de materializar aquela feição flexível e dar a devida aplicação ao princípio da adaptabilidade.

A retirada do texto do então projeto de Código de Processo Civil da cláusula geral de flexibilização pelo juiz não é bastante para refutar sua presença no sistema processual, porque, como visto, esse movimento feito pelo Parlamento não corresponde à posição por ele manifestada a respeito do funcionamento do processo civil ao longo do tempo. Uma análise focada na coerência, tanto da intimidade do Código de Processo Civil quanto da inteireza do ordenamento jurídico, nitidamente identifica o poder judicial de adaptação do procedimento como importante mecanismo do sistema processual.

A possibilidade de adaptação do procedimento pelo juiz, então, suplanta as hipóteses de flexibilização legal, irradiando-se por todo o Código de Processo Civil como manifestação de flexibilização judicial, capaz de reordenar os atos processuais na cadeia que compõe o procedimento.

Uma interpretação que se afaste da leitura sistemática do Código de Processo Civil também é capaz de identificar um princípio geral de adaptabilidade do procedimento. Deveras, o confronto das regras vigentes sobre os poderes do juiz com as nuances da vida real - que só os casos concretos são capazes de ressaltar - indica uma lacuna axiológica da lei processual. Se cabe ao legislador oferecer instrumentos legais adequados à tutela do direito e se estes não apresentam tal adequação para uma situação concreta, a despeito das promessas e objetivos que justificaram sua edição, deve o juiz, com os olhos na dogmática, identificar e colmatar esta lacuna. E, nesta tarefa, o que se faz nada mais é do que admitir a flexibilização judicial do procedimento.

A afirmação segundo a qual o Código de Processo Civil se abre para a flexibilização dos procedimentos é compatível com sua posição no ordenamento jurídico, realçando a coerência e eliminando as contradições entre as normas que o compõem. E, neste contexto, não se pode excluir do rol de poderes do juiz aquele relativo à intervenção na conformação do procedimento previsto na lei.

O poder judicial de adaptação do procedimento não paira alheio ao sistema processual porque é elemento que integra o conjunto de suas engrenagens. Quando a lei processual é composta por normas abertas e concebe institutos como a concertação de atos, ela mesma pressupõe espaço de conformação do procedimento pelo juiz, porque sem tal elemento suas disposições não são capazes de funcionar a contento.

O poder judicial de adaptação do procedimento não é infenso aos direitos e garantias fundamentais processuais porque é instrumento para a sua concretização. O devido processo legal, se bem compreendido, impõe ao juiz conformar o procedimento às necessidades do direito material, na medida em que pressupõe a efetividade da tutela jurisdicional como um de seus atributos. Nesta perspectiva, os argumentos que contrapõem flexibilidade procedimental e garantias processuais não resistem ao mais leve sopro de bom senso.

Isso porque o poder de conformação do procedimento precisa ser exercido considerando os limites impostos pelo próprio sistema, até porque é ele mesmo, o sistema, que lhe dá contornos. A partir daí, possível perceber que a força vinculante das regras processuais não é desconsiderada pelo princípio da adaptabilidade, que trabalha no ponto de equilíbrio entre aquilo que a decisão com base em regras tem de bom e aquilo que é capaz de produzir resultados incoerentes com os princípios que regem o sistema. Aliás, são nestes mesmos princípios (dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade, eficiência, estímulo à autocomposição, igualdade, contraditório, segurança jurídica e a duração razoável do processo) que a adaptabilidade do procedimento identifica seu conteúdo, suas potencialidades e seus limites.

Evidentemente, o poder judicial de adaptação do procedimento deve ser exercido por meio de metodologia, meio pelo qual as partes e a sociedade podem fazer o controle da atuação do juiz e este pode demonstrar, de maneira fundamentada, o bom uso daquele poder.

Pode-se afirmar que a comunidade de trabalho representada no processo ganha em seu funcionamento quando, aspirando a colaboração entre seus atores e a remoção de qualquer dificuldade no exercício de seus misteres, o procedimento é modelado por decisão judicial fundamentada em técnicas processuais, debatida e justificada nas necessidades do caso concreto.

O que se coloca é que, se o juiz deve exercitar o poder de adaptação dentro daqueles limites e a partir de metodologia adequada, é também seu dever exercê-lo sempre que vislumbrar necessidade para tanto. A garantia constitucional da efetividade da tutela jurisdicional assim lhe impõe.

A rigor, o poder judicial de adaptação do procedimento é peça-chave para o funcionamento do sistema de justiça, e vários países, em suas variadas tradições processuais, já se deram conta disso a ponto de prestigiá-lo expressamente. Até mesmo os sistemas jurídicos que, historicamente, sempre rejeitaram a interferência do Estado-juiz nos interesses de seus cidadãos tratados no processo passaram a enxergar na gestão processual do juiz a chave para o enfrentamento de entraves em seus sistemas de justiça.

Os órgãos que administram o sistema de justiça anseiam por respostas para a gestão inteligente da massa de processos sob responsabilidade do Poder Judiciário. Nesta jornada, podem encontrar na adaptação judicial do procedimento e nas possibilidades de gestão processual dela derivadas ferramentas importantes para viabilizar o atendimento de seus desideratos. Sem poderes de adaptação e gestão processuais, o juiz teria dificuldades em gerenciar seu acervo de processos de maneira consentânea àqueles anseios.

Chiovenda disse há muito tempo que a escolha se as normas de processo devem ser determinadas pela lei ou pelo juiz passa pelo grau de confiança depositado no sistema judicial³⁰¹. É chegada a hora de perceber que o ordenamento jurídico e o sistema de justiça contam com mecanismos de controle jurídico e funcional a respeito dos atos do juiz, e que a flexibilidade procedimental não é manifestação de arbítrio ou discricionariedade judicial, mas, antes, fruto de um sistema processual que, preocupado com a efetividade da tutela dos direitos, vê refletida também no juiz sua feição flexível.

³⁰¹ A liberdade conferida ao juiz, em maior ou menor medida, “non è possibile se non in proporzione della fiducia che in un dato momento l’ordine giudiziario ispira ai cittadini”. In: CHIOVENDA, G. **Principii di diritto processuale civile**. 4. ed. Napole: Jovene, 1928. p. 664.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoría de la argumentación jurídica**. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução para o espanhol de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.

ALMEIDA, D. A. R. de. O case management inglês: um sistema maduro? **Revista Eletrônica de Processo Civil da UERJ**, Rio de Janeiro, v. VII, p. 326-330, jan. 2011.

ALVES, T. M. **Gerenciamento processual no novo CPC**. Mecanismos para gestão cooperativa da instrução. Salvador: JusPodivm, 2019.

ALVIM, T. A.; et al. (coord). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ANDRADE, M. M. de. **Positivismo jurídico inclusivo e moralidade institucional: uma reflexão sobre o contexto brasileiro**. 2020. 222 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Brasil.

ANDREWS, N. Fundamental Principles of Civil Procedure: Order Out of Chaos. In: KRAMER, X. E; VAN RHEE, C. H. **Civil Litigation in a Globalising World**. 2012.

_____. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

_____; OSNA, G. Complexity, Proportionality and the 'Pan-Procedural' Approach: Some Bases of Contemporary Civil Litigation. **International Journal of Procedural Law**, v. 4, 2014.

_____; _____. A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares. **Revista de processo**, v. 45, n. 310, p. 173-201, dez. 2020.

_____; _____. **Curso de processo civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020a.

_____; _____. JOBIM, M. F. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ATIENZA, M. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madri: Editorial Civitas, 1997.

BARBERIS, M. El realismo europeo-continental. In: ZAMORA, J. L. F.; VAQUERO, A. N. (coord). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

BEDAQUE, J. R. dos S. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BERALDO, M. C. S. **O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOTERO-BERNAL, A. El positivismo jurídico en la historia: Las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. In: ZAMORA, J. L. F.; VAQUERO, A. N. (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. p. 63-170.

BRAGON, R.; BRANT, D. “Voto virtual na Câmara pode ser fraudado, e Casa estuda fechar brecha em sistema. Reservadamente, deputados afirmam que assessores têm votado no lugar de parlamentares, o que pode render cassação”. **Folha de São Paulo**, 13 jun. 2021. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/06/voto-virtual-na-camara-pode-ser-fraudado-e-casa-estuda-fechar-brecha-em-sistema.shtml>. Acesso em 14 jun. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Parecer 1.624 de 2010 do Projeto de Lei PLS 166/2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550612&ts=1630412444759&disposition=inline>. Acesso em 09 out. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. Parecer dos Projetos de Lei n. 6.025/2005 e 8.046/2010, que tratam do Código de Processo Civil (revogam a Lei n. 5869, de 1973). 2013. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>. Acesso em 09 out. de 2021.

BULYGIN, E.; ALCHOURRÓN, C. E. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987.

CARBAL, A. do P. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management. *Peking University Law Journal*, v. 6, n. 1, p. 5-54, 2018.

_____. **Juiz natural e eficiência processual**. Flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

_____; DIDIER JR., F; CUNHA, L. C. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

CABRAL, T. N. X. Case management no Brasil. **Revista ANNEP de Direito Processual**, v. 1, n. 2, art. 24, p. 13-27, 2020.

CADIET, L. **Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa**. Seis lições brasileiras. Tradução de Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad en el proceso: elementos de teoría general del proceso y de derecho procesal comparado. In: ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. (Coords.). **O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 2. 15. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008.

CAPPELLETTI, M. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends. **Stanford Law Review**, n. 651, v. 25, p. 651-715, 1972/1973.

_____. Juízes legisladores? Tradução de: OLIVEIRA, C. A. A. de. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993. p. 25-26.

CAPONI, R. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 65, n. 2, 2011.

_____. Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição. Tradução de Michele Pedrosa Paumgarten. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, a. 10, v. 17, n. 2, jul./dez. 2016.

CARVALHO, F. R. de. O conceito de regra: uma análise crítica da obra de Frederick Schauer. **Intertemas Revista da Toledo**, v. 24, p. 27-43, 2019.

CHIOVENDA, G. **Principii di diritto processuale civile**. 4. ed. Napole: Jovene, 1928.

COHEN-KOPLIN, K. Origen y fundamentación iusfilosófica del “principio de la adaptabilidad del procedimiento judicial”. In: MITIDIERO, D.; AMARAL, G. R. **Processo civil**. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.

COMOGLIO, L. P. Direzione del processo e responsabilità del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 32, 1977.

CONGRESS.GOV. H.R.5316 - Judicial Improvements Act of 1990. 1989/1990. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/5316/text>. Acesso em 28 jan. 2020.

COSTA, H. A. **Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil**: estudo comparado sobre os *case management powers*. 2012. 383 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil, 2012.

COSTA, M. L. da. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COSTA, P.; ZOLO, D. (Orgs.) **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. Tradução de: DASTOLI, C. A. D. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DAVID, R. **O direito inglês**. Tradução: BRANDÃO, E. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DCA [Department for Constitutional Affairs]. Access to Justice. Section I. 2006. Disponível em: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20060214041452/http://www.dca.gov.uk/civil/final/overview.htm>. Acesso em 19 dez. 2019.

DELFINO, L.; PEGINI, A. R. B. Reflexões acerca do processo como garantia das garantias e dos seus papéis fundamentais de preservação das liberdades e contenção do arbítrio judicial. In: PEGINI, A. R. B.; DELFINO, L.; FERREIRA, D. B.; SOUSA, D. C.; MALAFAIA, E. N.; RAMOS, G. G.; PEREIRA, M. C.; FILHO, R. P. C. **Processo e liberdade**. Estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Thoth: Londrina, 2019.

DIGIÁCOMO, M. J.; DIGIÁCOMO, I. de A. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Fempar, 2017.

DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil**. v. 1, 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. **Curso de direito processual civil**. v. 1, 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015.** Revista Brasileira da Advocacia. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, Bahia, 2001. p. 226-238.

_____; ZANETI JR., H.; OLIVEIRA, R. A. de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____; GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. de A. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DOUTOR, M. P. **Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação**. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

DWORKIN, R. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FERRARA, F. **Como aplicar e interpretar as leis**. Tradução de Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2003.

FILHO, A. C. Pequeno manual prático para o debate instrumentalistas (e afins) vs garantistas processuais. Empório do Direito, sítio eletrônico, 08 abr. 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/7-pequeno-manual-pratico-para-o-debate-instrumentalistas-e-afins-vs-garantistas-processuais>. Acesso em 09 jan. 2022.

FISS, O. Contra o acordo. In: SALLES, C. A. de (Coord.). **Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade**. Tradução de: SILVA, D. P. G. da; RÓS, M. de M. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GAJARDONI, F. da F. **Flexibilização procedimental**. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Procedimentos, déficit procedimental e condução ativa dos procedimentos civis pelo juiz no Brasil. In: SIMON, A.; et al. **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

_____; ZUFELATO, C. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 14, v. 21, n. 3, p. 135-163, set./dez. 2020. p. 135-163.

GALINDO, A. de L. **Um contributo para uma teoria geral da adequação formal judicial**. 2016. 172 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal, 2016.

GERLIS, S.; LOUGHLIN, P. **Civil Procedure**. 2. ed. Londres: Routledge, 2012.

GICO JR., I. T. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014.

GUASTINI, R. El realismo jurídico redefinido. **Revista Brasileira de Filosofia**, a. 62, v. 240, p. 26-42, jan./jun. 2013.

_____. **Interpretar y argumentar**. Tradução para o espanhol de Silvina Álvarez Medina. Madri: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2014.

_____. Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. **Análisis Filosófico**, v. XXVI, n. 2, p. 277-293, nov. 2006.

HAACK, S. The growth of meaning and the limits of formalism: pragmatist perspectives on science and law. **Análisis Filosófico**, v. 29, 2009.

HOMMERDING, A. N. **Teoría de la legislación y derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **Princípios do processo civil transnacional**. Tradução de: BUENO, C. S. ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure. Disponível em: <https://silo.tips/download/principios-do-processo-civil-transnacional#>. Acesso em 11 out. 2021.

JACOB, J. I. H. **The fabric of the english civil justice**. Londres: Stevens & Sons, 1987.

KENNEDY, D. Legal Formalism. In: SMELSER, N. J.; BALTES, P. B. **Encyclopedia of the social and behavioral sciences**. v. 13. Amsterdam, Paris, Nova Iorque, Oxford, Shannon, Singapura, Tóquio: Elsevier, 2001.

LACERDA, G. O Código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 1976. p. 251-258.

LEAL, A. C. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEITER, B. Realismo jurídico estadunidense. In: ZAMORA, J. L. F.; VAQUERO, A. N. (Coords.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. p. 241-276.

MARANHÃO, C. de A. **O princípio da congruência no processo de conhecimento de primeiro grau**. Hipóteses de aparente incongruência da sentença civil em relação aos elementos objetivos da demanda. 1998. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Brasil.

MARINONI, L. G. Coisa julgada sobre questão em favor de terceiros e precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 284, out. 2018.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Teoria geral do processo**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a.

_____. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo curso de processo civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; _____. **Novo curso de processo civil**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

_____; _____. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____; MITIDIERO, D. Artigos 1º ao 69. In: MARINONI, L. G. (Dir.). ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2016.

_____; _____. **O projeto do CPC**. Críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H.; MIRAGEM, B. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** [livro eletrônico]. 3. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MATOS, J. I.; et al. **Manual de gestão judicial**. Coimbra: Almedina, 2015.

MERRYMAN, J. H.; PÉRZ-PERDOMO, R. **The civil law tradition**: an introduction to the legal system of Europe and Latin America. California: Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, D.; AMARAL, G. R. **Processo civil**. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, J. C. B. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na condução e instrução do processo. In: _____. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo In: _____. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. In: _____. **Temas de direito processual**: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. In: _____. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

NINO, C. S. **Introducción al análisis del derecho**. 6. ed. Barcelona: Ariel, 1995.

NUNES, D.; PICARDI, N. O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa**, a. 48, n. 190, abr./jun. 2011.

NUNES, R. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, B. S. de. A instrumentalidade do processo e o formalismo-valorativo (a roupa nova do imperador na ciência processual civil brasileira). **Revista de Processo**, v. 293/2019. p. 19-47, jul. 2019.

OLIVEIRA, C. A. A. de. **Do formalismo no processo civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Efetividade e processo de conhecimento**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, 1999.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 26, p. 59-88, 2006.

OLIVEIRA, P. M. de. **Segurança jurídica e processo**. Da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

OSNA, G. “Contratualizando o processo”: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). **Revista Eletrônica de Processo Civil da UERJ**, v. 21, n. 2, Rio de Janeiro. p. 163-185.

PASSOS, J. J. C. de. Democracia, participação e processo. In: DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S. (Orgs.). **José Joaquim Calmon de Passos**. Ensaios e artigos. v. 2. Salvador: Juspodivim, 2016. p. 361-373.

_____. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S. (Orgs.). José Joaquim Calmon de Passos. Ensaaios e artigos. v. 2. Salvador: JusPodivim, 2016a.

PEYRANO, J. W. El cambio de paradigma fundamental em materia procesal civil. *Revista de Processo*, v. 184, p. 154-162, jun. 2010.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Ordenações filipinas: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei d. Filipe, o primeiro. Texto com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1957-1966.

POUND, R. The causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice. *American Law Review*, n. 40, 1906.

RAATZ, I.; ANCHIETA, N.; DIETRICH, W. G. Garantística e flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 15, v. 22, n. 2, mai./ago. 2021.

RAGONE, Á. P. El impaco entre lo sustantivo y lo procesal: el puente de la justicia procedimental. In: ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. (Coords.). **O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 21-38.

_____. La revalorización de la eficiencia en la justicia civil. In: CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, XXXIX, 2018. Bogotá: ICDP, 2018.

RAINER, G. Rule of law, Rechtsstaat y État de Droit. **Pensamiento Constitucional**, v. 8, p. 127-176, 2002.

RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional**. Salvador: JusPodivim, 2019.

REALE, M. **Lições preliminares de Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

REDONDO, B. G. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: JusPodivim, 2017.

RESNIK, Judith. Managerial Judges. **Harvard Law Review**, v. 96, p. 374-448, Dez. 1982.

RODRIGUEZ, J. R. **A justificação do formalismo jurídico**. Textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROSENBERG, D. Avoiding Duplicative Litigation of Similar Claims: The Superiority of Class Action vs. Collateral Estoppel vs. Standard Claims Market. **Harvard Law Review**, n. 394, dez. 2002.

ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R. S. **Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHAUER, F. Formalism. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1988.

SCHWARZER, W. W.; HIRSCH, A. **The elements of case management**. 3. ed. Federal Judicial Center: 2017.

SILVA, L. C. da. O artigo 139 do Código de Processo Civil e a efetividade do processo executivo. **Revista da Assejur**, Curitiba, v. 1, p. 41-55, 2017.

_____; MAZINI, P. G. Intervenção estruturante nas ações possessórias coletivas. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 702-730.

_____; VASCONCELOS, F. A. Audiência do art. 334/CPC em tempos de pandemia: o existente, o possível e o desejável. Consultor Jurídico, sítio eletrônico, 18 mai. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/opiniao-audiencia-artigo-334cpc-pandemia>. Acesso em 31 ago. 2021.

SILVA, O. A. B. **Curso de processo civil**. v. 1, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Processo e ideologia**. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, P. C. e. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190, t. 2, p. 137-149, abr./jun. 2011.

SILVA, P. E. A. da. **Gerenciamento de Processos Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, R. A. da. **A nova dimensão da coisa julgada**. São Paulo: RT, 2019.

STEIN, R. Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice in the Twenty-First Century. **30 Hamline Law Review**, n. 499, 2007.

SUMMERS, R. S. Evaluating and improving legal process. A plea for process values. **Cornell Law Review**, v. 60, nov. 1974.

SUNSTEIN, C. R. Must formalism be defendend empirically? **University of Chicago Review**, n. 66, 1999.

TAMANAH, B. Z. How an instrumental view of law corrodes the rule of law. **DePaul Law Review**, v. 56, 2007.

TARUFFO, M. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de: RAMOS, V. de P. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TJPR. **14. Programa “Eficiência na Judicialização da Saúde Suplementar”**.

Disponível em:

https://www.tjpr.jus.br/home?p_p_id=36&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_36_struts_action=%2Fwiki%2Fview&p_r_p_185834411_nodeName=Judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+Sa%C3%BAde%2FComit%C3%AA+Executivo+de+Sa%C3%BAde&p_r_p_185834411_title=14.+Programa+%22Efici%C3%Aancia+na+Judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+Sa%C3%BAde+Suplementar%22&p_r_p_185834411_nodId=12834951. Acesso em 31 ago. 2021.

TJPR. **Programa Justiça no Bairro conseguiu finalizar 8.600 processo em 2016**.

01 jun. 2017. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/programa-justica-no-bairro-conseguiu-finalizar-8-600-processos-em-2016/18319. Acesso em 31 ago. 2021.

TOURINHO NETO, F. da C.; FIGUEIRA JR., J. **Juizados Especiais estaduais cíveis e criminais**. Comentários à Lei 9.099/1995. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TUCCI, J. R. C. e. Artigos 485 ao 538. In: MARINONI, L. G. (Dir.); ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TWINING, W. **Rethinking evidence**. Exploratory essays. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

UNIDROIT. ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. **UNIF. L.**

REV., v. 4, p. 758, 796, 2004. Disponível em:

<https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>. Acesso em 13 jul. 2021.

_____. ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. From Transnational Principles of Civil Procedure. 2020. Disponível em:

https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf. Acesso em 13 jul. 2021.

VALDERRAMA, I. J. M. Legal transplants and comparative law. **International Law:**

Revista Colombiana de Derecho Internacional, v. 1, n. 2, 2003. Disponível em:

<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14153>. Acesso em 6 jul. 2021.

VAN RHEE, C. H. How to harmonize civil procedural law? A european perspective.

In: SIMON, A.; et al. **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 260-266.

VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. de; BURGOS, M. B. **Quem somos: A magistratura que queremos**. Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf. Acesso em 14 jul. 2020.

VITORELLI, E. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

WALDRON, J. The rule of law and the importance of procedure. In: FELMING, J. **Getting to the rule of law**. New York: New York U. Press, Nomos, 2011.

YARSHELL, F. L. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

ZUFELATO, C. Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro atual e projetado. In: ZUFELATO, C.; et al. **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. São Paulo: FAPESP, 2014. p. 216-235.