

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO**

**MARIA IZABEL P. AZEVEDO ALTOÉ**

**FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS  
PROCESSUAIS: entre “discricionariade  
judicial” e controle**

**VITÓRIA– ES  
2020**

**MARIA IZABEL P. AZEVEDO ALTOÉ**

**FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS  
PROCESSUAIS: entre “discricionabilidade  
judicial” e controle**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, no programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge

**Vitória – ES  
2020**



MARIA IZABEL P. AZEVEDO ALTOÉ

**FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS  
PROCESSUAIS: entre “discricionabilidade  
judicial” e controle**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, pela seguinte banca examinadora:

**Banca Examinadora:**

---

**Presidente: Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge**

Doutor (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Universidade Federal do Espírito Santo

---

**Membro: Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues**

Doutor (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Universidade Federal do Espírito Santo

---

**Membro: Prof. Dr. Thiago Ferreira Siqueira**

Doutor (Universidade de São Paulo – USP)

Universidade Federal do Espírito Santo

---

**Membro: Prof. Dr. Samuel Meira Brasil Jr**

Doutor (Universidade de São Paulo – USP)

Faculdade de Direito de Vitória

---

**Membro: Prof. Dr. Américo Bedé Freire Júnior**

Doutor (Faculdade de Direito de Vitória – FDV)

Faculdade de Direito de Vitória

**Vitória, ES \_\_\_\_ / \_\_\_\_ /2020**

## AGRADECIMENTOS

Primeiro e eternamente à Deus, sem Ele, nada.

Agradeço imensamente ao meu orientador, o Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge, uma inspiração e exemplo de seriedade, dedicação e generosidade, sem igual. Flávio é um jurista, professor e orientador que deixa sua marca que persevera por todos que o conhecem. Muito obrigada mestre. Muitíssimo obrigada.

Muito obrigada também ao demais membros da banca, o Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues, o Prof. Dr. Thiago Siqueira, o Prof. Dr. Samuel Meira Brasil Jr e o Prof. Américo Bedé Freire Filho.

Agradeço ainda à Prof. Dra. Adriana Campos Pereira, Sra. Coordenadora, bem como, Fernando Luiz do Nascimento, Sr. Secretário, mormente pela dedicação e zelo no atendimento da discente.

Aos primeiros leitores Izabela Maria Pereira de Azevedo e Fenando Nascimento Filho, pois foram incontáveis as horas que dedicaram, juntos, a um trabalho que parece, ao fim, que ganhou vida a partir desse momento. Imensamente grata e feliz de ter compartilhado esse tempo que ficará marcado como um dos mais felizes dessa jornada de aprendizagem.

Por fim, agradeço aos meus familiares. Ao amado amigo-esposo Giovanni Altoó, pois sem você essa pesquisa seria impossível. A amada filha Giovanna Augusta Azevedo Altoó pela paciência e tempo roubado. Enfim, aos meus verdadeiros amores o meu eterno sentimento de que a vocês tudo devo, portanto, não basta agradecimentos, mas sim a mesma dedicação que recebo.

Meu muito obrigada a todos.

## RESUMO

Pesquisa-se, a partir do movimento de flexibilização do direito, a diferenciação entre cláusula geral, conceitos indeterminados e princípios. Inicialmente percebe-se que a abertura dos textos legislativos tem um enorme impacto na dogmática jurídica, sobretudo nos métodos interpretativos. No plano da Ciência Processual defende-se a existência de uma liberdade maior para a interpretação das normas de textura aberta, assim, apura-se a sua natureza, se “discricionabilidade judicial” ou não. A partir da definição de discricionabilidade judicial em sentido fraco, cuja concepção parte da doutrina de Ronald Dworkin, parte-se para apresentar métodos de controle e legitimação desse espaço de liberdade interpretativo. Assim, são propostos dois critérios a cooperação, enquanto princípio e modelo para redistribuição da força de trabalho no processo, bem como o sistema de precedentes para fins de manter a coerência sistêmica do direito. São, por consequência: critério formal de legitimidade (cooperação) e critério substancial de legitimidade (coerência).

**Palavras-chave:** Processo. Normas de textura aberta. Discricionabilidade e controle. Controle formal (cooperação) e controle material (coerência).

## ABSTRACT

The differentiation between general clause, indeterminate concepts and principles is investigated based on the flexibilization of the law. Initially, it is clear that the opening of legislative texts has an enormous impact on legal dogmatic, especially on interpretive methods. At the level of procedural science, the existence of greater freedom for the interpretation of open texture standards is defended, thus, its nature is investigated, whether “judicial discretion” or not. Based on the definition of judicial discretion in a weak sense, whose conception starts from the doctrine of Ronald Dworkin, it starts to present methods of control and legitimization of this space of interpretive freedom. Thus, two criteria are proposed: cooperation, as a principle and model for redistributing the workforce in the process, as well as the system of precedents for the purpose of maintaining the systemic coherence of the law. Consequently, they are: a formal criterion of legitimacy (cooperation) and a substantial criterion of legitimacy (coherence).

**Keywords:** Process. Open texture standards. Discretion and control. Formal control (cooperation) and material control (coherence).

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2. A VOCAÇÃO DO NOSSO TEMPO PARA A JURISDIÇÃO: impactos sobre a exegese jurídica, considerações acerca do movimento geral de flexibilização do Direito e premissas para a compreensão da “discricionariedade judicial” .....</b>	<b>25</b>
<b>2.1 A EVOLUÇÃO DA EXEGESE JURÍDICA: A decisão judicial e a interpretação 30</b>	
<b>2.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO MOVIMENTO GERAL DE FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO: do direito rígido ao direito flexível - influxos para a compreensão da ‘discricionariedade judicial’ .....</b>	<b>37</b>
2.2.1 A pós-modernidade e a transformação generalizada.....	37
2.2.2 O pós-positivismo como marco da flexibilização do Direito.....	41
2.2.3 Impactos na racionalidade do Direito: da <i>scientia juris</i> a <i>juris prudencia</i> .....	44
2.2.4 Expressões técnicas no direito flexível: entre cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados ‘versus’ regras e princípios .....	47
2.2.5 Entre as formas dos textos normativos: o tecido legislativo apresenta variadas margens de abertura entre conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais .....	49
2.2.6 Os conteúdos normativos: as espécies normativas encerram objetivos distintos .....	56
2.2.7 O vínculo entre o plano estrutural e funcional das normas: as funções da norma, de forma fraca, estão vinculadas à sua estrutura, mas de forma forte, depende da sua aplicação e, correlação com o tema ‘discricionariedade judicial’. .....	61
<b>3. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: retomando as premissas preliminares para a compreensão e correlação com a temática do estudo e definição do sentido adotado para o termo “discricionariedade judicial”. .....</b>	<b>67</b>
<b>3.1 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: delimitação e correlação com os textos normativos abertos .....</b>	<b>70</b>
3.1.1 A discricionariedade e o problema da interpretação da norma de textura aberta: se o problema da indeterminação do Direito diz respeito com a vagueza da norma, basta alterar o termo? .....	73
3.1.2 A corrente que nega a existência da discricionariedade judicial: existe realmente um dissenso? ....	79
3.1.3 Notas distintivas entre discricionariedade Administrativa e Judicial: oportunidade e conveniência (insindicabilidade) versus juízo de legalidade .....	81
3.1.4 Breve introdução ao verdadeiro sentido de discricionariedade judicial: o debate entre Dworkin e Hart.....	86
3.1.5 A necessária aproximação da definição dos sentidos que se adota para discricionariedade judicial: sentido ‘forte’ e sentido ‘fraco’ .....	89
3.1.6 A visão privilegiada de Mauro Cappelletti quanto ao tema discricionariedade judicial .....	92

<b>3. 2 A TOMADA DE POSIÇÃO QUANTO AO TEMA – DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: sentido fraco da discricionariedade judicial (margens de liberdade interpretativa) .....</b>	<b>95</b>
<b>4. PROCESSO CIVIL NO MARCO DOS NOVOS INFLUXOS DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS TEXTOS LEGAIS: da abertura à contenção dos poderes judiciais .....</b>	<b>109</b>
<b>4. 1 AS TRANSFORMAÇÕES NO PROCESSO CIVIL: do contraditório renovado aos impactos sobre os modelos processuais.....</b>	<b>109</b>
4.1.1 O princípio do contraditório como valor fonte do processo: a decisão judicial não é um monólogo.....	117
4.1.2 No contraditório renovado a decisão é um diálogo: a ponte entre decisão legítima e contenção da discricionariedade judicial .....	119
4.1.3 O contraditório cria deveres: a cooperação como princípio e como modelo. Linhas preliminares sobre o método de combate à discricionariedade judicial.....	121
<b>4.2 OS MODELOS PROCESSUAIS: do gerenciamento processual à cooperação. Combate aos poderes judiciais de condução do processo (discricionariedade judicial processual) .....</b>	<b>124</b>
4.2.1 Os tradicionais modelos processuais e influência da abertura dos textos legislativos para flexibilização procedimental.....	126
4.2.1.1 O Processo no século XX e seus influxos na gestão processual na Europa .....	128
4.2.1.2 O agir estratégico: <i>court management</i> e <i>case management</i> .....	130
4.2.1.3 Flexibilização procedimental: do gerenciamento à contratualização .....	134
4.2.1.4 Da adaptabilidade procedimental: flexibilização procedimental legal e judicial no Brasil .....	137
4.2.2 O modelo cooperativo-gerencial: uma recalibragem da divisão de tarefas como método para a contenção da discricionariedade judicial .....	144
<b>5. DA LEGALIDADE À LEGITIMIDADE: se a discricionariedade judicial é uma realidade, a legalidade não encerra toda a legitimidade das decisões judiciais – métodos para resgatar a legitimidade das decisões judiciais e segurança jurídica.....</b>	<b>150</b>
<b>5.1 RETOMADA “DOS PROBLEMAS” DO PROCESSO COMO AMBIENTE DE RECRIAÇÃO DO DIREITO: “infringência à legalidade ou legitimidade?” e novos parâmetros para se alcançar a legitimidade e segurança jurídica .....</b>	<b>154</b>
<b>5.2 RESGATANDO A LEGITIMIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA: critérios de legitimação da decisão judicial – formal e substancial .....</b>	<b>159</b>
5.2.1 Instâncias de legitimação das decisões judiciais: da cooperação como critério formal de se alcançar a legitimidade da decisão judicial (contenção da discricionariedade) às instâncias objetiva e subjetiva da cooperação.....	165
5.2.2 A cooperação entre juiz e partes e a cooperação entre partes: dos diversos sentidos (dimensões) da cooperação e, de que forma impacta a divisão de trabalho no processo (gerenciamento do processo) .....	170

5.2.2.1	A cooperação como instrumental de legitimação e contenção da discricionariedade: sentido positivo da cooperação – os poderes advindos do autorregramento na esfera processual .....	176
5.2.2.2	Negócios processuais: convenções processuais noções gerais: .....	181
5.2.2.3	As convenções processuais como técnica de condução processual-procedimental: adequação negocial do processo, uma opção do legislador brasileiro e notas para redimensionamento da divisão dos poderes no processo.....	185
5.2.2.4	A redemocratização do processo como técnica de legitimação das decisões: a condução procedimental compartilhada.....	190
5.2.3	A coerência do direito como instrumental de legitimidade (substancial) das decisões judiciais, contenção da discricionariedade judicial e segurança jurídica material: terceira instâncias de legitimação das decisões judiciais.....	200
<b>6.</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>216</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>223</b>

## 1. INTRODUÇÃO

No arco da evolução do Direito debates se enredam quanto ao tema ‘criatividade’ da função jurisdicional, ou seja, produção do direito por obra do intérprete que já se denominou de ‘discrecionabilidade judicial’,<sup>1</sup> os quais embora já tenham larga marca de trabalhos seminais como o debate entre Hart e Dworkin,<sup>2</sup> nos legou questionamentos que ainda perpassam vários ramos do direito, inclusive o processo.

A temática exhibe renovada atualidade em um movimento globalizado que vindica a ‘flexibilização do direito em geral’, mas, em especial, do direito processual civil com incorporação dos princípios como espécie normativa e a introdução de normas de textura aberta,<sup>3</sup> portanto, com a intensificação da técnica legislativa dos conceitos jurídicos indeterminados<sup>4</sup> e das cláusulas gerais,<sup>5</sup> razão pela qual se justifica a pesquisa.

---

<sup>1</sup> De imediato, impõe-se um preliminar controle quanto à temática da discrecionabilidade judicial, pois cogitando da ambiguidade da expressão “poder discrecionário”, Ronald Dworkin observa que seu sentido exato depende do contexto no qual é usada. Assim, em sentido fraco, a expressão é frequentemente usada para referir que determinada razão impede que alguém formule algum tipo de *standard* de modo automático-mecânico, exigindo-se a formulação de algum tipo de julgamento. O poder discrecionário neste sentido fraco, diz apenas com o fato de que aplicação de qualquer ordem de normas reclama alguma interpretação. Em sentido forte, poder discrecionário refere que seu titular não está vinculado, ao tomar a decisão, a qualquer *standard* estabelecido por outra autoridade. (GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo de Juízes. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2018, p. 92). No entanto, ao longo do estudo, se desdobrará melhor com exatidão em que sentido as margens de liberdade judicial são legitimamente admissíveis.

<sup>2</sup> O debate Hart/Dworkin ocupou posição de destaque na Teoria do Direito das universidades anglo-saxônicas, especialmente nos últimos quarenta anos. Essa disputa gerou uma extensa bibliografia a favor e contra as posições desses autores. SHAPIRO, Scott J. “*El debate Hart/Dworkin: una guía para perplejos*”. In: *Dworkin y sus críticos: El debate sobre el imperio de la ley*. Valencia: Titant lo Blanch, 2012. RESENDE, Adeilda Coelho de. A Hermenêutica de Hart-Dworkin e a Discrecionabilidade do Juiz. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25462-25464-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01/04/2018.

<sup>3</sup> Este termo ‘normas de textura ou tessitura aberta’, de início, servirá para designar o gênero de textos de normas que admitem uma carga interpretativa aumentada em razão de sua abertura (linguagem que, em razão de sua amplitude, dificulta ou amplia o sentido). Contudo, com o desenrolar do estudo, as espécies e diferenciações serão promovidas.

<sup>4</sup> A expressão “conceito jurídico indeterminado” será a utilizada na dissertação também seguindo a linha orientadora de Karl Engisch, que se refere a “conceitos indeterminados” e menciona a expressão “conceitos jurídicos” que podem conter indeterminação. A indeterminação pode resultar da pluralidade de sentidos de uma palavra que exprime o conceito, cuja determinação do sentido que está em jogo em cada caso dependerá de interpretação a partir do contexto respectivo (ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 10. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 259). Adianta-se que há controvérsia sobre a utilização das expressões “conceitos indeterminados” e “termos indeterminados”. Nesse sentido, conferir Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 230-237). Sobre o tema ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discrecionabilidade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 18-32.

<sup>5</sup> No decorrer da exposição as expressões “cláusulas abertas” e “cláusulas gerais” aparecerão como sinônimas. Justifica-se esta identificação ante a corriqueira utilização pela doutrina brasileira do termo cláusula geral, conquanto “cláusula(s) aberta(s)”, esteja na linha preconizada por Karl Engisch. ENGISCH,

Essa flexibilização dos textos normativos reclama uma postura mais ativa por parte dos julgadores em duas dimensões: *i*) na construção da norma do caso concreto (discricionariedade quanto as regras do direito material); ou *ii*) no próprio procedimento (discricionariedade quanto as regras do processo),<sup>6-7</sup> que, inclusive pode propiciar o gerenciamento judicial (*managerial judges*), mas que, para não desbordar para arbitrariedade, impõe rigorosos mecanismos de controle.

Averigua-se um conjunto de movimentos paralelos e imbricados, que confluem, apesar de eventuais divergências, na conclusão de que há uma suavização no direito,<sup>8</sup> tanto no que concerne aos textos normativos<sup>9</sup> quanto no tocante às regras procedimentais. Recentemente, atribui-se esse fenômeno ao produto dogmático que se obtém *de lege lata*, em contexto de mudanças metodológicas, como um método para manter o direito atual, ou seja, não infenso às mudanças sociais.

Conquanto tenham surgido de modo independente essas diferentes abordagens superpostas tendem a se fundirem rapidamente, ao compartilharem, como sói ocorrer, a linguagem dogmática pós-positivista, que, aliás, originalmente tem como pano de fundo o

---

Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 10. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

<sup>6</sup> Deixa-se claro que não se pretende incursionar pelo tema do “ativismo judicial” quanto ao direito material (outra variação designativa de discricionariedade judicial muito mais atrelada ao sentido de liberdade na reconstrução do direito material), mas apenas aquele concernentes ao processo. Aliás, ativismo processual é um fenômeno típico da tradição da *civil law*, enquanto o ativismo judicial é típico da tradição da *common law*, em que pesem as recentes tendências de convergência e aproximação. A esse respeito: MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition*, 3.<sup>a</sup> ed. Stanford: Stanford University Press, 2007; em especial os capítulos VI (p. 34-38) e XVI (112-124). Assim, são variadas as denominações que se costumam estabelecer para determinar o poder de condução do processo pelo juiz. De acordo com Taynara Tieme Ono: “os *case management powers*, é um termo da língua inglesa que pode ser traduzido nas seguintes expressões: poderes de condução, poderes de gestão, condução ativa, condução material ou gestão ativa. Todos esses vocábulos buscam expressar o ativismo judicial na condução do processo.” (ONO, Taynara Tiemi. *A flexibilização procedimental: uma comparação entre o sistema jurídico brasileiro, inglês e português*. Revista de processo., vol. 254, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2016). Assim, serão estes os termos que serão referidos na pesquisa para identificar a condução do processo por ordem do juiz.

<sup>7</sup> Segundo Bone a discricionariedade judicial em matéria processual pode decorrer tanto de poderes expressamente concedidos ao juiz quanto de margem de liberdade decorrente de uso de textos legais que usam a textura aberta, em tradução livre: “Existem duas maneiras principais que a discricionariedade opera: uma regra federal pode delegar a discricionariedade explicitamente ou pode facilitar a discricionariedade indiretamente, usando linguagem intencionalmente vaga que convida a interpretação.” No original: “There are two main ways discretion operates: [...] a Federal Rule might delegate discretion explicitly, or it might facilitate discretion indirectly by using intentionally vague language that invites flexible interpretation. (BONE, Robert G. *Who Decides? A critical look at procedural discretion*, disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/76622868.pdf>>. acesso em 15/02/2020).

<sup>8</sup> A expressão é de Zagrebelsky, o qual explicita o termo direito dúctil, compreendendo todo o movimento de abertura da linguagem do direito. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2003.

<sup>9</sup> Utiliza-se aqui a expressão texto normativo para oposição a norma, sendo esta, o resultado da interpretação do primeiro. GUASTINI, Riccardo. In: BINI, Edson (Trad.). *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.

avanço da normatividade constitucional, dos preceitos principiológicos, das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, o que força, necessariamente, não importa o que digam as preleções clássicas, algum grau de disponibilidade do rito legalmente previsto e impõe uma nova espécie de postura judicial.<sup>10</sup>

Estes fenômenos, tais quais cláusulas gerais processuais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios, consoante se defenderá doravante, foram especialmente motivadores da abertura da adaptação procedimental, embora não o único motivo.

Sistematicamente, identificam-se quatro movimentos catalizadores desta tendência, que, de fato, se mostra cada vez mais vigorosa, a saber:

a) Um deles resgata a perspectiva de vinculação entre a flexibilização procedimental e abertura do próprio texto legal. Aqui, parte-se da ideia que a falta do rigor terminológico nos textos normativos, seja por ausência de técnica legislativa, seja em decorrência das normas socialmente abertas (aquelas que a abertura parte de uma técnica intencional para admitir a adaptação do sistema normativo à realidade social) é que induz a flexibilização do procedimento.

Contudo, de se admitir que, em verdadeiro corte metodológico,<sup>11</sup> que a pesquisa tem por objetivo ingressar no estudo apenas da flexibilização procedimental decorrente das normas socialmente abertas.

b) Noutra dimensão de flexibilização do procedimento, renovam-se as lições de Galeno Lacerda,<sup>12</sup> lecionadas em meados da década de 1970, segundo as quais o processo,

---

<sup>10</sup> Não é raro que, na elaboração de textos normativos, o legislador se valha de normas de textura aberta, com o claro propósito de transferir ao órgão jurisdicional a tarefa de concretização do sentido dessas expressões, caso a caso. “boa-fé”, “grave lesão”, “risco de dano”, “justo motivo”, “calamidade pública”, “repercussão geral”, são alguns exemplos. Essa “flexibilização do direito”, demanda do julgador, uma maior margem interpretativa. Daí o motivo de se dizer que o juiz, nesse sentido, não apenas interpreta, mas sim cria ou “recria” a norma do caso concreto. Essa virada de paradigma é acentuada por Francisco Vieira Lima Neto na seguinte passagem de sua obra: “[...] os modelos jurídicos expressos por meio de dispositivo claro, preciso, de conteúdos determinados cedem lugar ao conceitos indeterminados, as cláusulas gerais, os princípios, figuras dotadas de extrema vagueza semântica, que permitem ao intérprete construir o seu significado[...]”. LIMA NETO, Francisco Vieira. O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 39.

<sup>11</sup> Entende-se como corte metodológico a delimitação do objeto de estudo, verdadeiro núcleo rígido e medida arbitrária do sujeito cognoscente que é imposta sob pena de estudo *ad infinitum*, totalmente incompatível com a pretensão científica. MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito Tributário. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006. Capítulo II: Sobre os Conceitos de Direito e Sistema, 2006, p. 11.

<sup>12</sup> LACERDA, Galeno de Velhinho. O Código como sistema legal de adequação do processo. Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Ed. Comemorativa do Cinquentenário, 1976.

por ser instrumento,<sup>13</sup> deve ser adequado subjetiva, objetiva e teleologicamente, que doravante fora desenvolvido no contexto de seminal trabalho por Fernando Gajardoni.<sup>14</sup>

Enquanto a pretensão não é ser engenharia de obra pronta e muito bem acabada, este movimento flexibilizador, só no que toca ao controle das atividades judiciais, será o objeto da pesquisa.

c) Outra vertente flexibilizadora se desenvolve a partir do gerenciamento de processos que alhures se denominou *managerial judgement*.

Verificar-se-á, nesse sentido, que os fenômenos flexibilizadores contidos nos itens anteriores estão correlacionados. Assim, as normas de caráter flexíveis: são utilizadas para permitirem a adaptação procedimental; garantem maior efetividade processual (visão instrumentalista do processo); e servem de técnica de condução do processo *managerial judgment*. Dito de outro modo, embora sejam fenômenos distintos, objetivam aumentar a efetividade processual.

A diferença, crave-se, é que em se tratando de *managerial judgment* (gerenciamento processual) há expresso poder para a flexibilização do procedimento ao passo que, valendo-se o juiz de textos abertos para este fim, está promovendo um ‘gerenciamento às avessas’,<sup>15</sup> que padece de real controle.

d) Arremata-se com a vertente nas coordenadas da mais nova e reforçada negociação jurídica processual, que tem seu núcleo na autodeterminação das partes.

De largo percebe-se que o movimento da negociação das formas processuais (convenções processuais),<sup>16</sup> mostra-se como a derradeira etapa de um movimento que começa com a adequação procedimental promovida pelo legislador, passa pelos poderes do

---

<sup>13</sup> No sentido da necessidade de flexibilizar a técnica, de adaptar o procedimento às exigências da causa: DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2009. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 e ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>14</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da "common law". *Revista de Processo*. vol. 163. São Paulo, abr. 2008.

<sup>15</sup> O termo é para contrapor aquelas hipóteses em que o legislador, expressamente, autoriza o juiz a condução do processo com flexibilização do procedimento, quando ocorre, por exemplo, a teor do disposto no art. 139, IV do CPC/2015.

<sup>16</sup> Deixa-se claro que o objetivo, ao delimitar os negócios jurídicos processuais ao âmbito do procedimento é justamente correlacionar os temas – flexibilização procedimental pelo juiz e flexibilização por atos de vontade das partes. O assunto, contudo, será aprofundado no item “5.2.3.1” desta pesquisa.

juiz e culmina com as partes como protagonistas, num verdadeiro sistema de freios e contrapesos. Parece, desse ângulo, que é a metodologia é outra, qual seja: a contenção dos poderes judiciais perpassa pelo aumento dos poderes das partes.

Nos marcos metodológicos do processualismo, a cristalização de ritos, detalhados em normas legais absolutamente indisponíveis, era circunstância a ser elogiada. No instrumentalismo, a minudência da lei e da intangibilidade do rito já era algo que se contrapunha à efetividade processual. Contemporaneamente, contudo, a mesma aspiração de flexibilização é renovada por intermédio de um novel Código de Processo Civil e por uma metodologia do formalismo valorativo (para alguns, Neoprocessualismo) com pretensão de colocação do processo no centro da atividade jurisdicional e com a readequação da força de trabalho para construção de um novo foco de legitimação das decisões judiciais.

Importante frisar que, quanto a este tema das fases metodológicas, por não ser objeto da pesquisa, não haverá uma tomada de posição, mas, apenas breve evidenciação dos diversos panoramas que se avizinham.

Disso resulta que a presente contribuição será investigar o regime procedimental à luz da distribuição de forças entre o atores processuais; não tanto como método para aproximação das regras processuais à realidade do direito material (a nomeada instrumentalidade),<sup>17</sup> embora não se possa para os fins almejados, de todo, prescindir deste ângulo do estudo, mas, sobretudo, como forma de contenção dos poderes judiciais na condução do processo.

A propósito, será inventariado de que modo esses poderes judiciais que foram aumentados na fase dos textos legislativos mais abertos, pode ser identificado e definido, pois alguns afirmam que se trata de ‘discricionariedade judicial’, mas outros a negam peremptoriamente. Definido o sentido do termo, o trabalho buscará tratar da legitimação dessas margens de liberdade, na perspectiva de alcançar uma aceitação generalizada.

A tônica do tema pertence aos lindes da teoria geral do processo e, a este limite seria ajustável, se a pretensão fosse apenas uma linguagem descritiva das realidades que transbordam das normas processuais. Em consideração, entretanto, a necessidade de análise crítica das forças que operam sobre estes agentes processuais (partes e juízes), afinal não se

---

<sup>17</sup> A propósito, toma-se como referencial Cândido Rangel Dinamarco, uma vez que é considerado o marco teórico do assunto no direito pátrio. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2009.

descara que o processo é polo de forças de trabalho que se encontram, muitas vezes, em embate, cunhando-se, inclusive, modelos<sup>18</sup> como mecanismos de se capturar melhor esta realidade (dispositivo, inquisitorial e cooperativo), impõe-se uma linguagem da filosofia jurídica, somente nos exatos limites do que for necessário, pois o objeto do estudo precisa ser delimitado.

A opção metodológica é a pesquisa teórica. Serão abordadas Teorias do Direito, bem assim breves perspectivas jusfilosóficas, para, mediante interlocução entre elas, construir uma teorização que evidencie o Direito Democrático como marco teórico para, em fase seguinte, destacar as condições de possibilidade de sua efetivação.

Em coerência, a situação problema que reclama posição é se, num Estado que se pretende Democrático de Direito, aos moldes previstos na Constituição da República do Brasil de 1988, tem sustentáculo a delegação de autoridade ao juiz, no sentido de lhe conferir maior latitude de poder por meio de normas flexíveis para fins de adequação procedimental e, caso positivo, quais são os limites desses poderes e a sua natureza.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, não se objetiva soluções simplistas ou a par de sua complexidade, ao revés, ao reconhecer a realidade processual como uma disputa de poderes, empreende-se um labor no sentido de reorganizar ideias que já estão espalhadas em diversos âmbitos, mormente na Ciência Processual.

---

<sup>18</sup> Este incursionamento – modelos processuais – é promovido no tópico “4.2”. Mas se adianta que modelos são, nas palavras de Taruffo: “em certa medida, mais próximos dos costumeiros modelos descritivos, salvo por buscarem apoio em caracteres “de estrutura” do procedimento, e não neste ou naquele aspecto de disciplinas processuais nacionais ou de ordenamentos pertencentes a específicas áreas geográficas ou culturais. O problema fundamental consiste em definir o que se entende por “estrutura” de um processo, o que remete à determinação dos aspectos que se reputam fundamentais em função de algum esquema cultural, ou seja, de acordo com juízos de valor à luz dos quais se estabelece o que é importante, deixando de lado o que não o é. Um esquema cultural que pode ser identificado sobre o fundo (ou a base) das recentes transformações dos principais sistemas processuais conduz a individuar quatro aspectos fundamentais da estrutura do processo: 1) a atuação das garantias fundamentais previstas nas várias Constituições ou de qualquer modo reconhecidas em nível nacional e internacional (como no art. 6.º da Declaração Europeia dos Direitos do Homem ou no art. 46 da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais), com referência particular à regra *Audi et alteram partem*; 2) a desformalização e simplificação da disciplina do processo; 3) a atribuição ao juiz de funções e responsabilidades gerenciais na direção do feito; 4) a adoção de esquema procedimental com duas fases, uma destinada à preparação (e à eventual resolução antecipada) da causa, outra destinada à produção das provas e à decisão). Cada um dos ordenamentos pode evidentemente apresentar esses aspectos com intensidade diversa e sob várias modalidades: eles constituirão de qualquer forma pontos de partida para imaginar uma “estrutura ideal”, ou um modelo capaz de captar as características fundamentais do processo nos ordenamentos evoluídos”. (Sem grifos no original). TARUFFO, Micheli. Observações sobre os modelos processuais de Civil Law e Common Law. Revista de Processo | vol. 110/2003 | p. 141 - 158 | Abr - Jun / 2003.

A análise dos problemas segue a partir de indagações como: Em que contexto ocorre a flexibilização do Direito; Se o clamor por flexibilidade ritual é ocorrência fortuita ou manifestação tópica de uma tendência geral; Qual seria relação entre abertura do tecido legislativo e flexibilidade procedimental; Como seria possível organizar uma tipologia da adequação procedimental; Decorreria daí uma discricionariedade no âmbito processual; Como devem ser definidos esses Poderes; Outrossim, entendido o significado desse poder, como deveria ser operado dogmaticamente para fins do controle da sua operatividade; A autodeterminação das partes operaria como freio e contrapesos desses mecanismos de redistribuição dos poderes; Em sendo assim, haveria uma renovada distribuição de poderes que encontra no seio da cooperação enquanto modelo; Como essa redistribuição de poderes dentro do processo poderia ser contributo para a contenção da discricionariedade judicial.

Por sua vez, a linha condutora da pesquisa, no horizonte do que fora exposto, desborda dos meios de abertura das normas processuais, flexibilização procedimental e gerenciamento do processo, pois segue os lindes de se buscar os métodos adequados para se conter as liberdades de condução do processo, bem como, as formas de legitimação da decisão tomada neste ambiente de ‘reconstrução do Direito’.<sup>19</sup>

O objetivo, portanto, é chegar o mais perto possível de uma teoria adequada ao Estado Democrático do Direito no âmbito do direito processual. O tema ‘controle’ servirá como forma de legitimação do comando que se profere dentro do campo de atuação dessas margens de liberdade. Ou seja, controle-legitimação das decisões judiciais na condução do processo ou adaptação procedimental por determinação judicial.<sup>20</sup>

Em maior parte, a investigação tratará, especificamente, desses últimos pontos constitutivo, de fato, do cerne do trabalho: como definir as margens de liberdade judiciais

---

<sup>19</sup> À propósito dessa fase desta fase do direito fica ressaltando ante a abertura dos textos das normas uma maior operatividade do Juiz ao interpretá-lo. Com isso, se fala num direito “recriado” por obra do intérprete. Claudio Madureira deixa evidente: “Direito aplicado aos casos concretos resulta da atividade cognitiva dos intérpretes, que se funda em construções jurídicas embasadas no direito positivo, mas adequadamente temperadas no campo de sua aplicação, vez que, muito embora parta da identificação e da seleção dos enunciados prescritivos em tese aplicáveis aos litígios, também abarca a interpretação desses textos normativos. Essa atividade cognitiva pressupõe a investigação do real sentido das palavras expressadas nos textos legislativos, que se realiza no contexto de uma interpretação contextual (ou sistemática) do ordenamento, por meio da qual os interpretes/aplicadores [...] procuram descobrir o sentido da lei [...] a partir da sua referência do direito positivo quando considerado em sua integridade. Por isso, já não se pode conceber um direito declarado [...]” MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, Belo Horizonte: Fórum, 2017, n.p. E-Book. 953KB. ISBN 978-85-450-0308-03.

<sup>20</sup> O tema ‘legitimidade das decisões judiciais’ é, especificamente, desenvolvido no capítulo ‘4’ da pesquisa.

decorrentes da flexibilização da norma processual (se é discricionariedade judicial), bem como trazer critérios para legitimação desta espécie de comando com fincas à sua contenção.

O Juiz ao ter poderes aumentados em decorrência do movimento de flexibilização do direito acaba com uma margem de liberdade interpretativa e operativa do sistema do processo civil que precisa ser sistematizado/organizado para que se permita, a partir de cada uma das suas dimensões e, reveladas as suas características, trabalhar a sua contenção e legitimação. Em verdade, assuntos que serão correlacionados ao longo desta investigação.

Ao reverso da diminuição dos poderes do juiz na condução procedimental, tendência mundial, segundo o que consta da bibliografia mais recente, é de seu fortalecimento, seja em decorrência da flexibilização procedimental ou do movimento, que com o primeiro está imbricado, qual seja, o gerenciamento judicial (*managerial judgment*). Inclusive, por conta dessa realidade, já se fala num encontro dos grandes sistemas do direito contemporâneo.

A contribuição ao controle dos poderes judiciais nestes âmbitos, aparentemente, perpassa pela via da sistematização, organização e estudo dos mecanismos que, de fato, são hábeis a tal fim, dentro dos lindes da ciência processual e numa linguagem descritiva em primeiro momento, mas no passo derradeiro, permitindo uma resistemização da distribuição dos poderes de condução do processo.

Nesta perspectiva, no primeiro capítulo da dissertação, será traçado um brevíssimo panorama tocante às mudanças pela qual vem passando a metodologia jurídica nas últimas décadas, mas, para não se incorrer em uma retórica desnecessária, em novo corte metodológico, **estabelece-se como limite o pós-positivismo e, apenas como pano de fundo, a pós-modernidade.**

Não é casuístico o fenômeno da flexibilização procedimental, muito menos o renovado interesse dos estudiosos do processo nos últimos anos quanto a esta temática. Ao contrário, pode ser facilmente enquadrado no contexto de uma evolução generalizada na direção de um direito mais suave, fenômeno que compõe o multifacetado cenário pós-positivista e neoconstitucionalista.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Estes movimentos foram identificados dentro do marco filosófico denominados pós-modernidade e pós-positivismo, que serão objeto do pesquisado no item 2.2.2.

Para fins do exposto, verificar-se-á que o direito atravessa um período de renovação epistemológica, com a superação daqueles cânones cientificistas que por muito dominaram o saber dogmático.

Verifica-se, nesse quadrante, que essa renovação da metodologia das formas jurídicas (método de texto normativo aberto) acarreta uma transformação radical na dogmática jurídica, que até recentemente estava habituada a teorizar e manejar apenas com as normas casuísticas.

Assim, serão sistematizados os mecanismos técnicos que viabilizam, no plano dogmático, a instalação de um direito flexível. São os produtos destas mudanças, sobretudo, com a análise da multiplicação de normas de textura abertas, notadamente: cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios.<sup>22</sup>

Deste ângulo, as cláusulas gerais e princípios jurídicos,<sup>23</sup> talvez o maior dos produtos do pós-positivistas, merecerão tratamento individualizado, pois detêm particular importância entre os meios de flexibilização do procedimento. Testemunha-se um rápido e vigoroso crescimento do direito principiológico.

Nessa evolução, os princípios se tornam normas jurídicas em caráter pleno, juntando-se às regras. Apesar disso, ou justamente em função disso, percebe-se que há, porém, uma generalizada confusão em torno da matéria, a começar pela definição do conceito de princípio. Serão lançados alguns comentários acerca do panorama, bem como dos abusos que exibem e dos perigos com que se flerta.

Em consequência, o primeiro capítulo tem por objetivo uma introdução do tema, explanando e correlacionando três ideias básicas: normas de textura aberta, flexibilização procedimental e ‘discricionariedade judicial’. Portanto, trata-se de uma introdução a todos os temas da pesquisa.

No segundo capítulo, trata-se de delimitar o sentido que o estudo adotou para o termo ‘discricionariedade judicial’. Isso porque o termo não é unívoco. Ao reverso, admite vários

---

<sup>22</sup> Cada uma das espécies legislativas será identificada no capítulo “2” da pesquisa.

<sup>23</sup> Para essa distinção partiu-se da obra Karl Engisch (ENGISH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008) e se apoiou em: (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de Juízes*. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2018) e (Judith Martins Costa, *representam a manifestação máxima de um sistema do tipo que se pretendia fechado*. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistemática e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999).

significados. Assim, não se poderia tratar do tema com segurança sem o seu adequado controle, ou melhor sem a delimitação do uso do conceito.

Por seu turno, fora verificado que a terminologia ‘discricionariedade judicial’ é carregada de preconceitos, mormente em decorrência de um vínculo direto que se faz com a discricionariedade administrativa, em cujo sentido geral, estão incluídas as ideias de insindicabilidade do ato (impossibilidade de revisão judicial), bem como juízos de oportunidade e conveniência.

No entanto, para fins das margens de liberdades operadas no processo judicial, a discricionariedade judicial ganha foro científico distinto, em cujo sentido central está a ideia de um juízo para além de mera ‘boca da lei’. Ou seja, a investigação, nessa seara, inclui a relação direta entre cláusulas abertas no direito processual civil, interpretação e ‘discricionariedade judicial’.<sup>24</sup>

Importa, ainda, revelar os diversos sentidos do termo, tal qual introduzidos por Ronald Dworkin, ou seja, sentido forte e fraco da discricionariedade judicial, bem como expor as correntes que a negam e que a acolhem. A partir daí percebe-se que o dissenso é meramente verbal, pois todas essas correntes admitem uma margem de liberdade interpretativa, mas o que se rechaça, em verdade, é o termo ‘discricionariedade judicial’, tal qual cunhado pelo direito administrativo.<sup>25</sup>

Ao destacar o sentido ‘fraco’ de discricionariedade adotado nesta pesquisa, permitiu-se o incursionamento nos problemas dessa realidade jurídica. Em passo, seguinte, o trabalho busca evidenciar os verdadeiros problemas das margens de liberdade concedidas ao decisor, sobretudo a falta de legitimidade e segurança jurídica.

---

<sup>24</sup> Por decorrência dos diversos sentidos que a discricionariedade judicial ganha na doutrina jurídica, segue grafado entre aspas até o acordo semântico em que desvelará em qual sentido está sendo usado.

<sup>25</sup> Restarão expostas as razões de - sem embargo das divergências teóricas que serão apontadas - se considerar como exercício de discricionariedade judicial a atividade do Estado-Juiz de concretização de cláusulas abertas e de preenchimento valorativo de conceitos jurídicos indeterminados à luz de circunstâncias concretas. Mas, parte-se da ideia de que só há legitimidade neste conteúdo decisório quando é garantida aos demais sujeitos do processo a efetiva participação com força de influência no provimento a ser proferido ao final do procedimento judicial, por meio da cooperação. Isso porque a aplicação do direito sob essa matriz ideológica refuta decisões retóricas, ocas e não vinculadas ao efetivo debate a legitimar o direito incidente, fugindo à proposta de Processo Constitucional. Portanto, mostra-se pertinente a lição de Baracho: “processo que abrigue a totalidade das pessoas, em igualdade de condições, que seja ‘instrumento eficaz’ para fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar os direitos individuais e coletivos [...]” BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 364.

Por conta dessa realidade, revela-se que o real sentido da norma de textura aberta é desnudado no processo, razão por que este instrumento serve ao direito material não só para declarar o direito material, pois acaba por complementar o seu sentido. Assim, revoluciona-se toda metodologia jurídica, exigindo-se postura renovada, sobretudo do julgador, bem como modificam-se os institutos jurídicos para se garantir as contingências processuais, sobretudo o contraditório.

Desenvolve-se, no contexto do terceiro capítulo, a ideia de contraditório formal e material, bem como, de que forma este último acaba por criar renovado modelo processual, o modelo cooperativo.

Já antepondo a temática central deste capítulo, investiga-se quanto à possibilidade de, na metalinguagem da Ciência Processual, com a reorganização da força de trabalho dentro de um renovado modelo processual, encontrar o *modus* adequado de contenção e legitimação desses poderes originados na fase metodológica do instrumentalismo e finalizados com a metodologia apontada no Neoprocessualismo ou formalismo valorativo (de acordo com a terminologia adotada).

No tocante a estas duas teses contrapostas (instrumentalismo e Neoprocessualismo), posto que não é objeto da pesquisa, não há uma tomada de posição, mas apenas uma linguagem descritiva dessas tendências, reafirma-se.

Avante será rememorado a notícia do direito forâneo, com a perspectiva gerencial para a condução do processo pelo juiz (tendência internacional), claramente no sentido da liberdade procedimental por ato judicial, algo que se insere na moldura de uma transformação mais abrangente porque perpassa alguns sistemas de justiça, com a adoção de uma racionalidade inversa ao burocratismo formal.

No direito francês, no entanto, verifica-se que a tendência de flexibilização procedimental parte de um outro polo metodológico, ou seja, por disposição da vontade das partes, a denominada contratualização processual.

Posto isso, parece ser o meio termo dessas duas tendências que pode servir à ideia cultivada pelo instrumentalismo mais recente (formalismo valorativo ou Neoprocessualismo), de uma redemocratização dos métodos de trabalho no processo. Por isso, se fará uma análise, *vis-à-vis*, das propostas emergentes tocantes à redistribuição das

tarefas endoprocessuais, de modo a legitimar democraticamente as atividades judiciais interpretativas, tudo dentro do renovado modelo cooperativo com seu reequilíbrio de forças.

Surgindo normas processuais de textura aberta, impõe-se um renovado atuar judicial e, dentro deste contexto, para alguns estudiosos em número crescente, vive-se uma nova etapa metodológica da ciência processual, a qual impõe uma moderna forma de se legitimar as decisões, com reforço no contraditório, decisões adequadamente fundamentadas, tudo dentro do modelo processual - cooperativo.

Com isso fecha-se este capítulo, na medida em que o modelo apresentado, aparentemente, é o mais hábil à contenção das sobreditas liberdades judiciais, mas não se descarta de que o tema apenas aponta para um cenário mais amplo, qual seja, o da autodeterminação das partes, este sim, em última medida, o grande movimento com o qual se pretende demonstrar que, se discricionariedade é uma espécie de poder, justamente, o empoderamento dos entes parciais do processo é o exato remédio que se faz necessário para a contenção da ‘discricionariedade judicial’.

Já nos lindes do que se trabalhará no quarto e último capítulo, verificou-se a necessidade de investigar os mecanismos processuais de retomada da legitimação das decisões judiciais e segurança jurídica.

A primeira forma de legitimação da norma ocorre pelo processo legislativo, ambiente em que se recolhe a suma do consenso dos cidadãos, induzindo a uma aceitação hipotética de seu resultado. Entretanto, se o resultado deste processo legislativo é uma norma de textura aberta, porosa, esta legitimidade da norma é relativa. Impõe-se, assim, uma segunda instância legitimadora. Neste norte, o processo judicial vai funcionar ‘relegitimando’ a norma (ou como uma instância de revisão da legitimidade), por isso a necessidade de ambiente cooperativo.<sup>26</sup>

Neste ambiente, são traçadas duas premissas: cooperação entre partes e juiz, bem como a coerência a partir do sistema de precedentes. Estes são os instrumentos propostos para a retomada do processo judicial democrático. De forma simples, são os mecanismos de reintrodução dos valores e legitimidade e segurança jurídica das decisões proferidas no contexto de normas de textura aberta.

---

<sup>26</sup> GOUVEIA, Lucio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. Revista de Processo. v. 172/2009, p. 32-53, Jun / 2009, DTR\2009\339, p. 78.

Veja-se, a ideia aqui parte da premissa de uma dimensão positiva para cooperação, qual seja, a possibilidade de as partes, por intermédio do negócio jurídico processual, tomarem para si a condução do procedimento, o que diminui a gestão procedimental pelo julgador.

A partir da asserção de que só se combate poder com poder, a autodeterminação das partes surge como o remédio necessário para combater a ‘discricionariedade judicial’. Dessa forma, a investigação girará em torno de sistematizar as razões pelas quais, no bojo novo CPC/2015, aumentaram-se os poderes das partes e como este microssistema de autonomia privada serve para conter a ‘discricionariedade judicial’.

Ademais, verificando-se a abertura dos textos legislativos das normas processuais, percebe-se uma nítida busca da efetividade em detrimento da segurança jurídica. O legislador, nesse sentido faz uma clara opção por implementar regras mais fluidas para que o julgador possa, no caso, concreto adaptá-las. Deve estar claro, que o que se ganha de efetividade, perde-se na segurança jurídica.

Disso resulta a necessidade de se impor a coerência do Direito a partir do sistema de precedentes, pensada sob a perspectiva de que o maior grau entre o resultado esperado e resultado alcançado no processo (segurança jurídica material), posto que vai servir como possibilidade de diminuição da necessidade de observância de rigorosos procedimentos legais (segurança jurídica formal), que outrora serviram, sobretudo, para garantir a igualdade e a liberdade.<sup>27</sup>

Fala-se, nestas perspectivas, de duas formas de legitimação do comando judicial (formal e substancial). Ou seja, parte-se da legitimação formal das decisões judiciais (procedimental) para a legitimação substancial, esta substanciada na coerência sistemática do Direito, tema que vai retomar a ideia de vontade da maioria ou, poder pelo povo.

Sucedo, então, por esse raciocínio que, de fato, o Direito recriado nas paragens do processo para ser legitimado/controlado, depende um elemento substancial, em última análise, que se observe a vontade da maioria,<sup>28</sup> como emanção primeira do Poder, inclusive daquele que é exercitado endoprocessualmente.

---

<sup>27</sup> O núcleo dessa diferença: segurança jurídica formal (garantida a partir das formas processuais) e segurança jurídica material (maior correspondência entre o resultado esperado no processo e o resultado alcançado), no entanto, será desenvolvido durante o último capítulo.

<sup>28</sup> CFRB. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Em outras palavras, cooriginalidade da autonomia privada e pública se mostra quando revelamos o modelo de autolegislação, e disso resulta o núcleo da legitimidade sob a perspectiva de carregar a síntese do consenso popular, e por isso impõe a predisposição para a aceitação das decisões que são baseadas, em suma, na ideia de maioria.

Do texto normativo ao precedente,<sup>29</sup> retoma-se a ideia de vontade da maioria, é com isso se reconhecer ao precedente não só a legitimidade que decorre de sua autoridade objetiva (fonte formal do direito), mas também da legitimidade da autoridade subjetiva, pois com a captação de uma realidade (dado cultural), os precedentes ganham, também, uma legitimidade advinda da autoridade da vontade da maioria, o que diminui a resistência ao seu cumprimento, aumenta a segurança jurídica material e garante a liberdade.

Dáí a pertinência de se afirmar, ao final, que o Direito se autolegitima discursivamente, seja pelo processo legislativo, seja pelo processo judicial, com captação da vontade de uma época e, aumentando-se a legitimidade, diminui-se proporcionalmente a coercitividade.

---

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

<sup>29</sup> A ideia é captada do mais famoso discurso do presidente dos Estados Unidos, Abraham Lincoln. Proferido na cerimônia de dedicação do Cemitério Nacional de Gettysburg, na tarde do dia 19 de novembro de 1863, quatro meses depois da vitória na batalha de Gettysburg, decisiva para o resultado da Guerra de Secessão. “Em apenas 272 palavras, ditas em menos de dois minutos, Lincoln invocou os princípios da igualdade da Declaração de Independência e definiu o final da Guerra Civil como um novo nascimento da Liberdade que iria trazer a igualdade entre todos os cidadãos, criando uma nação unificada em que os poderes dos estados não se sobrepusessem ao Governo do Povo, Pelo Povo, para o Povo”. Do Discurso: “Nação, com a graça de Deus, renasça na liberdade, e que o governo do povo, pelo povo e para o povo jamais desapareça da face da Terra.” Acesso em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Discurso\\_de\\_Gettysburg#Refer%C3%A2ncias](https://pt.wikipedia.org/wiki/Discurso_de_Gettysburg#Refer%C3%A2ncias)>. Acesso em 27/04/2020. (KARNAL, Leandro. PURDY, Sean. FERNANDES, Luiz Estevam. MORAIS, Marcus Vinícios de. História dos Estados Unidos – das origens ao século XXI. São Paulo: Contexto, 2007, 55-68).

## 2. A VOCAÇÃO DO NOSSO TEMPO PARA A JURISDIÇÃO:<sup>30</sup> **impactos sobre a exegese jurídica, considerações acerca do movimento geral de flexibilização do Direito e premissas para a compreensão da “discrecionalidade judicial”<sup>31</sup>**

Em digressão quanto à passagem histórica dos ordenamentos jurídicos, Picardi, citando Ennio Cortese, invocou um movimento pendular entre legislação e jurisdição. Desta forma, referencia que Savigny,<sup>32</sup> no início do século XIX, falou da vocação de seu tempo para a legislação e a ciência Judicial. Nos anos trinta do século XX, Mariano D’Amelio retoma tal expressão em um conhecido ensaio sobre a vocação daquela época para a codificação, mas nos anos setenta, Natalino Irti falara da fase da decodificação e, finalmente Picardi conclui que: “a situação parece enfim diferente e mais complexa, pois poderíamos sintetizá-la falando da atual vocação para a jurisdição [...]”<sup>33</sup> Ou seja, para o processo.

É o reconhecimento, de acordo com Thomas Hobbes, claro, indelével e atemporal de que “todas as leis, escritas ou não escritas, necessitam de interpretação”<sup>34</sup>, bem como que, mediante essa interpretação o julgador ‘cria’ ou ‘recria’ o Direito, o que seria um exercício de poder para o qual judiciário não fora concebido, ao menos, na forma tradicional de divisão de poderes em que ao judiciário compete apenas dizer o Direito previamente concebido pelo legislador. Assim, pela “nova visão” de atividade jurisdicional, certamente o judiciário estaria exercitando mais poderes.

---

<sup>30</sup> Toma-se o título emprestado o título de CORTESE, Enio. “La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione”, in *Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano*, Giuffrè, 2004. Ensaio em homenagem a Giuseppe Tarzia. Apud PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.1-8.

<sup>31</sup> Reafirma-se - termo segue grafado entre as aspas até a depuração de seu sentido, uma vez que não é unívoco.

<sup>32</sup> VON SAVIGNY. *Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, p. 12 (reimpressão fotográfica, Hildesheim, 1967, e reedição no volume de J. STERN, organizado por Thibaut und Savigny, Darmstadt, 1959) Apud PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.1.

<sup>33</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.1.

<sup>34</sup> No original: “al Laws, written, or unwritten, have need of interpretation”. Cf. HOBBS, Thomas. *Leviathan, or the matter, form, power of a common-wealth ecclesiastical and civil*. London: Andrew Crooke, 1651, p.143.

A partir do enfoque histórico percebe-se que o problema da limitação do poder dos juízes e das possibilidades interpretativas, está intimamente ligado à questão da legitimação.<sup>35</sup> O argumento principal contra a ampliação das possibilidades interpretativas é o de que os juízes não têm legitimidade para aplicar o Direito além do que foi objetivamente estabelecido pelos representantes do povo (legalidade), esses sim verdadeiros titulares do poder.<sup>36</sup>

Sucedem que para fins do que se pretende evidenciar, tão importante quanto a questão de quem exerce o poder, é saber quem o controla. Assim, Karl Popper já asseverava que o dilema de fundo não é ‘quem deve comandar’, mas ‘como se controla quem comanda’.<sup>37</sup>

Veja-se que, subjacente a esta ideia, resta evidente os deslocamentos dos centros fundantes da autoridade.<sup>38</sup> Devemos considerar que, ainda que se tenha investido legitimamente um poder, consoante se demonstrará em oportuno tópico, disto não resulta automaticamente a legitimidade das ações de quem o exerce. O controle do poder impõe adequada organização das instituições e, por isso, compreende também e sobretudo, o juiz e a jurisdição, como instituição de garantia por excelência.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> Deixa-se anteposto que a temática da legitimidade do Poder, especificamente, legitimidade das decisões judiciais no ambiente em que o juiz “recria o Direito”, é o tema do capítulo “4”, razão pela qual se justifica a ausência da delimitação temática, aprofunda, nesta fase, mas a título de introdução segue breve esclarecimento na nota 49.

<sup>36</sup> A definição de Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição) pressupõe o reconhecimento de duas distintas ordens de referência ética: a ético-política e a ético-jurídica. A primeira corresponde ao conceito de legitimidade e a segunda a de legalidade. Ambas as ordens, porém, nada mais representa que disposições estáveis do poder na sociedade; uma ordem legitimada pela estabilização do poder em torno de valores consensualmente aceitos pela maioria e outra legalizada pela estabilização do poder - positivadas em normas coativamente impostas. Assim, a legalidade seria a qualidade do produto do poder para o Direito e a legitimidade, a qualidade do produto do poder para a Política. Pode-se concluir que a legalidade é a legitimidade positivada – objetiva. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 5-9.

<sup>37</sup> POPPER, Karl. *The Open Society and its Enemies*, 1942-1945, vol. 2, tradução italiana de Pavetto: Roma, 1973, p. 210.

<sup>38</sup> Em aprofundado estudo Mauro Cappelletti, quanto aos grandes obstáculos da “criação” do Direito judicial, aventando, dentre outros para a falta de legitimidade democrática do Direito Jurisprudencial referencia: “Devemos considerar agora a última e mais grave objeção contra a criação jurisprudencial do direito, formulada por muitos observadores e estudioso, inclusive os mais sábios. Essa objeção consiste na assertiva de que tal criação é inaceitável porque antidemocrática. E tal afirmativa é considerada por alguns definitivamente “fatal”, no sentido de que ela, e “apenas ela” seria a objeção decisiva porque consistiria impedimento absoluto para dita criação, em todo país desejoso de preservar seu caráter democrático. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, pp. 92-93.

<sup>39</sup> PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.1.

Em claro objetivo de cumprir o mister de limitação dos poderes judiciais, a Escola da Exegese<sup>40</sup> tinha por premissa que o poder dos juízes em dizer o Direito deveria ser limitado porque quando os juízes extrapolam os limites impostos pela legalidade não teriam legitimidade para criar o Direito, posto que não são eleitos pelo povo, por isso comportando apenas interpretá-lo nos limites impostos pelo legislador, verdadeiro representante do povo.

Por isso a pertinência de se afirmar que a tese está circunscrita a ideia base de que textos normativos abertos, a exemplo dos conceitos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e do direito principiológico, revolucionou a forma de se pensar na atuação judicial (poderes do juiz), pois induzem a uma maior margem de liberdade para o condutor do processo, inclusive, no tocante à flexibilização do procedimento.<sup>41</sup> Disso resulta que já se fala em ‘discricionariedade judicial processual’.<sup>42</sup>

Fato é que o direito sempre se viu entre um movimento pendular de maior ou menor restrição à atividade interpretativa dos juízes. E a questão principal a fundar essa dicotomia, reafirma-se, reside na perquirição da legitimidade da criação judicial de Direito, mas impacta

---

<sup>40</sup> Entende-se por Escola da exegese, de acordo com Luis Luisi “uma das primeiras correntes de pensamento juspositivista, florescendo na França de inícios do século XIX, a partir do advento do Código Napoleônico. Suas origens remontam ao quadro existente na França após a Revolução Francesa e as modificações introduzidas pela revolução liberal que levaram à necessidade de novas concepções jurídicas, sobretudo, a mudança das funções do jurista, não mais responsável por criar o direito, devido a mudança na concepção das fontes do direito, mas incumbido da tarefa de sistematizar o direito legislado através da sua exegese, que não era nada mais do que a descoberta do sentido do direito expresso em suas normas legais pela vontade do legislador. Desta feita, preconizava a multiplicação das codificações, de modo a eliminar as lacunas da lei; a utilização da analogia, para descobrir a norma oculta (dada pela vontade do legislador, mas não aparente no texto legal); e a interpretação mecânica e baseada no silogismo, fundada na evidência do sentido literal do texto, utilizando outros métodos interpretativos apenas com a função de tornar clara a vontade do legislador, legitimação única da autoridade da lei na medida em que é, esta vontade, legitimada pela vontade geral do povo”. (LUISI, LUÍ. *O centenário do Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*. Revista Direito e Democracia, Canoas, vol. 2, n. 1, jan. a jun. de 2001, pp. 7 a 13).

<sup>41</sup> O Conteúdo central desta tomada de posição será o Norte de toda a investigação, mas não se trata de nenhuma ideia original da autora, mas sim bem desenvolvida e estruturada, sobretudo em (BEDUSCHI, Leonardo. A adoção de cláusulas gerais processuais e a flexibilização das formas processuais como decorrências do princípio do acesso à ordem jurídica justa [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014). Outrossim, é objeto de trabalho profundo que vem desenvolvendo por Marinoni desde a época das minirreformas do CPC/73. Ao ensejo, cf.: MARINONI, Luiz Guilherme *et. al.* Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>42</sup> Tocante a discricionariedade judicial, pioneira sempre foi a visão de Ovídio Baptista: “É, sem dúvida, uma verdade indiscutível que nossos juízes – como qualquer julgador – labora com uma apreciável dose de discricionariedade. Entretanto (este é o verdadeiro problema), fazem-no de "contrabando", supondo ou fingindo que aplicam, religiosamente, a pura vontade da lei, mantendo-se, por isso, irresponsáveis, sob o pressuposto de que a eventual injustiça da sentença deva ser debitada ao legislador.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Verdade e Significado. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>>) Acesso em: 26/02/2020.

também diretamente, em outros três grandes temas: segurança jurídica, igualdade e formas de contenção dos Poderes judiciais (limites).

Justamente em razão de que o direito não é estático, mas sim acaba por acompanhar as alterações culturais, outros movimentos filosóficos<sup>43</sup> sucederam no tempo para encontrar uma postura mais realista e consentânea com a concreção do Direito, sem perder de vista o binômio legitimidade *versus* legalidade.<sup>44</sup>

Portanto, deve-se reencontrar o eixo de legitimidade<sup>45</sup> das decisões judiciais (aqui colocada com referência ao ‘problema’ do comando judicial que ‘recria o Direito’), a partir disso, é necessária investigar as formas de controle daquela atividade ou, consoante se verá adiante, em verdade, ambos: legitimação e controle estão imbricados.<sup>46</sup>

Por isso a necessidade de se investigar outros foros da segurança jurídica para além daquelas advindas das formalidades do processo<sup>47</sup> (procedimento).<sup>48</sup>

Veja-se, ao pensar o processo como ambiente de criação/recriação do Direito,<sup>49</sup> e não como o *locus* de revelação da vontade do legislador previamente estabelecida em um texto

---

<sup>43</sup> Em suma, quanto a essas correntes filosóficas, postula-se que o formalismo prioriza os modos de produção do direito e, aprioristicamente, sem indagar sobre seus valores, a norma sobressai da autoridade subjetiva de quem a produziu (legislador). Por ser produto da vontade da maioria e, produzida dentro das regras, sobressai a sua legitimidade, por consequência, ao juiz só cabe declará-las no momento de aplicá-las. O antiformalismo introduziu a preocupação com o conteúdo das matérias a serem reguladas pelo direito, a partir do entendimento de que a estrutura jurídica não se desvincula dos fins ideológicos a serem perseguidos. Assim, mais do que buscar o que o texto legal outorgou ao aplicador do direito, o julgador deveria realizar a norma a partir do caso concreto, por isso, cede o formalismo da legislação e surge o julgador como concretizador da norma/direito que só vai se revelar a partir da situação concreta. BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, 28-38.

<sup>44</sup> Tocante a esta diferenciação vide capítulo “4”.

<sup>45</sup> Se antepõe, embora seja o tema do capítulo 4 que “Legitimidade é o fundamento do poder numa determinada sociedade, é o valor que leva as pessoas a aceitarem a obediência a algo, que diz se um comando deve ou não ser obedecido”. (VEDEI, Georges. *Introduction aux Études Politiques, Fascículo I*, Paris: 1977, Editora IEP p. 28).

<sup>46</sup> Recobra-se lições de BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Verdade e Significado*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>>. Acesso em: 26/02/2020.

<sup>47</sup> Para aprofundamento e distinções entre forma, formalidade e formalismo, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115.

<sup>48</sup> O procedimento enquanto técnica para garantir a segurança jurídica, na medida em que serve como mecanismo de controle – “ordem no procedimento, trazendo um grau elevado de uniformidade e previsibilidade”, é abordado na obra de Samuel Meira Brasil. *Pensa-se a forma como critério de segurança jurídica*. (BRASIL Jr, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo*. São Paulo: Atlas, 2007, especialmente: p. 1-5, 13-15, 115-118 e 147-148).

<sup>49</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Verdade e Significado*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>>. Acesso em: 26/02/2020.

normativo, resta uma lacuna a ser preenchida: descobrir qual será o instrumento para se conferir a tão almejada segurança jurídica.

A problemática se agrava ante o movimento internacional de flexibilização do direito em geral, que também impacta o próprio procedimento, flexibilização que pode decorrer não só de determinação legal, mas também, por força de decisão judicial. O Processo, cujo desenrolar se dava por procedimentos previamente estabelecidos, esgota-se ante a realidade da impossibilidade de o legislador antever todas as realidades do direito material.<sup>50</sup>

Ao pressupor que o procedimento, de per si, ante a flexibilidade das formas, não cumpre o papel da tão almejada segurança jurídica, busca-se outros mecanismos com fins a garantir este objetivo. Não se descure que o afastamento das formas processuais tem por objetivo a garantia da efetividade processual. Por sua vez a ideia de maior garantia (segurança jurídica) e efetividade (alcance de resultado), põe em evidências interesses, muitas vezes contrapostos, do particular frente ao poder público.

Mas, a liberdade das formas e o aumento das margens decisórias estão proporcionalmente relacionados à confiança que os agentes públicos inspiram nos cidadãos. Assim, dito de outro modo, a simplificação das formas e ampliação dos poderes dos juízes, serão tanto maiores quanto mais elevada for a confiança da sociedade nestes agentes.<sup>51</sup>

Desta forma, encontrar o caminho de equilíbrio no processo entre efetividade *versus* segurança jurídica, também esbarra no ‘problema da divisão de trabalho’.<sup>52</sup> Portanto,

---

<sup>50</sup> De acordo com Dinamarco grave problema da legislação processual está em se desvendar se as formas devem ser determinadas pela lei ou se deve deixar ao arbítrio do juiz regulá-las vez por vez ao sabor das exigências do caso concreto. Para o autor “certamente a extensão dos poderes do juiz, mesmo no domínio das formas, representa poderoso meio de simplificação processual [...], porém só é possível em proporção de confiança que, em dado momento, a ordem judiciária inspira aos cidadãos”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 7).

<sup>51</sup> BRASIL Jr, Samuel Meira. Justiça, Direito e Processo. São Paulo: Atlas, 2007, p.147-148. Ademais Moreira Neto traz correlata intercessão no assunto, afirmando: “A captação política dos interesses da sociedade é imediata e define a legitimidade, enquanto a cristalização jurídica desses interesses é mediata e define a legalidade.” Por isso conclui o autor que “A premissa que se impõe é que nos sistemas juspolíticos de alto consenso maximiza-se a legitimidade e podem funcionar com baixo nível de coerção, enquanto nos sistemas jurídicos de baixo nível de consenso é necessário a maximização da legalidade e funcionam com alto nível de coerção”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 13).

<sup>52</sup> A expressão disseminou-se no direito brasileiro com Barbosa Moreira, a respeito, c. f.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989). Trata-se, nas palavras de Araken de Assis, do “problema capital do processo civil contemporâneo”. Seu estudo é de suma importância uma vez que “é na ênfase maior ou menor na atividade das partes e na atividade do juiz que se expressa as linhas ideológicas do ordenamento processual”. (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, t. 1: parte geral: institutos fundamentais, p. 894).

reequilibrar as atividades dos atores processuais (juiz e partes) parece ser a fórmula para a retomada da legitimidade das decisões judiciais e contenção da ‘discricionariedade judicial’.

Reconhece-se que, não obstante o CPC/2015, de fato, tenha implementado poderes de efetiva gerenciamento processual pelos juízes (tradução que se faz do *managerial judgment*), prestigiou, também, a liberdade das partes, não apenas no âmbito do direito material, mas, sobretudo quanto aos atos processuais (procedimento). Assim, pretendeu-se equilibrar e democratizar a relação processual em verdadeiro ambiente cooperativo,<sup>53</sup> haja vista que o processo, nessa nova fase de textos legais abertos, serve para a construção da norma.

Não por outro motivo, impõe-se postura renovada de boa-fé, isso porque não se pode conceber que se o Direito é recriado no ambiente processual que as partes possam se valer de posturas descoladas da eticidade.<sup>54</sup>

Contudo, antes de adentrar a estes temas caros ao cerne deste estudo, cumpre-nos uma breve digressão histórica acerca da evolução da hermenêutica jurídica visto que está ligada ao próprio esforço de configuração e repartição do Poder do Estado como hoje o enxergamos, isto contudo, com a pretensão de ser a partida para a análise dos seguinte pontos de inflexão: ‘discricionariedade judicial’, legitimidade e controle das decisões judiciais num ambiente de ‘recriação do Direito’.<sup>55</sup>

## **2. 1 A EVOLUÇÃO DA EXEGESE JURÍDICA: A decisão judicial e a interpretação**

A divisão das funções do Estado em três poderes independentes e harmônicos entre si retrata momento histórico de maior intenção de limitação ao poder dos juízes a livre aplicação/interpretação do direito. Contudo, com a incorporação das cláusulas gerais e utilização dos princípios como fonte jurídica, desse modo, com força normativa, tornou-se acentuado o problema do caráter ‘criativo da jurisdição’.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual. São Paulo: Foco, 2019, p. 19.

<sup>54</sup> O tema é objeto do capítulo 4 da pesquisa, especificamente 4.1 e 4.2.

<sup>55</sup> Controle e legitimidade das decisões judiciais, dentro deste novo ambiente – paradigma hermenêutico (discricionariedade) são o cerne da análise desta dissertação, razão pela qual são postos nesta fase do trabalho como pontos de inflexão, para serem desenvolvidos oportunamente.

<sup>56</sup> “O problema” do caráter criativo do Direito será aprofundado no tópico próprio – item “4.1”, pois as questões da legitimidade e controle da discricionariedade judicial são os pontos fulcrais do objeto do estudo.

Para compreender o momento atual é necessária a análise do que veio antes dele. Nesse sentido, analisaremos a exegese jurídica enquanto maior ou menor liberdade interpretativa nos momentos histórico-filosóficos do positivismo e do pós-positivismo.

Assim, se até a consolidação do Estado Moderno,<sup>57</sup> o juiz tinha certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar, depois da Revolução Francesa os juízes passaram a ser vistos como instâncias conservadoras do sistema político que tendiam, em suas decisões, a manter o *status quo*. Sendo assim, o movimento da codificação surge, sobretudo, com o escopo de limitar o poder dos juízes, em quem não se confiava mais.<sup>58</sup>

Consoante leciona Bobbio, antes da consolidação do Estado Moderno, o juiz “tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar. O primeiro movimento de reação contra a livre interpretação do Direito pelos juízes foi a codificação das leis.”<sup>59</sup>

Ainda explica o autor que a interpretação da lei pelos juízes, se não bem delimitada, poderia importar em manobra para impedir ou burlar o poder do povo, expresso na vontade das assembleias e parlamentos, então, a ideia do juiz que reprisa a vontade do legislador, verdadeiro ‘boca da lei’.<sup>60</sup>

O Positivismo Exegético, que dominou o século XIX, teve como origem a referência às Ciências Naturais, buscando conferir ao direito a mesma empiricidade e objetividade

Adverte Cappelletti quanto aos reais problemas do direito judicial que: “O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários”. (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 21).

<sup>57</sup> O *Ancien Regime* era caracterizado por uma multiplicidade de regras que impunha uma complexidade daquele ordenamento e uma maior liberdade dos juízes no momento de formação da norma do caso concreto. PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.3.

<sup>58</sup> A confiança benthamiana na codificação do direito legislado como meio a eliminar as incertezas decorrente do direito judiciário é célebre. (BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. (Série Os Pensadores). 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 16). Segundo Nogueira; “Durante todo o século XIX, após o surgimento das primeiras codificações europeias, sobretudo com o advento do Código Civil da França, 1804, predominou a estipulação de pautas normativas de conduta em termos gerais e abstratos. Na própria ideologia da codificação, estavam presentes a concepção de exatidão (o código dispensaria interpretação para ser aplicado) e a de completude (o código seria capaz de regular todos os fatos da vida), garantidores de segurança e previsibilidade em favor do indivíduo. A lei geral e abstrata, positivada nos códigos era a fonte primeira. O juiz era submisso à lei e a sua atividade se subsumia ao silogismo mecanicista.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. Tese de Doutorado em Direito Processual – Orientador: Prof. Dr. Fredie Didier Jr. Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p.172).

<sup>59</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6ª ed. 1995, p. 78-85.

<sup>60</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6ª ed. 1995, p. 78-85.

daquelas ciências. Desta forma, refutável o que não fosse redutível ao crivo da experimentação, portanto, tratado como metafísico/irracional. Assim, o Positivismo rejeitava o direito natural, baseado na ideia de uma ordem jurídica preexistente e superior, exaltando apenas as normas postas racional e legitimamente pelo povo.<sup>61</sup>

Em seu recorte inicial, o positivismo jurídico (do latim *ius positivum*) já traz a noção de ter por objeto somente aquilo que está positivado. A Escola da Exegese, nascida do positivismo inicial/exegético, demonstra o apego tão somente à lei e aos códigos. A positivação fomenta um conhecimento objetivo, um Direito certo.<sup>62</sup>

A Escola da Exegese funda-se na premissa de que o direito é feito pelo parlamento, representante da vontade do povo, resumindo-se à lei. O poder dos juízes em dizer o Direito deveria ser limitado visto que não possuem legitimidade para criá-lo, mas tão somente competência para interpretá-lo nos estritos termos em que estabelecido pelos representantes do povo.

O papel do juiz, dada a aversão à sua figura pelos revolucionários, decorrente de sua forte vinculação à nobreza, restou reduzido à mera função de *'bouche de la loi* (boca da lei).<sup>63</sup> Uma das premissas do positivismo exegético era a de que os códigos seriam os instrumentos jurídicos capazes de abarcar e normatizar todas as realidades e situações sociais, cabendo aos juízes tão somente o papel de declarar o Direito, que estaria pronto sempre *ex ante*.<sup>64</sup>

Para a Escola da Exegese a atividade jurisdicional é um ato mecânico que se realiza através de juízos silogísticos, de mera subsunção do fato à regra posta.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6ª ed. 1995, p. 78-85.

<sup>62</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6ª ed. 1995, p. 87-98.

<sup>63</sup> Conforme nos ensina Edilson Nobre Junior, essa tendência recaiu no Título III, Capítulo V, da Constituição da França de 3 de setembro de 1791, cujo art. 3º dispunha: “Os tribunais não podem, nem se imiscuir no exercício do Poder legislativo, ou suspender a execução das leis, nem empreender funções administrativas, ou convocar diante deles os administradores por razão das funções destes”. Nesse sentido, o Decreto que dispôs sobre a organização dos tribunais judiciários, de 16 a 24 de agosto de 1790, pelo qual toda vez que os juízes reputassem necessário interpretar uma lei por duvidar de seu sentido deveriam dirigir-se ao Poder Legislativo, juntamente com o Tribunal de Cassação, inicialmente órgão auxiliar do Parlamento, o qual foi instituído com a missão de corrigir os equívocos cometidos pelos tribunais na interpretação do texto da lei. (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. Revista de informação legislativa. v 43, n. 170, p. 111-141. Abril/jun. 2006).

<sup>64</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6ª ed. 1995, p. 89.

<sup>65</sup> “*El mundo de la seguridad es, pues, el mundo de los códigos, que traducen una ordenada secuencia de artículos, los valores del liberalismo decimonónico.*” (IRTI, Natalino. *La Edad de la Codificación*. Tradução Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Bosch, 1992, p. 19).

Contudo, é justamente com a codificação que se aumenta a interpretação, segundo o que os estudiosos do direito apontaram. A mais interessante visão deste fenômeno é de Mauro Cappelletti para quem: “a expansão do direito legislativo, no estado moderno acarreta e, ainda está acarretando consigo a paralela expansão do direito judiciário[...]”. É prova, segundo o autor, da negação da antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes.<sup>66</sup>

Por essas premissas Capelletti acaba por concluir que exatamente o que objetivava conter as margens de liberdade do julgador (codificação), foi o motivo do aumento das margens interpretativas, assim, afirma o autor que se encontra implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que, na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade.<sup>67</sup>

Ou seja, exatamente o que se adotou como técnica para combater as liberdades dos julgadores (codificação) fora, em larga medida, a causa do aumento dos poderes interpretativos, e via de consequência, do direito jurisprudencial, isso tudo diante da impossibilidade de aplicação do texto legal sem a pertinente interpretação.

No magistério de Didier, a reflexão, contudo, sofreu também impactos da transformação decorrente sobretudo de: “a) reconhecimento da força normativa da Constituição; b) desenvolvimento da teoria dos princípios; c) expansão e consagração dos direitos fundamentais”<sup>68</sup> e, fez comportar segundo este autor teses opostas sobre a função do juiz (jurisdição), que podem ser sintetizadas no dilema ‘descoberta’ ou ‘criação’ do Direito.<sup>69</sup>

Consequência desta dicotomia é o surgimento, na atualidade, de correntes hermenêuticas, cujas profundidades não nos permitem um melhor incursionamento, posto

---

<sup>66</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 21.

<sup>67</sup> Nesse norte Cappelletti esclarece: “o uso mais simples e preciso da linguagem legislativa, sempre deixa, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e, sempre permitem, ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judicial”. (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 21).

<sup>68</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 24-25, v. 1.

<sup>69</sup> Essa mudança paradigmática por que vem passando o direito foi bem ressaltada por Willis Santiago Guerra Filho: “A partir do século XX, as concepções de interpretação e de aplicação do direito sofreram profundas transformações. Hoje, a atividade judicial não é mais vista como operação de mera aplicação de Direito preexistente.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna – Introdução a uma Teoria Social Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 37).

que desbordaria dos limites do pesquisado, mas pode-se sintetizá-las, em duas grandes vertentes:

A primeira orientação atribui que ao juiz cabe a função de descoberta do direito, partindo da premissa de que há uma resposta correta e objetivamente determinada, solução que o juiz, por meio de procedimento lógico, se limita a explicitar.<sup>70</sup>

Por outro lado, na segunda vertente, encontram-se as correntes antiformalistas que postulam, em ângulos e com molduras diferentes, pela criação do direito pelos juízes *judge-made law* e assim atribuem ao juiz um poder criador do Direito ou, como quer que seja, uma função de ‘colaboração’ entre legislador e juiz.<sup>71</sup>

Consoante se aprofundará doravante, as teses opostas da ‘descoberta’ ou da ‘criação’ do Direito terminam, respectivamente, por negar ou admitir, em todo o caso, a ‘discrecionabilidade judicial’, tema que é a linha condutora de todo o estudo.<sup>72</sup>

Por sua vez, a conexão entre a abertura do texto legislativo e a ‘discrecionabilidade judicial’ decorre, portanto, de que conforme os textos carreguem mais abertura para a interpretação, certamente aumenta, proporcionalmente, a margem de liberdade do decisor.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> FERRI, Caroline Feliz Sarraf. Teoria da integridade: Uma abordagem da sistematização de Ronald Dworkin. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em 22.10.2019.

<sup>71</sup> PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.13. Por sua vez, Alexy, em contrapartida, atribui que existem pelo menos quatro motivos para esta nova realidade jurídica de reconhecimento da atividade judicial que extrapola os limites da mera declaração de sentido já contido no texto da norma: (1) imprecisão da linguagem do Direito; (2) possibilidade de conflito entre normas; (3) possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, bem como (4) hipótese de, em casos especiais, uma decisão contrariar a literalidade da norma. (ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Shild Silva. São Paulo: Editora Letras, 2005, p.33).

<sup>72</sup> Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação, segundo Cappelletti. “O intento ou o resultado principal dessa amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discrecionabilidade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só a interpretação do direito, mas também no concernente a todos os outros produtos da civilização humana, como a literatura a música, as artes visuais, a filosofia, etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, ‘aplicá-los’ e ‘realizá-los’ em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda a reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete.” (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999, p. 21).

<sup>73</sup> Para Cappelletti toda interpretação é criativa e, nas palavras do autor “sempre se mostra inevitável um mínimo de discrecionabilidade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para o mais elevado grau de discrecionabilidade e, assim, de criatividade, pelas simples razões de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o

Mauro Cappelletti, nesse sentido de inter-relaciona o tema de aumento das margens interpretativos e discricionariedade judicial concluiu que: “certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só a interpretação do direito, mas também no concernente a todos os outros produtos da civilização humana, como a literatura a música, as artes visuais e a filosofia e, aumenta conforme aumente a abertura do texto legal.”<sup>74</sup>

O tema ganha pertinência no processo civil quando se percebe que os textos legais abertos impõem uma maior margem interpretativa que impacta, inclusive o próprio procedimento.

Variados são os efeitos desses influxos, mas, dentre outros, Nicola Picardi sumaria alguns que dialogam com a linha de pesquisa exposta neste trabalho (norma textura aberta, flexibilização procedimental e aumento dos poderes judiciais), razão pela qual se torna pertinente transcrevê-las: *i*) o tecido legislativo acaba por apresentar margens de abertura com o objetivo claro de permitir a sua adaptação às situações concretas ou para mantê-la atual; e *ii*) decorrente da primeira ocorrência, surgem pluralidades de ritos, sobretudo no diploma processual, o que impõe um aumento dos poderes dos juízes na adaptação procedimental.<sup>75</sup>

Veja-se, então, a conexão com o processo, haja vista que em decorrência dos textos legislativos abertos, aumentam-se as margens de liberdade do decisor (‘discricionariedade judicial’) o que propicia a flexibilização do procedimento e gerenciamento do processo, no sentido de condução do processo por iniciativa do juiz (*managerial judgment*).

Com o passar do tempo o legislador é levado a adotar com mais intensidade esta técnica das normas mais flexíveis, consoante se verificará nos passos seguintes do presente estudo.<sup>76</sup> Disso resulta que, no sistema do direito, uma mudança metodológica.

---

dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”. (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999, p. 42).

<sup>74</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999, p. 21.

<sup>75</sup> PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.3.

<sup>76</sup> PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.3-4.

Em um quadro de gênero, não podem passar despercebidos os sintomas de uma situação não diferente em panorama das que ocorriam no ‘antigo regime’ (pluralidade de fontes, indeterminação das leis e predomínio da jurisdição) e que geraram, não se esqueça, uma reação que fez surgir o positivismo jurídico.<sup>77</sup>

Entretanto, quando Mauro Cappelletti afirma que não existe clara oposição entre interpretação e ‘criação do direito’ e ‘discricionariedade’, tal afirmação não deve ser confundida, entretanto, com a total liberdade do intérprete. Acaba por concluir o autor que “discricionariedade não quer dizer arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre”.<sup>78</sup>

Neste viés Cappelletti registra que todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.<sup>79</sup> Se trata, assim, dos limites a essas margens de liberdade (discricionariedade judicial) e, portanto, tema afeito ao estudo.

Ao investigar a abertura do nosso tempo para normas de caráter mais flexível (conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas e direito principiológico) e seus impactos sobre o processo-procedimento,<sup>80</sup> certamente que se pretende, em verdade, é a verificação da conformação dos poderes funcionais do juiz neste âmbito, tudo com fins a promover os mecanismos adequados ao seu controle e buscar os parâmetros de sua legitimidade.

Segundo Cappelletti a verdadeira questão a ser enfrentado, portanto, não é a oposição entre os conceitos de interpretação e criação do direito, mas sim: “O problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade por obra dos tribunais judiciários. O papel do juiz colocado em face do papel do legislador”. Em outras palavras o verdadeiro ponto é: “sobre o grau de criatividade e o modo, limites e legitimidade da criatividade judicial.”<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.4-6.

<sup>78</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 23-24.

<sup>79</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 24.

<sup>80</sup> BEDUSCHI, Leonardo. *A adoção de cláusulas gerais processuais e a flexibilização das formas processuais como decorrências do princípio do acesso à ordem jurídica justa [recurso eletrônico]*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

<sup>81</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 21.

Dito isso, fica evidente a necessidade de se investigar como o processo sofreu os influxos dessa fase do direito flexível e de que forma isso impacta as margens de liberdade judicial interpretativa.

## **2.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO MOVIMENTO GERAL DE FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO: do direito rígido ao direito flexível - influxos para a compreensão da ‘discricionariedade judicial’**

### **2.2.1 A pós-modernidade e a transformação generalizada<sup>82</sup>**

A novel legislação processual civil (Lei 13.105/2015) surge repleta de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e conceitos abertos. Os princípios renovam-se entre as fontes centrais da aplicação do direito. Impõe-se aos julgadores, por decorrência disso, uma postura mais ativa tanto na construção da norma no caso concreto quanto em sede de gerenciamento do processo, o que desborda para uma nova metodologia processual e renova a necessidade de encontrar as raízes de tal fenômeno para, em momento seguinte, trazer os critérios gerais e prudenciais a essas posturas judiciais.

Hodiernamente, são corriqueiros os questionamentos quanto aos desbordos das temerárias decisões judiciais ao manusear as novas espécies normativas. A título de exemplo, rememora-se o artigo 139, IV, do CPC/2015,<sup>83</sup> pois, esse texto normativo, tal qual concebido (cláusula geral), criaria ensanchas para uma ‘discricionariedade judicial’ exacerbada e sem controle.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> “Ao se referir a práticas intelectuais, Zygmunt faz a oposição entre os termos moderno e pós-moderno representando as diferenças na compreensão da natureza do mundo social em particular. A visão tipicamente moderna do mundo é a de uma totalidade em essência ordenada. A visão pós-moderna do mundo é, em princípio, a de um número ilimitado de modelos de ordem. A ordem não precede as práticas e, por conseguinte, não pode servir como medida externa de sua validade.” (BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*: tradução Renato Aguiar. Copyright da edição em língua portuguesa © 2010: Jorge Zahar Editor Ltda Rio de Janeiro, 2010, p. 15-23).

<sup>83</sup> CPC/2015: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.”

<sup>84</sup> Rememora-se que o objeto da pesquisa, está cingido, por corte metodológico, na discricionariedade judicial processual, especificamente quanto à adequação formal (procedimental) e gestão processual, pois se defende que ambos os fenômenos estão imbricados. A discricionariedade judicial, normalmente, é objeto de investigação no âmbito da norma do direito material, contudo, a linha de investigação neste trabalho cuida apenas das liberdades processuais, ou seja, as margens de liberdade dentro do processo. Catarina Cabete Oliveira assentou sobre o tema: “Já se diz que existem duas espécies de discricionariedade: a

O exemplo em questão não se mostra destoante do contexto do atual diploma processual. Ao reverso, já se diz que o código está povoado de textos desta espécie, o que renova a necessidade de se pensar as formas de contenção das liberdades ou poderes do juiz (discricionariedade), que surge a partir desta fase do ‘direito aberto’ (textos normativos abertos).

Assim, ante critérios normativos fracos, abrem-se portas para a discricionariedade judicial em sentido forte. Tradicionalmente, a discricionariedade judicial é trabalhada nestes dois sentidos (forte e fraco).<sup>85</sup>

Aprioristicamente, sem guardar entre si qualquer conexão, todas essas realidades podem muito bem ser compreendidas como exemplos particularmente eloquentes de uma relevante mutação paradigmática, perpassante por todos os ramos do direito, que poderia ser chamada de flexibilização ou abertura do tecido legislativo.<sup>86</sup>

Percebe-se, assim, um movimento flexibilizador comum aos ramos do direito, embora, com características próprias em cada qual. Em regra, antes um direito fechado, casuístico e totalizante, agora um maleável, principiológico (de cláusulas abertas). O que fora direito das regras, com sua operação rigorosa, subsuntiva, hodiernamente é direito de regras e de princípios, esses últimos, com sua atuação ponderada e baseada em normas de segundo grau, os nomeados postulados jurídicos.<sup>87</sup>

Enfim, o direito está incorporando formas e ‘conteúdos’ (que resultam de sua interpretação) e que, aos poucos, afetam todo o trato jurídico. Com esforço, podem-se identificar alguns vetores a que se atribuem esta ordem de coisas, e as poucas exceções que não combinam bem com estes regimes maleáveis (a exemplo do direito penal e tributário) prestam-se justamente a confirmar a regra.

---

judicial, relativa a analogia, à equidade e a interpretação e a processual, transversal a todas elas que engloba: a adequação formal, gestão processual e a livre apreciação da prova.” (OLIVEIRA, Catarina Cabete. Os Poderes do Juiz: Discricionariedade em Processo Civil? Disponível em: <[https://www.academia.edu/12012127/Os\\_Poderes\\_do\\_Juiz\\_Discricionariedade\\_em\\_Processo\\_Civil](https://www.academia.edu/12012127/Os_Poderes_do_Juiz_Discricionariedade_em_Processo_Civil)>. Acesso em 18/03/2019).

<sup>85</sup> Renova-se a ambiguidade da expressão “poder discricionário”, que somente será aprofundado no item “3”. Contudo, em notas preliminares, refirma-se que Ronald Dworkin anota que seu sentido exato depende do contexto no qual usada. Desta forma, em sentido “forte” ou “fraco”, de acordo com existência ou não de parâmetros de controle. (GRAU, Eros. Por que tenho medo de Juízes. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2018, p.92). O acordo semântico será promovido no capítulo 3 da pesquisa.

<sup>86</sup> PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.5-7.

<sup>87</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30.

Investigar as causas dessas mudanças demanda multifacetados enfoques que desbordariam dos limites desta pesquisa, mas, ao se buscar um único ponto de contato, origem de tal fenômeno, topa-se com a pós-modernidade.<sup>88</sup>

O Direito pós-positivista é a face jurídica da contemporânea pós-modernidade. Nele se espelham todas as angústias, incertezas e dúvidas que caracterizam o cenário geral do movimento pós-moderno. Observa-se, assim, que a flexibilização do direito, como traço das quadras jurídicas pós-positivistas, não opera autonomamente. Ao invés disso, reflete profundas transformações havidas no conceito de razão e de ciência, tudo no sentido da suplantação dos reducionismos operados na modernidade.

Zygmunt Bauman em sua obra “Legisladores e Intérpretes”, trata de forma aprofundada da passagem da ciência do direito entre a fase da modernidade, com todos os ideários advindos do iluminismo e com sua cientificidade cartesiana, formal, até o seu declínio a que denominou de ‘caída do legislador e ascensão do intérprete’.<sup>89</sup>

Em precisa passagem histórica do fenômeno, Mauro Cappelletti disserta que as causas e efeitos da intensificação da criatividade Jurisprudencial estão intimamente conectadas com a ‘revolta com o formalismo’, fenômeno que atrelou a transformação do papel do Direito e do Estado na sociedade do ‘Bem-Estar’. Nesse norte, estabelece que fora, precisamente, a necessidade de garantir os direitos sociais que agigantou o Estado e, via de consequência, propiciou o aumento e a concretização do terceiro poder (Judiciário), com fins a contrabalancear o ‘*Big Government*’ como necessário contrapeso aos poderes políticos.<sup>90</sup>

No Estado Social as leis deixaram de fixar regras de conduta para indicar finalidades, proporcionando uma nova forma de se pensar o direito. Constitui um dado da realidade que a legislação social ou de *welfare* conduz, inevitavelmente, o Estado a superar os limites das

---

<sup>88</sup> Eduardo Bittar identifica os protestos na França, em maio de 1968, como marco histórico do nascimento da pós-modernidade, cujas características centrais são “uma ubíqua sensação de crise, pela incapacidade de gerar consensos e pela revolta contra o imperialismo da racionalidade moderna. A obra vem centrada na configuração da modernidade e da pós-modernidade.” (BITTAR, Eduardo. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p.28).

<sup>89</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: Sobre la modernidad, posmodernidad y los intelectuales*. *Universidad Nacional de Quilmes*, 1997, cap. 8 e 9, p. 159-181.

<sup>90</sup> A base da mudança na visão de Estado, para Cappelletti, foi a Revolução Industrial, donde resultaram “os fenômenos do nascimento do *welfare state* e do crescimento dos ramos legislativo e administrativo [...] com todas as amplas e profundas consequências econômicas, sociais e culturais”. (CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31-40).

funções tradicionais de proteção e repressão.<sup>91</sup> Com isso, há hiperinflação normativa, acarretando diminuição da qualidade na mesma proporção do crescimento da quantidade.

Do Estado Liberal, em que não se interferia na liberdade do indivíduo, para o Estado Social, em que o ente estatal foi pressionado a atuar positivamente para prestar à sociedade diversos contributos para o qual não fora concebido,<sup>92</sup> revolucionou-se a ciência jurídica e, especialmente, a técnica processual.<sup>93</sup>

Conforme assinalado, a imensa, mas pouco efetiva produção legislativa, despertou descrença no poder legislativo e proporcionou o desenvolvimento de uma Justiça mais proativa.<sup>94</sup>

Em conformidade com Cappelletti, à medida em que os direitos fundamentais (associados aos sociais) passam a incorporar as Constituições, o controle jurisdicional aumenta juntamente com a atividade criativa do judiciário, tudo respaldado por uma

---

<sup>91</sup> Na fase do iluminismo impera o direito abstrato, único e imutável, criado pela Razão humana. Esse Direito ideal fora reduzido a escrito e posto a vigorar como lei. Assim, Bobbio assevera que “o modelo é o Código Civil de Napoleão, que se apresenta como o jusracionalismo em vários países europeus. Por serem considerados braços do poder que fora derribado os juízes são objeto de desconfiança. Exalta-se, nesta fase, a lei, como produto da Razão universal e simultaneamente expressão da vontade do povo. Assim, o juiz é apenas a boca que ‘fala’ as palavras da lei. Ou seja, a lei continha todas as soluções. O juiz, por consequência, quando solicitado, ditava como que automaticamente a solução legal já anteposta em verdadeiro sistema automatizado da subsunção.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1982, p. 30). Os Códigos, segundo Judith Martins Costa, representam a manifestação máxima de um sistema do tipo que se pretendia fechado. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistemática e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 297).

<sup>92</sup> Para Cappelletti o “*Etat providence*”, como o chamam, expressivamente, os franceses – com técnica de controle social e, que os cientistas políticos chamam de promocional. Assim, nas palavras do autor “Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico dos legisladores clássicos entre certo e errado, ou seja, entre justo ou injusto, *right and wrong*.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 41).

<sup>93</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1. p. 90-92. Nesse sentido são claras as lições de Flávio Cheim Jorge *et. al.*: “Esse modelo - intervenção estatal em prol da realização de direitos para garantir uma igualdade real – refletiu-se em todos os setores da sociedade, e, especialmente, em tudo aquilo em que o Estado participava, ou seja, no exercício das funções legislativa, executiva e judiciária.” (CHEIM JORGE, Flávio. *A terceira etapa da reforma de processo civil: comentários às Leis n. 11.187/2005, 11.232.2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006* / Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 103).

<sup>94</sup> É evidente que, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, importantíssimas implicações impõem-se aos juízes, por isso Picardi afirma que “em face da legislação social que se limita, frequentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro os juízes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo de tais leis ou direitos programáticos.” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.5-7 e 41).

legislação menos específica que pretende garantir de forma mais ampla esses direitos fundamentais.<sup>95</sup>

Embora parte da doutrina atrele o fenômeno da flexibilização do direito à fase do *welfare*, ao agigantamento do Estado, à hiperinflação legislativa e à perda da qualidade das normas, outra parte da doutrina afirma tratar-se de uma nova técnica legislativa.

Assim, é de Judith Martins-Costa a lição, válida para o direito em geral, quanto à transformada concepção acerca da racionalidade jurídica nestes novos quadrantes. Não mais a *ratio* monológica, totalitária e fechada do Iluminismo que ignora as substanciais desigualdades verificadas na realidade concreta, mas sim, uma racionalidade sensível, substantiva, processual e comunicativa, capaz de apreciar valores e medir a idoneidade das normas. Uma razão que transcenda o matematicamente lógico e o burocraticamente instrumental<sup>96</sup>. Em suma, uma “racionalidade elástica, não-axiomática, e, bem assim, flexível, que conduza a um método jurídico dotado das mesmas virtudes”.<sup>97</sup>

### **2.2.2 O pós-positivismo como marco da flexibilização do Direito**

Com o revigoramento dos poderes normativos constitucionais, proporcionalmente se flexibiliza as normas infraconstitucionais e, decorrente disto, surge a multifacetada paisagem da evolução a que se convencionou rotular de ‘pós-positivismo’.

Em lições extensíveis a praticamente todos os rincões do direito, Luís Roberto Barroso assertivamente estabelece que, na aplicação de normas abertas e princípios jurídicos, a expressão “pós-positivismo” materializa uma “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética”, bem como abertura do texto normativo infraconstitucional para receber estes novos valores.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> CAPPELLETI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 38-45.

<sup>96</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; MAZZEI, Rodrigo (coords.). Reflexos do novo Código Civil no direito processual. Salvador: Juspodivm, 2006, cap. I, p. 23-5 e 31-70.

<sup>97</sup> MARTINS-COSTA, Judith, Culturalismo e experiência no novo Código Civil, op. cit., p. 33.

<sup>98</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 386.

O pós-positivismo se refere, portanto, a um conjunto amplo e inacabado de reflexões acerca do Direito, que se processa sob a constatação da superação do jusnaturalismo e da percepção que o positivismo, tal qual idealmente imaginado, ou seja, totalizante e com respostas *a priori*, também não era suficiente.

O jusnaturalismo exauriu-se quando triunfou o positivismo com a incorporação do direito racional às grandes codificações oitocentistas, foi deixado à margem da história juntamente com a onipotência do positivismo jurídico no século XIX, esse que embalou o mito da razão idealizado pelo positivismo filosófico e pretendia construir um saber jurídico que espelhasse as características das ciências naturais.<sup>99</sup>

O fetiche da lei e o acrítico legalismo são subprodutos do positivismo jurídico e, certamente, pavimentou o caminho para que se processassem abomináveis momentos da história moderna.<sup>100</sup>

O pós-positivismo desenvolve-se, em certa medida, como uma síntese entre jusnaturalismo e juspositivismo. Na apreciação de Mauro Cappelletti, a “Constituição pretende ser, no direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo”,<sup>101</sup> regresso consciente, porém, da superação do ‘direito entendido como absoluto e eterno’, firmando-se em seu lugar um direito mais aberto para os valores.<sup>102</sup>

Anota-se que não há como compreender as idas e vindas da metodologia jurídica contemporânea sem constatar o irresistível avanço do constitucionalismo a partir do pós-Segunda Guerra Mundial e, mais tarde, também no Brasil. Para reforçar a cizânia operada com esse desenvolvimento, outros preferem designar por ‘Estado Constitucional’ a particular forma de Estado de Direito surgida, como resultado daquela evolução.<sup>103</sup>

<sup>99</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1982, p. 30-35.

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo II, p. 19-27.

<sup>101</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 129.

<sup>102</sup> CAPPELLETTI, Mauro, O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, op. cit., p. 129. Zagrebelsky compreende a questão de modo bastante parecido ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003. p. 114.

<sup>103</sup> A expressão ‘Estado constitucional’ vulgarizada por autores como Luigi Ferrajoli, dentre outros, para representar aqueles Estados que, a partir da segunda metade do século XX, adotaram constituições rígidas, caracterizadas pela previsão de um catálogo de direitos fundamentais e de mecanismos de controle de

Esse novo quadrante é referido, também, por Neoconstitucionalismo e se confunde, em grande medida, com o pós-positivismo. O reconhecimento da força normativa da Constituição, permeada por seus vigorosos princípios, é uma das faces mais reluzentes do pós-positivismo.

Na visão de Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo concretiza o marco filosófico do Neoconstitucionalismo, em cujas coordenadas teóricas se localiza, com outros elementos, o reconhecimento da força normativa da Constituição e dos princípios como espécie normativa,<sup>104</sup> que no Brasil se desenvolve mormente a partir da Constituição de 1988. Trata-se da chamada constitucionalização do Direito que revolucionou a metodologia jurídica no cenário nacional.<sup>105</sup>

Entretanto, ao se inaugurar uma época de poderes normativos constitucionais as normas infraconstitucionais passam a operar dentro de sistemas mais abertos, fluidos, cujas cargas valorativas são preenchidas, antecipa-se, a despeito de o tema ser aprofundado em tópicos seguintes, por princípios e, em conformidade com os postulados da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), razão porque se identifica o direito da atualidade como uma ciência prática.

Assimila-se, com isso, um retorno a jurisprudência, portanto que o Direito é mais um saber prático que uma ciência teórica, mais experiência discursiva que um mero conjunto de textos normativos. Portanto, as premissas epistemológicas relacionáveis ao pós-positivismo, ao fim, fazem avançar a *juris prudentia* e retroceder a *scientia juris*.

---

constitucionalidade. (VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007, p. 69).

<sup>104</sup> Em seminal trabalho Luís Roberto Barroso leciona que as mudanças que levaram a essa nova percepção de constitucionalismo possuem três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. É possível então extrair de suas lições quanto aos mencionados marcos, consoante segue, em síntese. O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, onde nazismo e fascismo restaram derrotados depois de cometerem as barbáries mais conhecidas do nosso tempo e tudo sob o pálio do Estado legalista. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Como delimitador filosófico restou o pós-positivismo, superando os modelos tradicionais do jusnaturalismo e do positivismo. O positivismo buscou a objetividade científica, equiparando o Direito à lei. O pós-positivismo, que se apresenta como uma terceira via, vai além da legalidade estrita, sem desprezo ao direito posto, eleva os valores na interpretação jurídica; reconhece a normatividade dos princípios, diferenciando-os qualitativamente das regras; produz uma nova hermenêutica constitucional; e desenvolve uma teoria dos direitos fundamentais edificada na dignidade da pessoa humana. Por fim, o marco teórico se situa: a) no reconhecimento da força normativa da Constituição; b) na expansão da jurisdição constitucional; c) no desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2ª edição 2010, p. 260/265.

<sup>105</sup> BARROSO, Luís Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo..., op. cit., p. 386.

### 2.2.3 Impactos na racionalidade do Direito: da *scientia juris* a *juris prudentia*

Soa mesmo evidente que a ciência jurídica, no conjunto, vai aos poucos, mas inevitavelmente, revestindo-se dos caracteres que individualizam aquela racionalidade pós-moderna. A suavização do direito é prova concreta disso. As técnicas legislativas são alteradas para admitir textos de normas mais abertas, cujas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados são exemplos.

Dentro do quadro geral, o redespertar dos princípios jurídicos é o primeiro símbolo desta tendência. As normas jurídicas já não operam segundo uma metodologia rígida, bivalente, de aplicabilidade ou obsolescência, de validade ou invalidade.

As espécies normativas, na extensão das possibilidades jurídicas e fáticas, têm eficácia maior ou menor, a depender do contexto, impondo-se maior operatividade ao aplicador das normas, que deverá se valer dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

Os termos ‘Direito flexível’ e ‘abertura do tecido legislativo’ são os que mais se aproximam da realidade que se quer exprimir.<sup>106</sup> Revelando o caráter do direito nos Estados Constitucionais deste tempo, refere-se, sobretudo, aos valores diversos consagrados nos textos constitucionais, necessidade fundamental para viabilizar a própria preservação de sociedades pluralistas, carentes de um fundamento único totalizante e, por conseguinte, método capaz de garantir a coesão social.

Dito de outra forma, mas guardando a mesma correlação de ideias Alexy afirma que é necessário que as normas mantenham-se mais porosas para fins de, precipuamente de garantir alto grau de adesão social, sobretudo em sociedade que englobam as mais variadas ideologias; possibilitar que haja uma necessária adaptação aos avanços sociais sem reiteradas alterações legislativas; e ensejar um grau ótimo de generalidade afim de abarcar os casos concretos que a elas necessitam se adaptar.<sup>107</sup>

Por consequência, há exigência de uma dogmática ‘líquida’, espalhada em regras, princípios e postulados aplicativos, para que possa coexistir com a segurança jurídica e a

---

<sup>106</sup> PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.5-7.

<sup>107</sup> ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Shild Silva. São Paulo: Editora Letras, 2005, p. 46.

efetividade da norma pensada sob a perspectiva de se adequarem às constantes mutações da realidade social.<sup>108</sup>

Parece assimilado que o Direito é mais um saber prático que uma ciência teórica, mais experiência discursiva que um mero conjunto de normas; mais um objeto a construir que meramente conhecer; um campo muito mais argumentativo que demonstrativo. Por estas contemporâneas renovações, as premissas epistemológicas relacionáveis ao pós-positivismo, ao fim e ao cabo fazem voltar ao palco a *juris prudentia* e retrocedem a *scientia juris*.<sup>109</sup>

O reconhecimento da importância do caso concreto para a determinação da solução jurídica aplicável reintroduz, como diretriz geral, a ideia de equidade e do retorno ao juízo na atuação do Direito.<sup>110</sup> Há que se atender, em cada caso, às exigências impostas por uma Constituição onipotente. Sob tais condições, próprias da contemporaneidade, renasce a equidade como postulado metodológico da ciência jurídica.<sup>111</sup>

Não prosperou, analisa-se em retrospectiva, o projeto de transformar o direito em um saber apodíctico,<sup>112</sup> organizado à moda das ciências da natureza, *more geométrico*.<sup>113</sup> Ressurge dessarte, a forma dialética como lógica na argumentação discursiva do juízo do provável em oposição à ciência demonstrativa do verdadeiro.<sup>114</sup>

<sup>108</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003, p. 14-8.

<sup>109</sup> As duas formas de conceber o direito, como ensina Zagrebelsky, a *scientia juris* constitui uma racionalidade formal e especulativa, presidida por oposições qualitativas, verdadeiro ou falso, tudo ou nada. A *prudentia juris* é orientada aos conteúdos, tem natureza prática e segue a lógica do menos ou mais apropriado, oportuno, adequado ou produtivo. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 123 e 147.

<sup>110</sup> Após a segunda Guerra, manifesta-se uma sensibilidade nova para a problemática do juízo o que significou um redespertar claro para a formação do comando judicial. Segundo Picardi “o retorno do juízo que se propõe é na verdade um resgate da complexidade do fenômeno processual e da legitimidade da discussão entre os participantes da decisão para a sua formação e racionalidade.” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.140-141).

<sup>111</sup> Trata-se, a bem dizer, de uma faceta importante do resgate do direito como *prudentia*. Eros Roberto Grau trata do renascimento da equidade, rebatizada de “proporcionalidade” ou “razoabilidade”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 193).

<sup>112</sup> Como sabido, afirma Picardi “Aristóteles distingue a ‘apodíctica’, ou ciência demonstrativa e verdadeira da ‘dialética’, ou argumentação discursiva e provável.” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.45).

<sup>113</sup> A concepção racionalista ainda se faz presente em muitas áreas. Ovídio Baptista da Silva sustenta, convincentemente, que ainda partem dela as diretrizes que orientam a nossa legislação processual e o saber dogmático produzido em torno dela, com efeitos deletérios diversos. O racionalismo moderno, com seu direito *more geométrico*, não foi abandonado pelo processo. SILVA, Ovídio Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 – Prefácio e introdução sintetizam a tese desenvolvida na obra.

<sup>114</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.45.

Nesta perspectiva, a pós-modernidade mostra-se como uma época de alteração epistemológica, com a superação dos modelos rígidos, cria do racionalismo iluminista. Como disse Niklas Luhmann, trata-se do ‘iluminismo do Iluminismo.’ A razão toma novos contornos, amadurecidos e realistas.<sup>115</sup>

A transição da demonstração à argumentação segue avançando e, como do resgate à tradição da tópica e da retórica, deve-se tributo aos trabalhos publicados por Theodor Viehweg, sobretudo *Topik und jurisprudence*, de 1953, traduzido para o português sob o título *Tópica e jurisprudência*.<sup>116</sup>

À guisa de remate, antes de seguir para a análise das expressões técnicas que se assomam nesta fase, convém destacar o estreito vínculo entre estes diversos fenômenos e o reconhecimento da necessidade de atender as exigências do caso concreto, afastando-se da aplicação a qualquer preço, a regra positivada.

A normatividade da Constituição impõe com seus princípios e direitos fundamentais, parâmetros com os quais se dimensionam as soluções do legislador infraconstitucional. Essa nova ordem de coisas trouxe uma perspectiva renovada para as normas jurídicas, tornando-as em múltiplas espécies (regras, princípios e postulados), as quais devem ser trabalhadas de acordo com os fatos, para só a partir daí ser extraída a norma concreta. Entretanto, a existência da formação do texto legal a partir de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados ou normativos, ao que tudo indica, só aumenta o grau de dificuldade de se operar estes ferramentais jurídicos.<sup>117</sup>

Dessarte, esses mecanismos dogmáticos precisam ser controlados, sintático/semanticamente a fim de se alcançar as dimensões linguísticas em que podem ser operados. Identifica-se, portanto, como um dos problemas da discricionariedade judicial, objeto deste estudo, justamente o manuseio incorreto dos textos normativos processuais abertos (expressões técnicas do direito flexível).

---

<sup>115</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito, op. cit., p. 27. Como avaliado por Judith Martins-Costa, a “razão tem sido rejeitada quando tomada como uma sinédoque: à palavra ‘razão’ parece ter sido colocada a etiqueta da razão cartesiana, ou da razão formal, submetida exclusivamente à jurisdição da lógica formal, ou da razão instrumental, ocupada com os meios, e não com os fins” (MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil, op. cit., p. 32).

<sup>116</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1979.

<sup>117</sup> MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, ano 81, v. 680, p. 47-58, jun. 1992.

#### 2.2.4 Expressões técnicas no direito flexível: entre cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados ‘versus’ regras e princípios

A profusão normativa com textos abertos demanda do julgador uma atitude proativa de construção da norma a partir do caso concreto. Por evidência, desfoca-se da ideia de que os textos já contenham, *a priori*, a regra reguladora das condutas.<sup>118</sup>

Por consequência, a flexibilização toma formas as mais variadas. O avanço da jurisdição constitucional já traduz, de certa maneira, um movimento nesse sentido. A lei não se aplica a todo custo. Se transbordar dos lindes constitucionais, haverá de ser posta de lado.

O tecido normativo com margens de abertura segue com objetivo de adaptar-se ao caso concreto e manter-se atual. Ademais, com o passar do tempo, lhe são incorporadas outras técnicas legislativas de flexibilização.

A cultura jurídica, por sua vez, está empenhada em analisar as diversas formas de abertura da lei e a prospectar sutis, mas nem sempre claras, distinções como conceitos-válvula, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e discricionários, vulgarizados na expressão ‘vagueza da norma’, embora seja unânime que se trata de um complexo de técnicas por meio das quais se acaba por delegar ao juiz escolhas que o legislador não pôde ou não quis fazer. Portanto, deixa-se margem para um melhor controle semântico.<sup>119</sup>

Consequentemente, a falta de adequado controle dos significados e objetivos que se visam a alcançar com essas técnicas é uma das causas do desbordo no momento de se operacionalizar os ferramentais dispostos ao poder do julgador.<sup>120</sup>

Já partindo para o que toca a este tópico, é possível estabelecer que as expressões técnicas das espécies de formas normativas podem ser sistematizadas esquematicamente em dois grandes grupos a partir da metódica legislativa adotada, quais sejam: *a)* casuísta, cujo produto é a norma jurídica compreendida como um comando pelo qual se descreve uma

---

<sup>118</sup> Apud PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.1.

<sup>119</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.5-7.

<sup>120</sup> Da percepção extraída de Moussallem verifica-se que um dos critérios identificadores do conhecer científico é justamente baseado no grau da precisão linguística empregado pelos actantes no comunicativo. De se estabelecer como linha de princípio que “o conhecer científico” impõe linguagem de rigor terminológico, livrando-se sobretudo da vagueza dos signos com fito de outorgar a precisão inerente a este tipo de conhecimento e permitir a escoreita comunicação entre os que habitam este mundo. MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006. Capítulo II: Sobre os Conceitos de Direito e Sistema, 2006, p. 11-20.

determinada situação fática (*fattispecie*, tipo, hipótese de incidência, preceito primário) à qual se vincula certa repercussão (consequente, dispositivo, sanção, preceito secundário); e b) cláusulas gerais, cuja margem de liberdade para a formação da norma está tanto no antecedente quanto no consequente.<sup>121</sup>

Existem, contudo, variações na rigidez dos textos legais, aqui denominadas técnicas da flexibilização dos textos normativos, que podem ser sistematizadas, esquematicamente, em três espécies: (i) preceitos flexibilizadores pontuais, de perfil casuístico; (ii) normas de textura aberta, em geral, conceitos jurídicos indeterminados e normativos; e (iii) cláusulas gerais.

Por uma questão de praticidade, porém equivocadamente, é comum os operadores do direito vincularem diretamente forma ao conteúdo (sentido extraído a partir de um texto). Assim, extrai-se: a) da primeira forma, regras casuísticas, gera a norma do tipo ‘regra jurídica’; e b) da segunda forma, cláusulas gerais, gera a normas do tipo ‘princípios jurídicos’.<sup>122</sup>

Embora calhe registrar que este mecanismo, na maior parte das vezes, culmine no acerto entre forma e conteúdo, ou seja, textos legais tipologicamente fechados encerrem ‘normas-regras’ e textos legais tipologicamente abertos encerrem ‘normas-princípios’, o avanço dos trabalhos da Ciência do Direito, como metalinguagem sobre o Direito,<sup>123</sup> já evidenciam as distinções que seguirão pontuadas nos próximos tópicos.

Verificando que, justamente a falta de controle destas técnicas legislativas (formas) e de espécies normativas (conteúdo) geram incertezas e falta de controle, é que se empreende um estudo destes dois pontos, nos tópicos seguintes para os fins de diferenciá-los.

---

<sup>121</sup> MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, ano 81, v. 680, p. 47-58, jun. 1992.

<sup>122</sup> VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.113.

<sup>123</sup> Ser metalinguagem é posição relativa, pois uma linguagem utilizada para analisar outra, embora se apresente como metalinguagem, pode ser linguagem-objeto com relação a outra que a ela se refira. Segundo Warat: “O que se diz em uma linguagem pode ser analisado em sua metalinguagem, que, por sua vez, pode ser objeto de uma nova análise em outra linguagem.” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.p. 48-49).

### 2.2.5 Entre as formas dos textos normativos: o tecido legislativo apresenta variadas margens de abertura entre conceitos jurídicos indeterminados<sup>124</sup> e cláusulas gerais

A norma jurídica é tradicionalmente compreendida como um comando pelo qual se descreve uma determinada situação fática (*fattispecie*, tipo, hipótese de incidência, preceito primário) à qual se vincula certa repercussão (consequente, dispositivo, sanção, preceito secundário), reduzível, à técnica do “se, então”. Esta perspectiva constitui-se de uma proposição hipotética, “na qual se prevê um fato (F) ao qual se liga uma consequência (C), de conformidade com o seguinte esquema: *Se F, então C*.<sup>125-126</sup>

Para além da mera descrição da hipótese e do dispositivo, há a necessidade de ambos serem vazados em termos precisos. A hipótese desenhada em linguagem fechada, com a delimitação clara do modelo do fato a que alude. O dispositivo teria que conter uma específica indicação da consequência jurídica a ser imposta no caso de se verificar a ocorrência do fato ideado no tipo, tudo em conformidade com a técnica de regulamentação casuística, conforme lecionada por Judith Martins-Costa.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> Eros Roberto Grau considera que a indeterminação não seria dos conceitos, mas de suas expressões (de seus termos, de ordem semântica, v.g. urgência, justo preço, boa-fé). Assim, Grau esclarece que: “eis que o conceito jurídico terá sempre um significado. Ou o conceito contém um mínimo de conteúdo determinável ou se não possui, não é conceito.” (GRAU, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.18). Em relação aos conceitos indeterminados, Maurício Requião explica que o conceito é o significado que se pretende representar a partir do uso de um signo, palavra ou expressão. A definição, por sua vez, é a sua explicação. Citado autor menciona a divergência entre os doutrinadores sobre definição de conceitos vagos, destacando as posições de Eros Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello: “Para Eros Grau a indeterminação estaria no termo, ou seja, na palavra, no signo que expresso o conceito. Alega o autor que não há que se falar em conceitos indeterminados, já que um conceito é justamente uma suma determinada de ideias sobre alguma coisa, sendo que se não possuir esta característica não chega sequer a um conceito. Já para Celso Antônio a indeterminação reside no próprio conceito. Argumenta que se a imprecisão fosse da palavra bastaria a sua substituição por outra para que se resolvesse o problema da indeterminação daquilo que se quis comunicar. Entretanto, afirma o autor, tal não é possível, pois há conceitos, como urgente e interesse público, que são indeterminados não por conta do termo que os representa, mas sim por conta do próprio conceito daquilo que representam.” (REQUIÃO, Maurício. Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 35).

<sup>125</sup> Verifica-se um arranjo estruturado de “maneira binada, articulando logicamente dois elementos que denominamos, respectivamente, *hipótese* ou *fato-tipo* (*Tatbestand*, em alemão; *fattispecie*, em italiano); e dispositivo ou preceito (*Rechtsfolge*; *disposizione*). REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 93.

<sup>126</sup> REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, op. cit., p. 100. Esclarece, contudo, Reale que tão somente as normas de conduta se estruturam em juízos hipotéticos (Ibid., p. 93-96). Aquilo “que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser *uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*” (Ibid., p. 95).

<sup>127</sup> “Nota-se nas normas uma perfeita especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*. O legislador fixa, de modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos, de modo que, em face da tipificação de condutas, que promovem, pouca hesitação haverá do intérprete para determinar o seu sentido e alcance. Este poderá aplicar a norma mediante o

Certo nível de flexibilidade, entretanto, poderia ser obtido mediante estipulação de alternativas no preceito ou pela positivação de uma regra, que comportasse algumas exceções. Exemplo de flexibilização tópica dentro da técnica casuística pode ser observado no procedimento da liquidação de sentença provisória, onde o legislador, primeiro controla o antecedente e o conseqüente, para ao após, casuisticamente, flexibilizar por intermédio das exceções.<sup>128\_129</sup>

Em suma, opta-se pela adoção de regras ou conjunto de regras que apresentem opções para o julgador, porém reduzidas as hipóteses de regras e exceções dentro do próprio sistema normativo, ou seja, *a priori*, os normativos concedem uma margem de liberdade ao julgador, todavia controlável e operável dentro do sistema de textos das normas.

Esta técnica mantém a chama da esperança de que o legislador pudesse operar no sentido de manter a segurança jurídica<sup>130</sup> por intermédio de normas, cujos sentidos pudessem ser antecipados do próprio texto normativo.<sup>131</sup>

O primeiro impulso em sentido contrário, decorre justamente da percepção de que, em certos pontos, a regra contém um grau de indefinição irreconciliável com o modelo típico da regulação que singularizava aquelas codificações oitocentistas.

---

processo mental conhecido como subsunção. Há uma espécie de prefiguração, pelo legislador, do comportamento marcante, a ser levado em conta pelo intérprete, uma vez que o legislador optou por descrever a factualidade”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistemática e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 297.

<sup>128</sup> Assim é a regra de acordo com o CPC/2015: “art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: [...] IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.”

<sup>129</sup> Por sua vez, a exceção CPC/2015: “art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: I - o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem; II - o credor demonstrar situação de necessidade; ~~III – pender o agravo fundado nos incisos II e III do art. 1.042;~~ III – pender o agravo do art. 1.042; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência).”

<sup>130</sup> “Não há como negar a relação entre a rigidez das formas processuais e as garantias de liberdade. Tanto é que Vittorio Denti, ao escrever sobre ‘*Il processo di cognizione nella storia delle riforme*’, lembrou que Chiovenda, em uma de suas mais famosas conferências (*Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, 1901), não apenas sublinhou a necessidade das formas como garantia contra a possibilidade de arbítrio do juiz, como ainda deixou clara ‘a estreita ligação entre a liberdade individual e o rigor das formas processuais’. Vittorio Denti, *Il processo di cognizione nella storia delle riforme, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, p. 808. Apud (MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz, *Revista de processo*, n. 127. São Paulo: RT, 2005).

<sup>131</sup> ‘Houve um tempo em que tranquilamente se assentou na ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais [...]. Esse tempo foi o do iluminismo.’ (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 206).

A abertura para expressões tais como ‘mulher honesta’, ‘boa-fé’ e, mais avante no processo civil, ‘risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação’ e ‘razões de segurança jurídica ou de interesse social’ fez soçobrar a embarcação da certeza jurídica diante de normas de textura aberta, cuja positivação, muito mais que a alteração do modelo casuístico, rende uma mudança na metodologia jurídica.

Deixa-se claro que o tema ‘conceito jurídico indeterminado’, conquanto não seja exclusivo do direito processual, acaba por aflorar no processo. A problemática da indeterminação é do Direito. O tema da indeterminação das normas abertas é um tema afeito à teoria do direito, inclusive, são muitos os sinônimos para a expressão ‘conceitos indeterminados’, como ‘normas abertas’, ‘conceitos vagos’, ‘conceitos imprecisos’ e ‘regras legais abertas’.

É possível compreender, no entanto, a indeterminação do direito em subsistemas, no caso o subsistema processual. Neste contexto, a delimitação do tema está em como proceder para substanciar esses conceitos, que não têm uma determinação prévia num ambiente processual.

Em decorrência dos seus desdobramentos e da utilização do termo ‘conceito jurídico indeterminado’ no texto do Código de Processo Civil de 2015 *v.g.* artigo 489, §1º, II,<sup>132</sup> ao que tudo indica, teve o claro objetivo de adotar o termo como gênero de todas as espécies de norma de textura aberta,<sup>133</sup> portanto, aqui, se abordará uma conceituação com o aporte teórico da Ciência do Direito.

É neste cenário que nos deparamos com diversos modos de expressão legislativa como as cunhadas por Karl Larenz que são: “molde a fazer com que o julgador (o órgão

---

<sup>132</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; [...]”

<sup>133</sup> Ao que tudo indica, não quis o legislador tratar da fundamentação dos graus de indeterminação, mas sim da motivação e preenchimento das normas de textura aberta. Tanto isso é verdade que na redação original do projeto de lei do Senado Federal, o art. 477, parágrafo único, trazia referência às três categorias normativas: conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos. Assim, *v.g.* “Art. 477. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas.” Entretanto, o que resultou do texto foi o art. 489, §1º, II do CPC.

aplicador do Direito) adquira autonomia em face da lei e a mantenha atualizada frente às constantes mudanças nas estruturas sociais.”<sup>134</sup>

A vagueza dessas normas é tão evidente quanto notável, consoante leciona Judith Martins-Costa, para quem os conceitos jurídicos indeterminados são termos intencionalmente vagos e imprecisos utilizados, muitas vezes, na criação da hipótese legal.<sup>135</sup>

Por sua vez, Karl English, que serviu de fonte para quase tudo que se produziu quanto a esta tipologia das formas de produção do texto legislativo, ensina que os conceitos jurídicos, podem ser subdivididos em: indeterminados, normativos e discricionário.<sup>136</sup>

Dessa afirmativa pode-se extrair: *a)* conceito indeterminado é aquele cujo conteúdo e extensão são, em larga medida, indeterminados; *b)* conceitos normativos são os que fazem referência a específicas ideias valoradoras do Direito. “Por isso radicam o seu teor de sentido nas normas”; e *c)* conceito discricionário são os que deixam uma margem de escolha ao aplicador da norma.

Para arrematar a ideia, o autor explicita que os conceitos jurídicos indeterminados são os opostos de conceitos jurídicos determinados, ao passo que o reverso de conceitos jurídicos normativos são os descritivos.<sup>137</sup>

Entretanto, percebe-se que utilizando a expressão conceitos indeterminados como gênero (*lato sensu*), são aqueles cujo sentido pede do aplicador uma ‘explícita’ determinação. Como vimos, no modelo hermenêutico baseado nas normas de textura aberta, exige-se do julgador uma margem interpretativa aumentada.

Para explicar essa ‘liberdade decisória’, a teoria jurídica desenvolve uma série de conceitos (categorias) referentes à metódica da legislação no sentido de que relaxando o texto legal, tendo em vista a ampliação das chances decisórias, relaxa também a vinculação do juiz

---

<sup>134</sup>LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 209.

<sup>135</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 286.

<sup>136</sup>De acordo com English “podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito. Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 207.

<sup>137</sup>ENGLISH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 207.

aos parâmetros legais estritos (lei). Fala-se assim em: conceitos indeterminados, normativos e em discricionariedade.

Essas categorias advindas do conceito indeterminado (*lato sensu*), segundo o que restou convencionado, são: *conceitos descritivos* (também chamados empíricos), por guardarem referibilidade a objetivos que participam da realidade, como se dá nos conceitos de ‘homem’, ‘morte’ e ‘noite’ e *conceitos normativos* (guardam referência a valores) os quais, se subdividem em: *i) em conceito normativo em sentido estrito* (conexão ao universo normativo representável, a exemplo do conceito de ‘roubo’; e *ii) conceitos normativos de valor* (que simultaneamente mantêm conexão com o universo normativo e a uma valoração), por exemplo os termos ‘indigno’, ‘imoral’ e ‘mulher honesta’.<sup>138</sup>

Porém, enquanto para a maioria dos conceitos há um pressuposto de clareza, nos conceitos indeterminados (*lato sensu*) supõe-se que uma clarificação, por parte do decisor, no momento de aplicação da norma, seja necessária.

Portanto, retoma-se aqui, então, o entendimento de Karl Engisch para desvelar os conceitos discricionários, “espécie do grupo conceitos indeterminados, em que se privilegia o esclarecimento do conceito de discricionariedade na sua estrutura dogmática sob o ângulo visual do ‘direito dos juristas’.”<sup>139</sup>

O autor reconhece também “conceitos discricionários são os que condicionam e postulam uma particular posição ou atitude do funcionamento administrativo ou do juiz”, mas adverte que não apenas a indeterminação e a normatividade geram um conceito discricionário. Para o autor, deve haver algo a mais.<sup>140</sup>

O algo mais a que se refere diz respeito a uma possibilidade jurídica, a um poder que, por meio da própria lei o agente administrativo ou o juiz estará habilitado a proferir uma decisão correta. É uma delegação de poder para se tomar uma decisão que o legislador não tomou ele mesmo, mas remeteu ao agente ou ao juiz “porque só pode ser tomada

---

<sup>138</sup> SOUSA, Antônio Francisco de. Conceitos indeterminados no Direito Administrativo. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p.12-36.

<sup>139</sup> ENGISH, Karl, Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 218-220.

<sup>140</sup> ENGISH, Karl, Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 215-216

considerando os factos e circunstâncias que apenas, *in concreto*, podem ser descobertos”, de acordo com Engisch.<sup>141</sup>

É como se o legislador, cômico da generalidade dos termos que tem de usar e da impossibilidade de particularizá-los ele próprio sob risco de uma casuística sem fim, convocasse o aplicador para participar da configuração do sentido adequado.<sup>142</sup>

A questão que ainda remanesce no debate sobre o conceito de discricionariedade, considerada por Engisch, é a que diz com o “espaço de livre apreciação” e a ideia de decisão justa, que, segundo este autor, refere-se ao conceito de “discricionariedade vinculada”. Essa vinculação refere-se ao escopo e ao resultado da decisão como o único ajustado, em conformidade com todas as diretrizes jurídicas, ao lado de uma cuidadosa consideração de todas as “circunstâncias do caso concreto”.<sup>143</sup>

O tema discricionariedade judicial, contudo, será desvelado em capítulo próprio de pesquisa, especificamente o terceiro capítulo e aqui abrem-se parênteses para referenciar que, sendo profunda a celeuma que o envolve, veio a este ponto, apenas como ponte para se antepor o referencial teórico que se adota, mas considerando que é o cerne do objeto pesquisado, merece aprofundamento adequado.

Retomando a proposta de classificação de Engisch quanto a estas espécies normativas, esclarece que a cláusula geral é uma espécie de texto, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa.<sup>144</sup>

É de Judith Martins-Costa uma das mais célebres sistematizações das cláusulas gerais, razão pela qual optamos por colacioná-la:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu

---

<sup>141</sup> ENGISH, Karl, Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 219-220

<sup>142</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. Ciência do Direito. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 41.

<sup>143</sup> ENGISH, Karl, Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 220

<sup>144</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 303-306.

campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemento ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja a concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.<sup>145</sup>

A distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados é exposta com muito agudeza, ainda, por Rodrigo Mazzei, segundo o qual, a cláusula geral demandará do julgador mais esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado além de preencher o vácuo que corresponde a uma abstração (indeterminação proposital) no conteúdo da norma também é compelido a fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. Por sua vez, o conceito jurídico indeterminado requer um labor mais reduzido, pois o julgador ao efetuar a valoração do enunciado abstrato já pode aplicar a consequência pré-determinada pelo legislador.<sup>146</sup>

Em sentido semelhante, mas partindo de outra perspectiva, Didier afirma que há uma relação próxima entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, mas para ele: “cláusula geral é técnica de redação de enunciado normativo; conceito juridicamente indeterminado é elemento de texto normativo.”<sup>147</sup>

Percebe-se do exposto que essa técnica legislativa é, em última análise, a que concede maior flexibilidade ao ordenamento, na medida em que aumenta sobremaneira o poder criativo da atividade jurisdicional.<sup>148</sup> As sobreditas cláusulas gerais e conceitos jurídicos

<sup>145</sup> MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, ano 81, v. 680, p. 47-58, jun. 1992.

<sup>146</sup> MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais> In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reflexos do Novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 34.

<sup>147</sup> Um enunciado normativo costuma ser composto de duas partes: a hipótese fática, em que se descreve a situação regulada pela norma, e o consequente normativo, em que se imputa um determinado efeito jurídico ao fato jurídico ali descrito. Para Didier “não é raro que, na elaboração de textos normativos, o legislador se valha de conceitos juridicamente indeterminados, com o claro propósito de transferir ao órgão jurisdicional a tarefa de concretização do sentido dessas expressões, caso a caso. [...] Há situações em que a indeterminação do texto normativo é ainda maior. Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa. [...] Por exemplo, o texto que regula a exigência de repercussão geral para o recurso extraordinário não é uma cláusula geral, porque, nada obstante a indeterminação da hipótese fática, o consequente normativo está claramente determinado pelo legislador: se houver repercussão geral, o recurso deve ser conhecido; se não houver repercussão geral, o recurso deve ser inadmitido.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Editorial 107 em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-107/>>). Acesso em 03/04/2020.

<sup>148</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. São Paulo: RT, 2009.

indeterminados, se não trabalhadas adequadamente, põe a embarcação da segurança jurídica, que outrora navegava sobre a maré da certeza de que os textos legais encerravam o conteúdo completo das normas, a pique.

Já se antecipa aqui, portanto, a conclusão de que a cláusula geral é uma espécie de texto normativo.<sup>149</sup> Não se deve, por conseguinte, confundir forma com conteúdo normativo (regra, princípio e postulado).<sup>150</sup>

Ocorre que a existência de cláusulas gerais rompe com o tradicional modelo de tipicidade estrita que estrutura o processo civil do século XX.<sup>151</sup> Por isso a necessidade, em passo seguinte, de se controlar as espécies normativas, haja vista estarem estas para o conteúdo normativo, como estão as normas de textura aberta para o texto normativo.

### **2.2.6 Os conteúdos normativos: as espécies normativas encerram objetivos distintos**

Hodiernamente quando alguma análise envereda pelos tipos normativos que compõem um dado ordenamento jurídico recebe decisiva influência das posições pós-positivistas de Ronald Dworkin e de Robert Alexy<sup>152</sup> sobre a distinção entre princípios e regras, cujos ensinamentos doutrinários são utilizados como marco teórico para o estudo dos princípios.<sup>153</sup>

<sup>149</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais online/ Thomson Reuters, vol. 187, p. 69, setembro de 2010.

<sup>150</sup> Cláusula geral é um texto jurídico; princípio é norma. São institutos que operam, segundo Didier “em níveis diferentes do fenômeno normativo. Um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Mas a cláusula geral é texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma regra. Da cláusula geral do devido processo legal é possível extrair a regra de que a decisão judicial deve ser motivada, por exemplo.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Editorial 107 em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-107/>>). Acesso em 03/04/2020.

<sup>151</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais online/ Thomson Reuters, vol. 187, p. 69, set de 2010.

<sup>152</sup> Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas obras serão referidas mais adiante, são os principais responsáveis pela centralidade dos princípios na teoria do direito atual. A teoria da integridade de Dworkin afasta a tese positivista da separação entre Direito e Moral e adota um conceito de moralidade da qual podem derivar princípios jurídicos utilizados para resolver os casos difíceis. (DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes; 1999). Em sua teoria do direito, Alexy adota uma teoria débil da conexão entre Direito e Moral. ALEXY. Na teoria da argumentação jurídica, Alexy formula a tese da argumentação jurídica como caso especial da argumentação moral e prática geral. Partindo de premissas distintas, entretanto a eles que se deve a distinção forte entre princípios e regras, baseada na estrutura da norma, passo indispensável na elevação dos princípios à condição de espécie normativa. ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy; 2005, p. 12.

<sup>153</sup> A ‘idade de ouro’ dos princípios”. No original: “*En las dos últimas décadas, el tema de los principios ha adquirido una importancia notable en el campo de la teoría general o de la filosofía del derecho, a tal punto que con justicia se ha podido hablar de una nueva ‘edad de oro’ de los principios*”. VIGO, Rodolfo L. *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: De Palma, 2005, p. 1. Tradicionalmente, os princípios são distinguidos das regras a partir de três critérios: (i) vagueza; (ii) tudo-

Direto ao ponto central, a qualificação dos princípios como normas jurídicas materializa o elemento estruturante do renovado papel que lhes é atribuído na Ciência do Direito. Como afirma, categoricamente, Eros Grau os “princípios, todos eles: os explícitos e os implícitos, constituem norma jurídica”.<sup>154</sup> Assim, norma jurídica é gênero, da qual são espécies: regras, princípios e postulados.<sup>155</sup>

Em inspirador trabalho Humberto Ávila estabelece, valendo-se das premissas lançadas por Dworkin e Alexy, o seu modelo de distinção das espécies normativas a partir: *i*) dos critérios da natureza do comportamento prescrito; *ii*) da justificação exigida; e *iii*) medida de contribuição para a decisão:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. [...] Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. [...] Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas.<sup>156</sup>

---

ou-nada (all-or-nothing) de Dworkin; *iii*) dimensão de peso ou importância de Alexy. Pelo primeiro critério verifica-se a indeterminação semântica da norma, ou seja, os princípios são textos semanticamente mais abertos que as regras. Pelo segundo postula-se que as regras, diferentemente dos princípios, ou são válidas e se aplicam ou não são válidas e não se aplicam, assim eventual conflito entre regras se resolve no campo da validade. Os princípios não se sujeitam a esse raciocínio, pois mesmo quando um princípio é aplicável apenas aponta um estado de coisas (razões) que devem ser buscadas. Por último, quanto a dimensão de peso ou importância, estabelece-se que as regras, se válidas, são aplicáveis as hipóteses por ela previstas e não se pode dizer que uma regra é mais importante ou tem maior peso que a outra. Entretanto, os princípios, são aplicados segundo o seu peso. No caso de colisão prevalece o que tem maior peso. O professor Alexy defende, entretanto, que as teses *i*) e *ii*) são fracas e, por isso, não podem sem o auxílio de outras identificar princípios, consoante citado por Samuel Meira Brasil Jr. BRASIL Jr, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo*. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 88).

<sup>154</sup> GRAU, Eros, *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*, op. cit., p. 49.

<sup>155</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30.

<sup>156</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 78, 78-90 e 122. Na sistematização do teórico, as seguintes figuras constituem o rol de postulados aplicativos: ponderação, concordância prática, proibição do excesso, igualdade, razoabilidade como equidade, razoabilidade como congruência, razoabilidade como equivalência, e proporcionalidade (Ibid., p. 142).

É com isso dizer, quanto ao modo que prescrevem o comportamento: a) regras: são normas imediatamente descritivas, posto que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição de conduta a ser cumprida; e b) princípios: são normas imediatamente finalísticas, posto que objetivam um estado de coisas cuja promoção é gradual, pois depende dos efeitos decorrentes da adoção de certo comportamento a ela necessário.<sup>157</sup>

Por conseguinte, Ávila conclui que por meio das regras, busca-se o controle de condutas, mediante previsão de comportamentos é, noutra giro, a função maior dos princípios é a orientação na realização de fins específicos.<sup>158</sup>

Nessa medida, poder-se-ia estabelecer, de acordo com o autor em referência, que quanto ao modo que contribuem para a decisão: a) regras: são preliminarmente decisivas e abarcantes uma vez que, com pretensão de englobar todos os aspectos relevante das condutas, tem aspiração de antecipar uma solução; e b) princípios: são preliminarmente complementares pois não tem a pretensão de gerar uma solução específica para a tomada de decisão, mas sim de contribuir, ao lado de outros fundamentos, para a decisão.

Ao manejar regras o aplicador lida com os meios para se regular condutas, enquanto aplicando princípios, os fins são o seu alvo. Por essa razão há uma alteração quanto à justificação que exigem: a) regras: impõe uma avaliação de correspondência entre os fatos e a construção conceitual da norma (antecedente e consequente); e b) princípios: demandam a avaliação da correlação entre o estado da coisa pretendido (fim) e os efeitos decorrentes da conduta necessária (meio).<sup>159</sup> Um quadro esquemático é proposto pelo próprio Ávila e, como sintetiza todas as ideias, justifica colacioná-lo, tal qual concebido pelo autor:<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios..., op. cit., p. 226.

<sup>158</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios..., op. cit., p. 226.

<sup>159</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios..., op. cit., p. 226.

<sup>160</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios..., op. cit., p. 102

	<b>Princípios</b>	<b>Regras</b>
<b>Dever imediato</b>	Promoção de um estado ideal de coisas	Adoção de conduta descrito
<b>Dever mediato</b>	Adoção da conduta necessária	Manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores
<b>Justificação</b>	Correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas	Correspondência entre o conceito de norma e o conceito de fato
<b>Pretensão de decidibilidade</b>	Concorrência e parcialidade	Exclusividade e abarcância

Essas considerações nos remetem aos ensinamentos de Tércio Ferraz Sampaio Júnior que, em razão de sua estreita conexão com a ideias da Ávila, merecem ser abordados, pois afirma que a carga de responsabilidade pela tomada de decisão (atividade jurisdicional), pode ser programada procedimentalmente: (i) fixando-se previamente os meios (regras), e com isso, as consequências ficam dependentes de sua observância (em aberto); ou (ii) fixando-se as consequências (fins) a serem atingidos e, nesta hipótese, os meios (ficam em aberto).<sup>161</sup>

Conclui o autor que na programação condicional (quando o que se objetivado do julgador é a observância do meios) a responsabilidade do decisor é pelo correto uso e aproveitamento dos meios, “se a consequência é atingida ou não, se há a ocorrência de desvio porque se objetiva uma finalidade, mas se obteve outra, o decisor não pode controlar, pois não era este seu objetivo”.<sup>162</sup> Em outras palavras, quando se objetiva segurança jurídica, o legislador prima por normas (meios) que precisam ser observados para se alcançar os fins.

Por outro lado, na programação finalística o decisor visa a alcançar fins, por isso suporta toda a carga de uma correta busca de meios, abrindo o sistema para que o próprio julgador promova os meios pelos quais os fins serão alcançados, posto que nesse caso o

<sup>161</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 320/321. Esta ideia está lançada aqui para ser, em momento seguinte, mais bem explicitada, mas se antecipa que guarda pertinência com objeto do estudo (níveis de controle da discricionariedade judicial processual), haja vista que fica claro que quando os critérios são fracos a discricionariedade é forte. Tradicionalmente, a discricionariedade judicial é trabalhada nestes dois sentidos (forte e fraco), retome-se.

<sup>162</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. op. cit., p. 320/321.

objetivo do legislador são os fins, havendo entre meios e fins uma solidariedade não ignorável.<sup>163</sup>

É justamente neste sentido que os postulados normativos aplicativos interagem entre regras (meios de se atingir um fim) e princípios (fins que devem ser alcançados por meios), estruturando a interpretação e a aplicação mediante exigência de critérios. Assim, são normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas ou normas de segundo grau, uma vez que metodicamente sobrejacentes e situadas no metanível aplicativo.

As regras e os princípios são normas objeto de aplicação em primeiro nível, portanto, operam no mesmo nível, pois incidem sobre os fatos, mas os postulados aplicativos orientam a aplicação das outras normas (segundo nível). Desta forma, os destinatários das normas de primeiro grau serão aqueles sobre os quais elas incidirão (jurisdicionados), enquanto os destinatários das normas de segundo grau são os seus aplicadores (juízes).<sup>164</sup>

Nesse sentido, Ávila afirma que “as normas de segundo grau, redefinidas como postulados normativos, diferenciam-se das regras e dos princípios quanto ao nível e quanto à função.” Os princípios e as regras são objeto da aplicação, já os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras. Enquanto princípios e regras servem para determinar condutas (obrigatórias, permitidas e proibidas), ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras normas.<sup>165</sup>

Essas espécies normativas visam estruturar a aplicação de outras normas diante de antinomias contingentes e concretas. São postulados dessa ordem a ponderação, a proibição de excesso, a concordância prática, a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade. Pela importância que ganhou no cotidiano forense, merece destaque o postulado da proporcionalidade ante a correlação com o tema em estudo.

A proporcionalidade serve para a estruturação da aplicação de princípios e regras, especialmente de princípios, e tem por objetivo aferir a justa relação entre meio e fim. Sem relação entre meio e fim a proporcionalidade não tem qualquer utilidade: determinada restrição (meio) é sempre proporcional em relação à promoção de determinado estado de

---

<sup>163</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. op. cit., p. 320/321.

<sup>164</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios..., op. cit., p. 210/211.

<sup>165</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios..., op. cit., p. 179.

coisas (fim). Essa é a razão pela qual a proporcionalidade serve, muitas vezes, para estruturar a aplicação de princípios colidentes.<sup>166</sup>

O exame da proporcionalidade na aplicação das normas exige a consideração dos três elementos que a compõem: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. É preciso saber se o meio escolhido promove o fim (adequação), se existem meios concorrentes que promovem igualmente o fim sem promover de forma tão intensa a restrição dos direitos envolvidos no caso (necessidade) e se a importância da realização do fim justifica a intensidade da restrição aos direitos fundamentais (proporcionalidade em sentido estrito).<sup>167</sup>

Ao fim e ao cabo, fica evidente a diferenciação entre a estrutura da norma (texto) e suas funções, objetivos, de modo que já é possível lançar algumas conclusões quanto a este ponto. Por consequência, é o que faz na próxima parte da pesquisa.

### **2.2.7 O vínculo entre o plano estrutural e funcional das normas: as funções da norma, de forma fraca, estão vinculadas à sua estrutura, mas de forma forte, depende da sua aplicação e, correlação com o tema ‘discricionariedade judicial’.**

Até aqui, a pesquisa buscou evidenciar que uma das formas de se estabelecer o controle sobre a aplicação da norma é, justamente, tratar de controlá-la seja estabelecendo as necessárias distinções no plano estrutural (sintático), seja mostrando critérios no plano funcional (semântico e pragmático).<sup>168</sup>

Assim, restou assentado que cláusula geral é um texto jurídico que se implementa por uma técnica legislativa, princípio é norma. Tais institutos operam em diferentes níveis do fenômeno normativo. Um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. E arremata Didier: “mas a cláusula geral é texto que pode servir de

<sup>166</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 98.

<sup>167</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 294-207.

<sup>168</sup> Em suma, em consonância com a teoria geral dos signos; semiologia e semiótica tomadas como sinônimo para designar a teoria geral dos signos; podemos estabelecer três planos de investigação dos sistemas de signos enquanto unidade de um sistema que permite a comunicação - linguagem: (i) sintático; (ii) semântico e; (iii) pragmático. Por plano sintático entende-se o plano da relação dos signos entre si, ou seja, os vínculos que se estabelecem entre eles quando estruturados em um discurso. Em outra linha, na semântica estuda-se a relação dos signos com a realidade que ele exprime (suporte físico e significado). No plano pragmático estabelece-se a relação dos signos com os utentes da linguagem, isto é o modo como os emissores e os destinatários lidam com o signo no contexto comunicacional, ou seja, em termos de produzir mensagem. (GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999).

suporte para o surgimento de uma regra. Da cláusula geral do devido processo legal é possível extrair a regra de que a decisão judicial deve ser motivada, por exemplo.”<sup>169</sup>

Do exposto percebe-se que o juiz deve saber que opera em níveis diferentes quando trabalha com uma cláusula geral, pois está se referindo a um texto (plano estrutural), ao passo que, dando efetividade a um princípio, implementa um objetivo (conteúdo – plano funcional) da norma, por isso são planos distintos.

A busca de correspondência entre esses dois planos ocasiona muita confusão, deixando ao alcance do juiz um largo campo de flexibilidade das normas que pode ser extremamente perigoso às regras do processo, conforme se verá adiante. É com isso que se trabalha nesse capítulo, ou seja, com a necessidade de tracejar as diferenciações necessárias ao correto controle dos fundamentais postos à disposição do operador.

Para Ávila essa distinção baseada no grau de abstração e generalidade é bastante difundida na doutrina do Direito Público, e ela tem provocado duas inconsistências: uma semântica e outra sintática. A inconsistência semântica, segundo o autor “está na impropriedade da definição de princípio com base no elevado grau de abstração e generalidade”, e a principal crítica contra essa ideia “é a de que toda norma, porque veiculada por meio da linguagem, é, em alguma medida, indeterminada, com base em algo que é comum a todas elas: a indeterminação”.<sup>170</sup>

A inconsistência semântica, conclui o autor ocasiona implicações no plano sintático. Muitos autores definem os princípios como sendo normas portadoras de propriedades específicas (elevado grau de abstração e generalidade) e insistem em qualificar de princípios normas que não têm essas propriedades. Não se despreza que haja utilidade nesta ponte entre forma (propriedade estrutural) e conteúdo (propriedade funcional) das normas. Aliás, grosso modo, já se afirmou, uma correspondência entre elas, embora ‘fraca’, no sentido de não resistirem a uma investigação mais profunda.<sup>171</sup>

Reconhece-se, nestes termos, que certas funções desempenhadas pelas normas, ainda que de forma débil, estão vinculadas a sua estrutura.<sup>172</sup> Dessa forma, essas características

---

<sup>169</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Editorial 107 em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-107/>> Acesso em 03/04/2020.

<sup>170</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 110/211.

<sup>171</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 110/211.

<sup>172</sup> VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.125-130.

estruturais não servirão para fixar uma rígida dicotomia entre regras e princípios, mas atuarão como indicadores da função dessas espécies normativas.

Dentro deste cenário estrutural quanto maiores forem a generalidade e vagueza em determinado texto da norma, mais possível será que se esteja frente a um princípio, lado outro, quanto menores suas generalidades e vaguezas, maior a possibilidade que se esteja diante de uma regra. Ou seja, algumas características presentes na morfologia das normas podem estimular a função que estas cumprem no sistema jurídico.<sup>173</sup>

Repisa-se que se trata de uma distinção fraca, mas que serve como um marcador ou indicativo, posto que é plenamente possível extrair tanto regra quanto princípio do mesmo texto normativo. Não é necessário, contudo, se aprofundar neste tema, pois consoante já se expôs no tópico das funcionalidades das espécies normativas, se é possível reconhecer, de plano, que esta não é a melhor forma de identificá-las.

A distinção forte aparece somente no momento de interpretação/aplicação da norma, posto que, é neste ato que se torna possível distinguir com qual funcionalidade o texto normativo fora construído. Enfim, a estrutura das normas estimulará, mas não determinará, o modo de interpretação e aplicação.<sup>174</sup>

Em renovado avanço da ciência processual, notável é a distinção entre o texto normativo e a norma que se constrói a partir dele. Humberto Ávila, baseando-se em Riccardo Guastini, é quem elucida que normas “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação dos textos normativos”.<sup>175</sup>

A tese da distinção forte entre princípios e regras segue a passos largos em ascendência. Luís Roberto Barroso constatou: “distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas.”<sup>176</sup>

---

<sup>173</sup> VALE, André Rufino do. Estrutura das normas de direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2009, p.125-130.

<sup>174</sup> VALE, André Rufino do. Estrutura das normas de direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2009, p.125-130.

<sup>175</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30.

<sup>176</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353.

Daí se afirmar que os textos normativos se constituem no “objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”, em conformidade com lições de Ávila.<sup>177</sup> Não pode haver correspondência biunívoca entre norma e texto normativo, no sentido de que sempre que houver um texto haverá uma norma, posto que operam em níveis diferentes.<sup>178</sup>

Essa concepção, ao que tudo indica, viabiliza uma função clara para cada espécie normativa na metodologia jurídica. Diga-se, só se percebe grande utilidade na discriminação de normas de diferentes espécies quando se reconhece que cada categoria opera, ou deveria operar, segundo uma diferente lógica aplicativa.<sup>179</sup> Arremata Humberto Ávila que cada espécie normativa tem o seu papel no ordenamento, exerce funções e colima finalidades diversas.<sup>180</sup>

Em suma, o ponto fulcral é encontrar o equilíbrio no nível de rigidez cabível no ordenamento jurídico e, sobretudo, a distribuição equilibrada entre normas-regras e normas-princípios, tal que as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica (previsibilidade e objetividade das condutas),<sup>181</sup> e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto, tudo permeado a partir dos postulados que são metanormas que operam visando garantir a esmerada aplicação delas.

Deve estar claro, contudo, que se reconhece que o tema eficácia direta dos princípios, agrega uma nova camada de dificuldade nesses esquemas, mas é realidade do marco neoconstitucionalista.<sup>182</sup>

Essas considerações nos remetem à necessidade de adequado manejo dessas espécies normativas, pois os operadores devem observar as suas finalidades como verdadeiras

---

<sup>177</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30.

<sup>178</sup> VALE, André Rufino do. Estrutura das normas de direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2009, p.125-130.

<sup>178</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. São Paulo: RT, 2009.

<sup>179</sup> VALE, André Rufino do. Estrutura das normas de direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2009, p.125-130.

<sup>180</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios..., op. cit., p. 103-104. Eros Grau faz questão de deixar que as regras “são concreções dos princípios” (Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito, op. cit., p. 197). Por sua vez, Luís Roberto Barroso entende que não há hierarquia entre princípios e regras. (Interpretação e aplicação da Constituição..., op. cit., p. 352 e 385).

<sup>181</sup> Na mesma linha, Alexy anota que um “ordenamento jurídico é tão mais rígido quanto mais forte for o caráter *prima facie* de suas regras e quanto mais coisas forem reguladas por meio delas” (*Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 105).

<sup>182</sup> A eficácia direta de um princípio “traduz-se na atuação sem intermediação ou interposição de outro (sub-) subprincípio ou regra” (ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78-90).

fronteiras, sob pena de transbordos não admitidos no direito - arbítrio. Conquanto não se negue as margens de liberdade interpretativa decorrente dessas normas de textura aberta e que se convencionou denominar de ‘discricionariedade judicial’, esta não é liberdade absoluta, mas sim parametrizada pelo sistema jurídico, que a concede tão somente para o alcance dos fins almejados.

Ademais, já encerrando este capítulo, é possível retomar a indagação quanto à correlação entre normas com tessitura aberta, interpretação, flexibilização procedimental e ‘discricionariedade judicial’. Para tanto vale destacar a lição de Marinoni, pois além de ser um dos autores que mais se debruçou sobre o tema, foi um dos primeiros a correlacioná-los: “As normas processuais abertas, trabalham em duas perspectivas ou expressamente conferem à parte e ao juiz o poder de converter a tutela específica na tutela pelo equivalente ou optar pela técnica processual adequada ao caso concreto.”<sup>183</sup>

Para Didier, com a alteração da técnica legislativa, “o legislador contemporâneo tem-se valido das cláusulas gerais, deixando o sistema normativo mais aberto e transferindo expressamente ao órgão jurisdicional a tarefa de completar a criação do caso concreto”. Com isso o autor reconhece a natureza criativa da função jurisdicional. Afirma assim, que “na verdade mais se assemelha a uma atividade de reconstrução, recria-se a norma do caso concreto.”<sup>184</sup>

Vale pensar se o aumento proporcional da elasticidade da linguagem jurídica está vinculado à liberdade de atuação judicial (discricionariedade). Entretanto, o tema não é de consenso, sobretudo, porque a perquirição quanto a existência ou não da ‘discricionariedade judicial’ é uma pergunta complexa no sentido filosófico, ou seja, daquelas que se esconde uma armadilha, uma vez que parte do pressuposto de que existe apenas um conceito de ‘discricionariedade’.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 361.

<sup>184</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17. ed. São Paulo: Juspodvim, 2016, v. 1, p. 157.

<sup>185</sup> Já aventamos que as diversas abordagens quanto ao sentido de discricionariedade judicial é tema do próximo capítulo.

Entretanto, subjacente esta pergunta, há uma outra prévia e implícita: se há apenas um conceito de discricionariedade. Sendo esta indagação adequadamente respondida, priva ou não de sentido a segunda pergunta, posterior e explícita.<sup>186</sup>

O sistema inteligente impõe que se trate a pergunta complexa não como simples, mas sim analisando-a em todos os seus componentes. Pode ocorrer que, respondida de maneira correta a pergunta prévia (implícita), a posterior (explícita) simplesmente se dissolva.<sup>187</sup>

Dito isso, no próximo capítulo, então, se tratará de buscar a definição de discricionariedade judicial para que se possa incursionar, em fase seguinte, em temas que interessam as limitações dos poderes judiciais interpretativos e operativos do sistema jurídico, mormente a condução do processo-procedimento por determinação judicial.

---

<sup>186</sup> “Pergunta complexa: não se trata de pergunta simples e que possa ser respondida diretamente com sim ou não. As perguntas desse gênero pressupõem que já foi dada uma resposta definida a pergunta anterior, que sequer foi formulada.” (COPI, Irving Marmer. Introdução a lógica. (Trad.) Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 84-85).

<sup>187</sup> COPI, Irving Marmer. Introdução à lógica. (Trad.) Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 85.

### 3. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: retomando as premissas preliminares para a compreensão e correlação com a temática do estudo e definição do sentido adotado para o termo “discricionariedade judicial”.

Até este ponto, a pesquisa buscou evidenciar que há uma estreita correlação entre as fases de evolução do Direito e os métodos interpretativos judiciais, pois, como se viu em linhas preliminares no segundo capítulo, as teses opostas de ‘descoberta’ ou da ‘criação’ do Direito, terminam por negar ou admitir, respectivamente, as margens de liberdade da atuação judicial, ‘discricionariedade judicial’.<sup>188</sup>

Não por acaso, Karl Larenz deixou assente que “ninguém pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas”.<sup>189</sup> Certamente esta constatação de Karl Larenz caracteriza um dos poucos pontos em que há unanimidade entre os juristas na discussão da metodologia jurídica contemporânea, ou seja, em um grande número de casos, a decisão que põe fim a uma disputa judicial, expressa em um enunciado normativo singular, não se segue, tão somente, das formulações das normas jurídicas abstratas.<sup>190</sup>

É comum referir-se a essa maior participação do juiz para a concreção da norma que regula o caso, como ‘discricionariedade judicial’.<sup>191</sup> A utilização dessa expressão pressupõe ter o seu significado convencionado,<sup>192</sup> porém, a tarefa não é simples.

Reconhece-se que o termo ‘discricionariedade’ é dos mais complexos no Direito. A primeira definição encontrada data de 1839 e consta do dicionário jurídico *Bouvier* que estabelece quanto ao termo: “A discricção de um juiz é considerada a lei dos tiranos; é sempre desconhecida; é diferente em homens diferentes; é casual e depende de constituição,

---

<sup>188</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.15. Nesse sentido, o autor contrapõe, as correntes formalistas a antiformalistas (realistas), a partir da ideia central existência ou não de resposta correta no ordenamento jurídico. Para a primeira, existe uma resposta correta que deve ser declarada após o processo de interpretação. Para a segunda corrente, não existe resposta correta fornecida pelo ordenamento jurídico e, portanto, o julgador colabora no processo de formação do direito, mediante o processo interpretativo. (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.15).

<sup>189</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 154.

<sup>190</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Shild Silva. São Paulo: Editora Letras, 2005, p.33.

<sup>191</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.12-23.

<sup>192</sup> “Conforme já conclamado no Círculo de Viena não pode haver ciência se não houver precisão linguística.” (BRASIL Jr, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo*. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 5).

temperamento e paixão. Na melhor das hipóteses, muitas vezes é capricho; o pior, é todo vício, loucura e paixão, aos quais a natureza humana é responsável. *Optima lex quae mínimo renuncia a arbitrio iudicis; optimus iudex qui minimum sibi.*”<sup>193</sup>

Malgrado as primeira acepção, para autores como Kelsen, o juiz, ao aplicar o direito, disporia de certa discricionariedade,<sup>194</sup> isso porque o sentido da norma geral e abstrata (determinada a partir da constituição e das leis) seria o fixado pelo próprio aplicador na norma individual e concreta (veiculada pela decisão).<sup>195</sup>

Desta feita, diversamente do positivismo exegético, o kelseniano reconhece e deixa evidente a questão da criação judicial de direito (direito jurisprudencial) e da discricionariedade judicial, trabalhando os conceitos à luz da indeterminação/determinação dos textos legais, tudo dentro de um contexto de hierarquia normativa ou da “moldura do direito”:

Daí resulta que todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado.

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. [...]

A indeterminação pode respeitar tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à consequência condicionada. A indeterminação pode mesmo ser intencional, quer dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar. [...]

Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à

<sup>193</sup> Do original: “*The discretion of a judge is said to be the law of tyrants; it is always unknown; it is different in different men; it is casual and depends upon constitution, temper, and passion. In the best, it is oftentimes caprice; in the worst, it is every vice, folly, and passion, to which human nature is liable. Optima lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis; optimus iudex qui minimum sibi.*” BOUVIER, John, “Bouvier’s Law dictionary”, 1839. in: ([https://archive.org/stream/bouvierslawdicti01bou/bouvierslawdicti01bou\\_djvu](https://archive.org/stream/bouvierslawdicti01bou/bouvierslawdicti01bou_djvu).) acesso em 22/04/2019.

<sup>194</sup> “É atribuído a Kelsen, a perspectiva de que, o juiz, ao aplicar o direito, disporia de discricionariedade, isso porque o sentido da norma geral e abstrata (determinada a partir da constituição e das leis) seria o fixado pelo próprio aplicador na norma individual e concreta (veiculada pela sentença).” (BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1975, p. 143-144).

<sup>195</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 387. Também HART admitia a judicial *discretion*, que correspondia à “margem de liberdade dada aos tribunais para decidir os casos não inteiramente regulados pelo direito”. (HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*. 2 ed. New York: Clarendon Press – Oxford, 1997, p. 273 e segs).

vontade do legislador - a determinar por qualquer forma que seja - ou, então, à expressão por ele escolhida, [...]. **O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.**<sup>196</sup> (Sem destaque no original).

Importante destacar desta fase do direito que há uma cisão entre o positivismo antes de Kelsen e o posterior à Teoria Pura do Direito, cuja primeira edição é de 1934, posto que o autor em seu último livro (VIII) daquela obra, postula por: 1. Estabelecer a diferenciação entre interpretação autêntica e não autêntica, sendo a primeira decorrente da aplicação do direito pelos julgadores; e 2. Reconhecer que sempre há indeterminação relativa na aplicação do Direito, no que parte da assertiva de que a norma de escalão superior vincula a de escalão inferior, mas não totalmente, na medida em que sempre deixa uma margem maior ou menor para o ato de produção normativa.<sup>197</sup>

A partir desta segunda premissa, Kelsen a subdivide em duas outras: *i*) a indeterminação do ato de aplicação do Direito pode ser intencional e, neste caso afirma Kelsen que a indeterminação pode estar na intenção do legislador que deixa ao órgão julgador uma opção que deve ser promovida no caso concreto<sup>198</sup>; e *ii*) a indeterminação do ato de aplicação do Direito pode ser não-intencional e aqui inclui as situações de falta de univocidade do texto legal, pluralidade de significações de uma palavra.

Fato é que o autor, a partir dessas premissas acaba por reconhecer, no processo interpretativo, algo mais que a mera reprodução do texto legal pelo juiz. Refuta Kelsen, nesse sentido, a concepção tradicional do juiz ‘boca da lei’ afirmando que: “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipótese, uma única solução correta [...] e que a justeza (correção) da decisão é fundada na própria lei.”<sup>199</sup>

<sup>196</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. 1996, p. 247.

<sup>197</sup> Assim o Kelsen exemplifica para hipótese de indeterminação intencional: “a lei prevê, para a hipótese de determinado delito, a pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar as medida das mesmas – podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo.” (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. 1996, p. 389).

<sup>198</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. 1996, p. 389.

<sup>199</sup> Postula assim, Kelsen por uma ideia de interpretação como ato de vontade: “Configura o processo desta interpretação como se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades

Reconhece-se no positivismo de Kelsen o marco teórico do rompimento da visão exegética do direito. Ademais, ao longo da pesquisa, se desdobrará com maior exatidão, qual sentido adotado pela Doutrina quanto às margens de liberdade judicial no momento da interpretação, bem como se essas margens são legitimamente admissíveis. Contudo, algumas notas introdutórias se fazem prementes antes de se aprofundar, pois se tem como objetivo de retomar a correlação entre os temas – normas abertas *versus* interpretação e ‘discricionariedade judicial’.

A questão da discricionariedade, tanto do juiz quanto do funcionário administrativo, para Tércio Ferraz Sampaio Jr. refere-se, especificamente, à razoabilidade do julgamento ao se decidir. Reconhece que se trata, porém, de termo discutido. Assim, evidencia como exemplo: “se o juiz deve sempre decidir no ‘interesse pública’, a expressão evidentemente é de objetividade reduzida, difícil de ser especificada por critérios gerais.” Segundo o autor, entretanto, a dificuldade está mais precisamente no controle da discricionariedade, à medida que admitimos o caráter não vinculado da decisão no Direito.<sup>200</sup>

### **3.1 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: delimitação e correlação com os textos normativos abertos**

A ‘discricionariedade judicial’ é um tema que se desenvolve em um novo ambiente de interpretação jurídica, no qual se deu a superação da crença em um juiz que realizaria apenas subsunções mecânicas dos fatos às normas, lenda cultivada pelo pensamento jurídico clássico. Como nos ensina Barroso, é fato inafastável que, atualmente, a interpretação jurídica reserva para o juiz papel muito mais proativo, que inclui a tarefa de atribuir sentido a princípios abstratos e a conceitos jurídicos indeterminados, tudo dentro de um ambiente de ponderações.<sup>201</sup>

Alexy ensina que existem, pelo menos, quatro motivos para esta nova realidade jurídica de reconhecimento da atividade judicial que extrapola os limites da mera interpretação da norma: *i*) imprecisão da linguagem do Direito; *ii*) possibilidade de conflito

---

que se apresentam, uma escolha que corresponde ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.” (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. trad. João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. 1996, p. 388-389).

<sup>200</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. Ciência do Direito. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 41.

<sup>201</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília: UniCEUB, v. 5, número especial, 2015. p. 33-38.

entre normas; *iii*) possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente; bem como *iv*) hipótese de, em casos especiais, uma decisão contrariar a literalidade da norma.<sup>202</sup>

À pesquisa interessa a discricionariedade judicial advinda da interpretação dos textos legais abertos, ou seja, decorrente da: *i) imprecisão da linguagem do Direito*.

Traduz-se, inicialmente, a discricionariedade judicial, no reconhecimento de que o juiz não é apenas a ‘boca da lei’ ou um mero exegeta que realiza operações formais. Existe dimensão subjetiva na sua atuação. Não a subjetividade da vontade política própria da pessoa do julgador, mas a que, inequivocamente, decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.<sup>203</sup>

Aharon Barak, ex-presidente da Suprema Corte de Israel, em obra de referência, defende que na interpretação da Constituição e das leis, em certas circunstâncias, o juiz deve exercer discricionariedade na determinação da relação adequada entre os propósitos objetivos e subjetivos do texto. De fato, para o autor uma teoria da interpretação não poderia ser construída sem discricionariedade interpretativa como sua base.<sup>204</sup>

Desta feita a discricionariedade judicial existiria porque há textos legais que admitem mais de uma interpretação possível. A interpretação sem discricionariedade judicial seria um mito.<sup>205</sup>

Certo que mesmo com a utilização da melhor arte de redação das leis e a mais precisa das linguagens legislativa, “sempre se deixa, de qualquer modo, lacunas que devem ser

---

<sup>202</sup> ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Shild Silva. São Paulo: Editora Letras, 2005, p. 33.

<sup>203</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, UniCEUB, V. 5, número especial, 2015. P. 33.

<sup>204</sup> BARAK, Aharon. The Supreme Court 2001 Term – Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. In: Harvard Law Review, Cambridge, v. 116, 2002, p. 58.

<sup>205</sup> Nos rememora Ovídio Baptista: “Chiovenda, ao referir-se à natureza da função jurisdicional, pressuposto, de resto, básico para a doutrina da “separação de poderes”, segundo a qual o direito é inteiramente produzido pelo Poder Legislativo, cabendo à jurisdição apenas revelá-lo (declará-lo). Aqueles que têm experiência prática, que convivem com a atividade forense, sabem que essa inefável “vontade da lei” não passa de uma doce miragem. A verdade dos fatos interessa ao intérprete, especialmente ao juiz, porém como o estágio inicial da formação de juízo”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Verdade e Significado. Disponível em <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>. Acesso>.) em: 26 fev. 2020).

preenchidas pelo juiz, pois os textos legais permitem ambiguidades e incertezas”, de acordo com Cappelletti.<sup>206</sup>

Segundo René David “a boa regra de direito não é concebida aqui e lá do mesmo modo” (em todos os ordenamentos jurídicos). Ou seja, para o autor em referência nos países de *Common Law* deseja-se que as regras de direito sejam formuladas dum modo tão preciso quanto possível; nos países de *Civil Law* considera-se, pelo contrário, como desejável, que a regra de direito deixe certa margem de liberdade ao juiz, sendo a sua função unicamente estabelecer quadros para o direito e fornecer diretivas. Assim, afirma René Davi que “o autor da regra de direito, não deve ir muito longe e esforçar-se por regular pormenorizadamente, porquanto ele é incapaz de prever, na sua variedade todos os casos concretos que se apresentarão na prática”.<sup>207</sup>

Na melhor das hipóteses, as leis nos sistemas de *Civil Law* são bússolas. “Os códigos apenas representam um ponto de partida, não um resultado”, complementa o mesmo autor.<sup>208</sup>

A concepção de regra de direito admitida na família romano-germânica (generalidade ótima da regra) não traz como consequência autorizar uma previsão fácil da solução que comporta determinado litígio. Tudo o que restringe a especialização da regra de direito aumenta, automaticamente, o papel de interpretação do juiz. Pois para René David: “formular a regra de direito em termos de uma excessiva generalização é fazer dela alguma coisa de menos precisa, e conferir aos juízes uma maior liberdade na aplicação da regra de direito.”<sup>209</sup>

O próprio Jeremy Bentham, um dos mais ferrenhos opositores do direito judiciário, ou seja, aquele criado por obra do juiz, na verdade, era consciente que nem mesmo a completa codificação teria eliminado inteiramente do caminho o direito judiciário.<sup>210</sup> O que Benthan

---

<sup>206</sup> CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21.

<sup>207</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 82-83.

<sup>208</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 110/111.

<sup>209</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 83.

<sup>210</sup> A confiança benthaniana na codificação do direito legislado como meio de eliminar as incertezas decorrente do direito judiciário reconhecia que não seria possível eliminar, de todo, a criatividade judiciária. No utilitarismo de regras, que se sugere a observância por parte de todos, de um conjunto de normas, o qual aporta as melhores consequências em face de qualquer outro conjunto normativo. Maximiza-se o bem-estar, uma vez que o cumprimento de regras, ao permitir que se preveja o comportamento de outrem, incrementa a utilidade, produzindo as melhores consequências para a coletividade. Com isso, avaliam-se os atos, indiretamente, na medida em que se conformam ao código de regras que melhor promove o bem-estar geral, a despeito da realização de cálculos referentes à utilidade de atos específicos. BENTHAM,

não poderia prever, foi que, paradoxalmente, justamente na época em que se lhe seguiu, especialmente no século XX, o fenômeno da impressionante expansão do direito legislativo constituiu um dos principais fatores do ulterior fenômeno geral de expansão no mundo moderno e, também do direito judiciário ou jurisprudencial e, assim, do papel criativo dos juízes.<sup>211</sup>

Destarte, justamente aquilo que teria por objetivo inibir os poderes criativos dos juízes, ou seja, o fenômeno da codificação é a exata causa de outros dois fenômenos: agigantamento do poder judiciário e abertura para o direito jurisprudencial.<sup>212</sup>

### **3.1.1 A discricionariedade e o problema da interpretação da norma de textura aberta: se o problema da indeterminação do Direito diz respeito com a vagueza da norma, basta alterar o termo?**

Esse universo de incertezas advindas da necessidade decorrente do texto da norma generalizar para fins de abarcar uma universalidade de casos, é desvelado com o norte introduzido pela filosofia da linguagem ordinária, na medida em que passa a levar em consideração os usos da linguagem, sobretudo, contextualmente. Assim, explora-se o significado dos termos linguísticos em dois níveis distintos de significação, quais sejam: *i*) o significado de base; e *ii*) o significado contextual.

Como bem esclarece Luiz Alberto Warat, o significado de base “é aquele que reconhecemos no plano teórico quando abstraímos a significação contextual e consideramos

---

Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. (Série Os Pensadores). 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 16.

<sup>211</sup> CAPPELLETI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 18.

<sup>212</sup> Para um inventário das diversas causas destes fenômenos sugere-se a leitura das obras que foram utilizadas primordialmente neste estudo e desvelam os pontos – abertura do tecido legislativo *versus* aumento dos poderes judiciais: (CAPPELLETI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993). (DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996). São ainda referenciais teóricos deste capítulo: (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Ajuris*, v. 16, n. 45, p. 7-20, mar. 1989. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br>>. Acesso em: 17 jan. 2019. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. *Revista de Direito Renovar*, n. 18, p. 11-19, set./dez.2000). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/discursos>>. Acesso em: 13 nov. 2019. (ÁVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). Faculdade de Direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997). (CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Coordenação de José Miguel Garcia de Medina et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008). (GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial?: discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia de et al. (Coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008). (GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002).

o sentido congelado, a partir dos elementos de significação unificados por seus vínculos denotativos.” Já o significado contextual pode ser entendido como um efeito de sentido derivado dos processos efetivos da comunicação social.<sup>213</sup>

Desta premissa resulta que o problema da indeterminação do direito pode ser visualizado em duas perspectivas (significados de base e contextual). De tal modo, muitas palavras quando analisadas somente no plano do significado de base, podem apresentar determinadas características de sua estrutura denotativa e designativa que, por si sós, dificulta sua significação plena. Para além, diante do contexto do uso da linguagem, uma expressão que, em abstrato, não apresentava problemas linguísticos, pode dar margem a incertezas.<sup>214</sup>

Evidentemente, não é recente a conclusão, uma vez que Alf Ross, pois ainda no ano 1950, já reconhecia que a referência semântica do termo tem uma zona central sólida, em que sua aplicação é predominantemente certa, e um nebuloso círculo exterior de incerteza, no qual sua aplicação é menos usual e se torna mais duvidoso desvelar se o termo pode ser aplicada ou não.<sup>215</sup>

Com efeito, dificuldades semânticas da interpretação seriam aqueles referentes ao significado individual das palavras ou das frases. A dificuldade decorreria do fato de que muitas palavras seriam ambíguas e que todas seriam vagas.<sup>216</sup> Assim, o problema de base seria a vagueza e a ambiguidade.

A vagueza dos termos jurídicos consiste em um grau de indeterminação pré-existente, vale dizer, que não se dá diante de contextos não pensados pelo legislador. Com efeito, um termo é vago, nos casos onde não existe uma regra definida quanto a sua aplicação. No caso da vagueza, pois, o predicado descritivo é de referência imprecisa, de modo que a redução

---

<sup>213</sup> Warat exemplifica, nesse sentido, a partir da expressão “proibido usar tanga”, a qual tem um significado de base padronizado que, facilmente, remete o intérprete a uma peça do vestuário. Porém, o sentido da mensagem poderá mudar, conforme figure em um cartaz na praia de Ipanema ou na porta de entrada de um campo de nudismo: “a situação, em ambos os casos, indicar-nos-á a adoção de diferentes comportamentos em relação à tanga. Numa das hipóteses, usar uma peça de banho maior; em outra, nada usar” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 65).

<sup>214</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 65.

<sup>215</sup> ROSS, Alf. *Direito e justiça*. (1958) Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. p. 142.

<sup>216</sup> ROSS, Alf. *Direito e justiça*. (1958) Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. p. 164.

da vagueza poderá se dar, no âmbito da norma jurídica, a partir de definições esclarecedoras realizando um processo através do qual se explica o termo está sendo utilizado.<sup>217</sup>

Por sua vez, a ambiguidade normalmente resulta de situação de homonímia ou de polissemia. A dificuldade, assim, consiste no plano da incerteza significativa. Haverá homonímia (polissemia) quando um mesmo rótulo ou significante veicula propriedades designativas aplicáveis a âmbitos denotativos diferentes. É a hipótese da palavra ‘prato’, que pode designar tanto uma utensílio quanto uma sobremesa.<sup>218</sup>

Deve estar claro, contudo, que a linguagem jurídica, enquanto de comunicação prática, não se acende, apenas e, nem fundamentalmente, com o objetivo sintático-semântico da significação abstrata (lógico-linguística isolada) dos seus termos e expressões, mas pende, sobretudo, do contexto pragmático de significação alcançado no ambiente discursivo, que só é possível pela inserção dos seus enunciados no contexto social (sócio-histórico-cultural), e mediante uma leitura em função prático-hermenêutica.<sup>219</sup>

Assim, ocorre que a porosidade (textura aberta) são indeterminações referenciais derivadas quer pela sempre possível alteração ou novidade problemáticas, quer pelo decurso das modificações das situações e dos contextos práticos. Ou seja, é intrínseca à linguagem, pois não se pode saber *a priori* e uma vez por todas que problemas ou circunstâncias futuras se oferecerão no seu horizonte, pelo que a sua significação não pode ser definitivamente determinada. Daí se dizer que a porosidade considera a indeterminação numa vagueza potencial ou casuística.<sup>220</sup>

Há, nessa linha, uma crise contínua, somente sendo possível obter-se o sentido dos enunciados jurídicos, superando a distância entre o nível semântica das expressões e o sentido prático-hermenêutico do enunciado.<sup>221</sup>

---

<sup>217</sup> O conceito ‘verossimilhança da alegação’ é semanticamente vago, assim como são de acordo com Warat: “‘mulher honesta’, ‘boa-fé’ dentre outros que, independente do contexto, será necessário invariavelmente uma margem interpretativa.” (WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 40).

<sup>218</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 40.

<sup>219</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 40.

<sup>220</sup> É nesse sentido, justamente, que Hart afirma que os “legisladores humanos não podem ter conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Tal incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade.” (HART, L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. p. 12 e 141-142).

<sup>221</sup> NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal. In: NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 377-378.

Desse modo, cabe mencionar que três são os problemas linguísticos que avultam o caráter indeterminado do direito: a porosidade,<sup>222</sup> a vagueza,<sup>223</sup> e a ambiguidade.<sup>224</sup>

Todo conceito baseado na experiência, independentemente do modo pelo qual é definido, sempre parte de uma demarcação definitória, pensada para casos normais, não contando com casos inesperados.<sup>225</sup> Como lecionado Frederick Schauer, “a textura aberta é uma característica indelével da linguagem, uma consequência do confronto entre a linguagem fixa e uma mudança contínua em um mundo desconhecido”.<sup>226</sup>

Posto isso fica claro que qualquer tentativa de construir um esquema conceitual preciso, cairia por terra. Afinal, segundo Chauer, “claramente, o arquétipo da certeza absoluta seria uma casuística infinita, isto é, que preveja todos os casos.”<sup>227</sup>

Aspecto de categórica importância no pensamento de Ascarelli é o reconhecimento de que a equivocidade do texto dimanaria do inevitável caráter abstrato da norma. É justamente essa ‘plasticidade’ que permitiria sua aplicação a uma realidade concreta, mutável. Disso resulta que a interpretação não seria um reflexo do texto, mas uma nova formulação da norma, em continuidade com o dado (texto), o que permitiria a aplicação de uma norma, segundo um critério de continuidade, a uma concreta e mutável realidade.<sup>228</sup>

Desta forma, a norma sempre admitiria uma vagueza, quanto à forma que é pré-concebida, com o objetivo de abarcar o maior número de casos possíveis, mas, a ‘indeterminação casuística’ ou a ‘vagueza pragmática’, depende do caso concreto. Uma norma que, aprioristicamente, não possuía qualquer grau de indeterminação, pode se mostrar duvidosa quanto a aplicação.<sup>229</sup> Daí falar-se em significação contextual.

---

<sup>222</sup> NEVES, António Castanheira. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 112.

<sup>223</sup> WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 40.

<sup>224</sup> WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 40.

<sup>225</sup> HART, L. A. O conceito de direito. 3. ed. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. p. 141-142.

<sup>226</sup> SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decisionmaking in law and in life*. New York: Oxford Clarendon Press, 2002. p. 35-36.

<sup>227</sup> SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decisionmaking in law and in life*. New York: Oxford Clarendon Press, 2002. p. 35-36.

<sup>228</sup> ASCARELLI, Tullio. *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1958, v. 13, p. 14.

<sup>229</sup> Trata-se de espécie de indeterminação que o professor Baldare Pastore determinou de ‘indeterminação casuística’, também chamada de ‘vagueza pragmática’, e representa aquela espécie de indeterminação que se verifica por exclusiva decorrência da situação que se apresenta.’ (FILGUEIRAS JUNIOR, Marcus Vinicius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionabilidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 133).

Deve restar claro que na concepção de Ascarelli, a norma jurídica, enquanto produto da interpretação do texto, apenas existiria no caso concreto (real ou imaginário) em que aplicada. Interpretação e aplicação se fundiriam no processo de constituição da norma diante do caso. De modo que se nega a tese *in claris cessat interpretatio*.<sup>230</sup>

Tratava-se, já naquele contexto, de enxergar um caráter criativo na interpretação dos textos jurídicos, mesmo quando não se tem qualquer indeterminação nos conceitos. Com efeito, o intérprete sempre exerceria uma função criativa, cooperando na evolução do direito, em qualquer circunstância, ou seja, independentemente da indeterminação do texto normativo.

Assinala-se que a interpretação é, necessariamente, criação, como é criação toda atividade espiritual que, se referindo a um ato precedente, não é uma simples reação passiva, nem mecânica, mas, pensando-o, desenvolve-o. Não se trata, contudo, de criação livre, arbitrária, mas de interpretação integradora.<sup>231</sup>

Segundo Cappelletti, encontra-se implícito, “em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito está ínsito certo grau de criatividade”.<sup>232</sup> Nos confrontos de normas de estrutura particularmente aberta, o juiz resultará depositário de um grau mais elevado de “discricionariedade judicial”.<sup>233</sup>

As causas são variadas e inventariadas de modos diversos pelos doutrinadores que se debruçam sobre o tema, consoante já se estabeleceu alhures,<sup>234</sup> mas é unânime que a abertura

<sup>230</sup> ASCARELLI, Tullio. *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1958, v. 13, p. 14.

<sup>231</sup> “[...] no es nunca, si quiere cumplir su tarea, una repetición mecánica y una traducción literal de las normas abstractas, en orden a una pura y simple ‘subsunción’ en ellas de los supuestos a decidir, como llegan a opinar los fanáticos del positivismo y de la certeza (security) de las leyes, secuaces de una concepción estática y antihistórica del Derecho positivo”. Em tradução livre: “não é nunca, se quiser cumprir sua tarefa, uma repetição mecânica e uma tradução literal das normas abstratas, a fim de uma pura e simples ‘subsunção’ nelas dos pressupostos a serem decididos, como chegou a pensar os fãs do positivismo e a certeza das leis (segurança), tributários de uma concepção estática e anti-histórica do direito positivo”. BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Madrid: Revista de *Derecho Privado*, 1975, p. 137-138.

<sup>232</sup> CAPPELLETI, Mauro. *Juíces Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 18.

<sup>233</sup> CAPPELLETI, Mauro. *Juíces Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 14-15.

<sup>234</sup> Em conformidade com lições de Alexy “é necessário que as normas mantenham-se mais porosas para fins de, precipuamente: (1) permitir o seu grau de adesão social, sobretudo em sociedade que englobam as mais variadas ideologias; (2) possibilitar que haja uma necessária adaptação aos avanços sociais sem reiteradas alterações legislativas; e (3) ensejar um grau ótimo de generalidade afim de abarcar os casos concretos que a elas necessitam se adaptar.” (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Shild Silva. São Paulo: Editora Letras, 2005, p. 46).

da linguagem do direito para as cláusulas gerais e direito principiológico,<sup>235</sup> em muito contribuiu para o fenômeno da ‘discricionariedade’ (pensada no sentido de uma maior margem de liberdade interpretativa).

Rememora-se, neste sentido, os questionamentos introduzidos pelo doutrinador português António Francisco quanto ao tema: “1- Será o problema dos conceitos indeterminados o mesmo da discricionariedade? Ou seja, será que toda discricionariedade está sempre relacionada com conceitos indeterminados? 2- Em caso negativo, será que o uso de certos conceitos atribui discricionariedade? 3- Será que os conceitos indeterminados, em si mesmos, nada têm a ver com a discricionariedade, não se excluindo, no entanto, a hipótese do legislador poder servir como meio para atribuir a discricionariedade?”<sup>236</sup>

O tema ganha reforço no âmbito processual com o vigor da técnica legislativa das cláusulas gerais, bem como com a possibilidade de o juiz flexibilizar o procedimento *managerial judgement*, fenômenos típicos do nosso tempo e que estão imbricados, consoante se defenderá doravante.

Por consequência, sem prescindir das outras abordagens, o objeto desta pesquisa é, repisa-se, o impacto que estes fenômenos têm sobre os poderes interpretativos judiciais

---

<sup>235</sup> Vale, entretanto, uma observação, pois embora aos princípios sejam atribuídos a força normativa, de se recobrar que surgiram, primeiro, como forma de limitação da discricionariedade judicial. A expressão foi popularizada entre os profissionais e teóricos do direito no Brasil a partir de uma leitura direta ou, frequentemente, indireta de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy. Entretanto, esclarece Ronaldo Porto: “Ironicamente, um conceito que foi originalmente elaborado como uma forma de estabelecer critérios de racionalidade que limitam a discricionariedade judicial é mais comumente associado no Brasil a um instrumento que permite ao juiz mais liberdade em relação à lei e ao direito posto. De fato, os princípios são muitas vezes utilizados por tribunais e doutrinadores como uma forma de eliminar dificuldades postas por regras complexas e/ou que destoam da concepção de justiça do juiz ou escritor. Na maior parte da América Latina os princípios dworkinianos foram recebidos não tanto como uma reação à crítica *realista* ao formalismo na argumentação jurídica, mas como uma forma de reação ao próprio *formalismo* interpretativo tardio que, segundo alguns, caracterizava a região. No caso particular do Brasil, a inserção dos princípios na argumentação jurídica faz parte da segunda geração de ataques ao formalismo jurídico, que se segue à primeira geração composta pelo amplo espectro de teorias relacionadas direta ou indiretamente ao chamado ‘direito alternativo’. Essa segunda onda de ataque ao formalismo atingiu o seu alvo e o paradigma formalista de argumentação não é mais a regra no Brasil (se é que um dia foi). Todavia, o ataque ao formalismo atingiu muito mais do que o seu alvo declarado. O que se coloca em questão a partir do modo como os princípios jurídicos vêm sendo utilizados tanto na doutrina como na prática do direito brasileiro é a própria noção de que o direito é algo criado dinamicamente pela comunidade política e não algo derivado de um conjunto abstrato e vago de bens ou valores por especialistas que têm um *insight* privilegiado sobre como esses bens e valores fundamentais devem conformar nossas instituições e decisões políticas. Ou seja, o que está em jogo é a legitimidade democrática desse arranjo institucional” (Princípios e coerência na argumentação jurídica.” in: (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; CORTADA BARBIERI, Catarina Helena (coords.), *Direito e interpretação – Racionalidades e instituições*, p. 261 -262). Para uma adequada teoria dos princípios, ÁVILA Humberto. *Teoria dos princípios*; para uma adequada teoria das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*).

<sup>236</sup> SOUSA, António Francisco. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 20-21.

(discricionarietà judicial), bem como sobre as regras processuais e, qual a implicação disso no gerenciamento do processo (condução do processo por determinação judicial) e flexibilização procedimental. É que essas são premissas que se antepõe para, posteriormente, investigar as formas de contenção-legitimação dessas margens de liberdade (discricionarietà judicial).

Com essas linhas, já é possível retomar o vínculo existente entre o tema da interpretação-aplicação do direito, no âmbito nas normas de textura aberta, e o problema da discricionarietà judicial na seara processual.

### **3.1.2 A corrente que nega a existência da discricionarietà judicial: existe realmente um dissenso?**

Pode-se, em suma, verificar entre diversos autores que negam a existência da discricionarietà judicial, que a maior parte faz um vínculo direto com a discricionarietà administrativa.

Entretanto, o que se pretende nesse tópico da pesquisa é comprovar que há, em verdade, um falso dissenso, posto que a ‘corrente negativista’ está vinculada à concepção de que toda discricionarietà está circunscrita a uma ideia base, qual seja, insindicabilidade do ato que tem a ideia original centrada na impossibilidade de revisão do ato discricionário. De forma simples, nega-se o termo ‘discricionarietà judicial’, mas não as margens de liberdade em decorrência das normas de textura aberta.

Teresa Wambier, ao responder a sua própria indagação sobre qual o limite da criatividade do juiz, entendeu que este não cria norma porque sua função não é a mesma do legislativo. Afirma assim, que, quanto mais vago é o conceito em que se baseou certa decisão judicial, mais difícil será o seu controle, contudo, conclui que “interpretar um conceito vago não implica exercício de poder discricionário”.<sup>237</sup>

---

<sup>237</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001., p. 351. A mesma autora ainda afirma: “Hoje se entende que o juiz ‘cria’ o direito. Pensam que o juiz ‘cria’ direito no sentido de poder engendrar soluções para casos que não sejam rotineiros, que não estejam ‘prontas’ no sistema (para que a situação fática se encaixe automaticamente nelas). Mas essas soluções, sob pena de se deixar definitivamente de lado o valor segurança, devem ser ‘criadas’ a partir de elementos constantes no sistema jurídico, somados, combinados, engendrados, etc. e não com base em elementos que o sistema não tenha encampado (‘juridicizado’). [...] A interpretação de conceito vago ou indeterminado pelo juiz não se confunde com o que, em direito, se convencionou chamar de poder discricionário”. (WAMBIER. Thereza Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 393, 394, 404). Assim, a autora acrescenta para fins de concluir a sua ideia: “É relevantíssimo observar-se que ao conceito de discricionarietà está intimamente conectada a ideia de imunidade ou impossibilidade de controle, pelo menos em certa escala.

Entretantes, ao se inventariar a sua linha de fundamentação, observa-se que autora atrela a ideia da discricionariedade judicial à administrativa, cujo fundamento original parte da concepção de que o ato não pode ser objeto de sindicância judicial, em suas palavras: “é relevantíssimo observar que ao conceito de discricionariedade está intimamente conectada a ideia de imunidade ou impossibilidade de controle [...]”. Por este viés a autora conclui: “Daí a importância de se afirmar que o Poder Judiciário não tem discricionariedade quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que tenha conceito vago.”<sup>238</sup>

No mesmo sentido seguem as lições José Roberto dos Santos Bedaque a propósito de termos abertos, vagos ou indeterminados, pois para o autor esses termos conferiam ao julgador uma maior liberdade interpretativa: “prova inequívoca, verossimilhança, fundado receio de dano..., ou seja, expressões com contornos semânticos flexíveis, que conferem ao juiz maior poder na concretização da regra”. Entretanto, afirma o autor que não se trata de poder discricionário, no sentido empregado no direito administrativo (conveniência e oportunidade).<sup>239</sup>

Este entendimento fica ainda mais explicitado em outra obra de Bedaque, quando afirma que a necessidade de dotar o juiz de poderes mais flexíveis, na direção e na condução do processo para possibilitar a adoção de soluções adequadas às especificidades dos problemas surgidos durante o desenvolvimento da relação processual, por isso o autor justifica a tendência de reforço dos poderes do juiz no interesse público, no entanto, isso não significaria discricionariedade, mas “implica ampliação da margem de controle da técnica processual pelo julgador.”<sup>240</sup>

A seu turno, Eros Roberto Grau nega, peremptoriamente, a discricionariedade judicial, porque o juiz não produz normas livremente. Todo intérprete, segundo o autor,

---

Daí a importância de se afirmar que o Poder Judiciário não tem discricionariedade quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que tenha conceito vago, seja proferindo liminares, seja prolatando sentenças. Também não tem quando se trata de verificar quais fatos ocorreram e como ocorreram, analisando o conjunto probatório. E, tampouco na atividade preliminar, relativa à formação deste quadro. Isso implicaria, de certo modo, em que essas decisões ficassem fora do controle das partes. Impossível conclusão diferente. Qual seria, senão este, o sentido funcional do conceito de discricionariedade? Exatamente o de gerar essa margem de liberdade dentro do qual o juiz estaria fora do controle dos atingidos pela decisão”. (WAMBIER. Thereza Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 371-372).

<sup>238</sup> WAMBIER. Thereza Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 371-372.

<sup>239</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 107-108.

<sup>240</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 109.

embora jamais esteja submetido ao ‘espírito da lei’ ou à ‘vontade do legislador’, estará sempre vinculado pelos textos normativos, em especial.<sup>241</sup>

Nessa linha de entendimento, Grau acentua que romper essa retenção do ‘intérprete autêntico’ do texto do direito, resultaria na sua subversão. Ao intérprete, por consequência, só atribuído formular exclusivamente, ‘juízos de legalidade’. O dever-poder do juiz se contém nos lindes da legalidade e da constitucionalidade. Destarte, o autor afirma que o que se tem denominado de discricionariedade judicial é o poder de criação da norma jurídica, mas essa se daria somente em juízos de legalidade, não de oportunidade ou conveniência.<sup>242</sup>

Veja-se, de plano, que existem duas questões a partir das linhas expostas: *i)* saber se as normas de tessitura aberta aumentam os poderes judiciais;<sup>243</sup> e *ii)* estabelecer o que representa este aumento de poderes, se é ‘discricionariedade judicial’ ou não.

Desta forma, há certo consenso quanto ao aumento dos poderes judiciais concernente ao manuseio das normas cujo texto seja aberto, contudo, alto dissenso relativo à existência ou não da ‘discricionariedade judicial’, notadamente em razão do vínculo que se faz entre discricionariedade judicial e administrativa. Assim, esse é o primeiro ponto a ser enfrentado.

### **3.1.3 Notas distintivas entre discricionariedade Administrativa e Judicial: oportunidade e conveniência (insindicabilidade) versus juízo de legalidade**

A expressão ‘discricionariedade’ na linguagem jurídica, percebe-se, não guarda sentido unívoco. Assim, assinala-se que é possível compreender por meio do termo em referência, quatro sentidos: a) uma discricionariedade soberana (absoluta), que é típica da legislativa e que, só excepcionalmente, pode ser delegada a órgão jurisdicional; b) discricionariedade administrativa (pura), discutida amplamente no âmbito do direito administrativo é que diz respeito aos juízos de oportunidade e conveniência; c)

---

<sup>241</sup> GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52 e 53.

<sup>242</sup> GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005., 2005, p. 53.

<sup>243</sup> Segundo Marinoni, *et. al.* as margens de liberdade do julgador são aumentadas quando trabalha com textos legais abertos, o que também altera a forma de controle dessas atividades. Nas palavras do autor: “A diferença é a de que, em tais situações, o controle da atividade do juiz é muito mais complexo e sofisticado do que aquele que ocorria com base no princípio da tipicidade, quando o juiz apenas podia usar os instrumentos processuais definidos na lei. Mas essa mudança na forma de pensar o controle jurisdicional é apenas reflexo da necessidade de se dar maior poder ao juiz – em parte a ele já entregue pelo próprio legislador ao fixar as normas abertas – e da transformação do próprio conceito de direito, que submete a compreensão da lei aos direitos fundamentais”. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 111-112).

discricionariedade técnica que se difundiu para indicar aquelas situações em que a lei determina que a solução no caso concreto seja norteada pelo conhecimento técnico-científico; e d) discricionariedade de caráter supletivo ou complementar, a serviço da adaptação e da especificação da norma à variabilidade dos tipos, em função da determinação e da apreciação da hipótese concreta.

Cogitamos na presente pesquisa, exatamente, da discricionariedade na interpretação (aplicação) judicial de um texto cujo sentido deve ser desvelado a partir do caso concreto, sobretudo diante de sua linguagem (textura) aberta.<sup>244</sup>

Eduardo Talamini, mesmo aceitando a expressão discricionariedade para designar a liberdade de escolha do magistrado, advinda do conteúdo da regra como um todo, deixa claro que essa margem de liberdade em razão do texto legal não decorre de um defeito do texto legal, mas sim de uma opção legislativa: “deve-se afastar a ideia de que a concessão de discricionariedade derive de defeito ou incompletude do ordenamento ou de lapso do legislador”. Por isso conclui que “a atribuição legal de competência discricionária tem de ser sempre interpretada, e concretamente exercida, como técnica destinada à obtenção dos melhores resultados possíveis.”<sup>245</sup>

A discricionariedade judicial nesse sentido passa a ser encarada como um dever-poder decorrente do reconhecimento de impossibilidade de antever as soluções mais satisfatórias de todas as situações no caso concreto. Fica evidente, assim, que existe uma dimensão de poder na discricionariedade judicial.

Discricionariedade judicial, à sua vez, na visão de Nicola Picardi é equiparada a poder em sentido próprio, pois de acordo com o autor “segundo a doutrina sociológica, adquirir poder é adquirir discricionariedade; perder poder é perder discricionariedade.”<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Madrid: Revista de *Derecho Privado*, 1975, p. 143-144.

<sup>245</sup> TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos direitos de fazer e não fazer. São Paulo: Revista dos Tribunais.2003, p. 381.

<sup>246</sup> BARNES, Barry. *The Nature of Power*, Cambridge, 1988, trad. Ital., Bologna, 1995, p. 29. Apud PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 15. Assim, o autor explicita que “o poder na concepção weberiana do domínio (*Herrschaft*), é hoje definido no sentido comum, como a capacidade de um sujeito produzir efeitos, influenciando o comportamento de outros, capacidade que decorre da sua posição social.” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 12).

O tema não é simples, sobretudo, quando se equipara a discricionariedade judicial com outras espécies de discricionariedade, tais quais a legislativa ou administrativa,<sup>247</sup> notadamente esta última, a qual é concebida, tradicionalmente, a partir de critérios de oportunidade e conveniência, que não se compatibilizam com a primeira (discricionariedade judicial), que está vinculada a juízos de legalidade.<sup>248</sup>

Note-se, todavia, que o conceito de discricionariedade judicial, ora adotado, não se confunde com o de discricionariedade administrativa, que vem a ser entendido, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello como “a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador, a fim de que este cumpra o dever de integrar, com sua vontade ou juízo, a norma jurídica diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.”<sup>249</sup>

Ou seja, em conformidade com as lições de Luiz Roberto Barroso a discricionariedade judicial no sentido de livre escolha de uma possibilidade não existe. O juiz tem o dever de produzir a solução correta, a solução justa e a solução adequadamente constitucional, sendo este o ponto fulcral de uma adequada discussão sobre teoria da decisão judicial ou da discricionariedade judicial.<sup>250</sup>

Um dos mais árdios combatentes da discricionariedade judicial, Eros Roberto Grau deixa evidente que, ao interpretar, o juiz exerce juízo de legalidade, enquanto a discricionariedade administrativa está atrelada a ideia de juízos de oportunidade e conveniência. Em sede de juízo de legalidade, o intérprete atua no campo da prudência, e limitado pelo texto legal. Por sua vez, em juízo de oportunidade, observam-se indiferentes

---

<sup>247</sup> Neste sentido, o pensador John Locke citado por Andreas J. Krell afirma que “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discricção daquele que detenha nas mãos o poder, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público. Este é o fundamento para a existência da discricionariedade, que se caracteriza por uma parcela de liberdade concedida para realizar a melhor opção no caso concreto, em nome do interesse público.” (KRELL, Andreas. *Discricionariedade e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 18).

<sup>248</sup> WAMBIER. Thereza Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 371-372.

<sup>249</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 426.

<sup>250</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Casos difíceis e a criação judicial do Direito*. Seminário Teoria da Decisão Judicial: 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. – Brasília: CJF, 2014 186 p.: II. – (Série cadernos do CEJ; 30). 15ISBN 978-85-8296-009-7

jurídicos, permitindo-se maior carga subjetiva pelos agentes.<sup>251</sup> Pois que se observa essa é a maior distinção entre discricionariedade judicial e a administrativa, em sua visão clássica.

Entretanto, cogitando da ambiguidade da expressão ‘poder discricionário’, Eros Roberto Grau, citando lições de Ronald Dworkin, observa que o seu sentido exato depende do contexto no qual é usada. Assim, em sentido ‘fraco’, a expressão é frequentemente usada para referir que determinada razão impede que alguém formule algum tipo de *standard*, de modo automático-mecânico, exigindo-se a formulação de um certo tipo de julgamento.<sup>252</sup>

O poder discricionário, neste sentido ‘fraco’, diz apenas com o fato de que aplicação de qualquer ordem de normas reclama alguma interpretação. Mas, em sentido ‘forte’, poder discricionário refere que, ao tomar a decisão, seu titular não está vinculado a qualquer *standard* estabelecido por outra autoridade.<sup>253</sup>

Percebe-se que boa parte da corrente doutrinária que nega a ‘discricionariedade judicial’, de fato, parte da premissa que o seu conceito não se compatibilizaria com aquele tradicionalmente cunhado pelo direito administrativo. Entretanto, o tema avançou bastante naquela esfera<sup>254</sup>e, demais disso, ganha foros próprios, para além do direito administrativo.<sup>255</sup>

Nesse sentido de diferenciar a discricionariedade administrativa da judicial, já afirmou Barroso “[...] a discricionariedade judicial – se quiserem usar esse termo – mas

---

<sup>251</sup> Para Grau o juiz, ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas não produz normas livremente. Em suas palavras: “Qualquer intérprete, assim como todo juiz, estará sempre vinculado pelos textos normativos. A abertura dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto. Eis a primeira razão pela qual nego a chamada discricionariedade judicial”. (GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo de Juízes? Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2018, p. 91).

<sup>252</sup> GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo de Juízes. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2018, p. 92.

<sup>253</sup> GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo de Juízes. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2018, p. 92.

<sup>254</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello em obra seminal melhor conceitua discricionariedade administrativa, concluindo: “Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48).

<sup>255</sup> Para Ramos: “a discricionariedade legislativa decorre da inexistência de parâmetros ou de sua flexibilidade; a administrativa está relacionada, igualmente, a abertura textual, mas, também, ao deferimento explícito de mais de uma possibilidade de conduta diante da espécie fática; por último, a discricionariedade judicial cobre, de um modo muito mais amplo do que em sede legislativa ou administrativa, todo o campo da criatividade na interpretação. Há, portanto, apenas no que tange à jurisdição, uma relação íntima entre discricionariedade e interpretação, podendo-se dizer que aquela é parte integrante desta.” (RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 130).

sempre lembrando que discricionariedade judicial não significa o mesmo que discricionariedade administrativa, que é livre escolha entre alternativas legítimas [...] o juiz não tem livre escolha, mas sim alternativas dentro de um sistema normativo.”<sup>256</sup> Em suma, o autor admite a discricionariedade judicial em sentido fraco.

Ao que parece, por consequência, é que a divergência reside muito mais na terminologia utilizada que na amplitude dos poderes conferidos ao juiz.<sup>257</sup> Disso se defluiu que o verdadeiro dissenso não é quanto a existência de margem de liberdade aumentada da atividade judicial no momento da interpretação (*rectius* concreção) da norma vazada em texto legal aberta, mas sim, o sentido de discricionariedade, tal qual cunhado na tradição administrativa, ambiente em que, alhures, se desenvolveu a partir da teoria que rejeita a sindicabilidade (controle) do ato que exercitado dentro de critérios de oportunidade e conveniência.<sup>258</sup>

Desse modo, torna-se premente controlar em qual sentido o conceito ‘discricionariedade judicial’ é utilizado nesta fase do Direito, em que se reconhece margens de liberdade interpretativa. Entretanto, para este fim é necessário demonstrar de que forma o conceito ‘discricionariedade judicial’ avançou em termos doutrinários.

Observa-se que negligenciar a definição de um conceito traz dois problemas a qualquer linguagem científica e, especialmente, à linguagem da Ciência do Direito, em razão de seus inúmeros termos ambíguos e vagos, quais sejam: o risco de disputas ou acordos meramente (*rectius* unicamente) verbais.<sup>259</sup>

---

<sup>256</sup> BARROSO, Luís Roberto. Casos difíceis e a criação judicial do Direito. Seminário Teoria da Decisão Judicial: 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. – Brasília: CJF, 2014 186 p.: II. – (Série cadernos do CEJ; 30). 15ISBN 978-85-8296-009-7.

<sup>257</sup> Confira-se, por todos, BEDAQUE, José Roberto Santos. Discricionariedade Judicial. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 354, mar./abr. 2001, p. 187-188. Sobre a inadequação de se restringir o estudo da discricionariedade aos atos administrativos, remete-se o leitor a (MORTATI, Costantino. *Potere Discrezionale. Nuovo Digesto Italiano. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese: Torino, 1939-1942, p. 77).*

<sup>258</sup> Nesse sentido, o saudoso Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (“Curso de Direito torna célebre o princípio da insindicabilidade do Mérito Administrativo para designar a norma segundo a qual o mérito não pode ser alvo de controle judicial, sendo de exclusivo controle por parte da Administração Pública, por meio do sistema de autotutela administrativa dentro dos critérios: oportunidade e conveniência. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 45).

<sup>259</sup> Acordos e disputas genuínos são aqueles em que as partes acordam ou discordam nas suas convicções. Por outro lado, são falsos os acordos ou disputas (meramente verbal) quando o dissenso surge da distinção do sentido que a palavra é utilizada por cada utente. Assim, a definição do conceito empregado no discurso científico faz com que os falsos acordos ou disputas se dissipem. (SENRA, Alexandre. A coisa julgada no Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm. 2017, p. 69-70).

### 3.1.4 Breve introdução ao verdadeiro sentido de discricionariedade judicial: o debate entre Dworkin e Hart

Cumpra destacar, para fins de evolução, do tema ‘discricionariedade judicial’ o debate entre os doutrinadores clássicos da filosofia do direito, pois é a disputa entre Dworkin e Hart que celebrizou o tema ‘discricionariedade judicial’. Não se pode, neste contexto, prescindir dos vieses conferidos por estes autores, mesmo que em suscinta retomada de ideias.<sup>260</sup>

Desta forma, coube a Hart, baseado no positivismo de Kelsen (cujos esquemas legais eram concebidos a partir de normas escalonadas),<sup>261</sup> admitir o uso da discricionariedade por parte do julgador. Para ele, a discricionariedade seria vital, pois as normas possuem textura aberta. Esta característica seria arraigada à norma, tendo em vista a impossibilidade de a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento prever todas as situações possíveis, seja a partir do precedente judicial ou da legislação.

Na visão de Hart, a textura aberta da norma tem ligação com a imprevisibilidade dos objetos (ações humanas) e acrescenta o autor que a busca da criação de normas, “cuja aplicação nunca exigiria escolha adicional, seria um mundo adequado a uma jurisprudência mecânica.”<sup>262</sup>

Diante deste quadro de incompletude e textura aberta das normas, os tribunais exerceriam, na visão do autor, uma função legislativa limitada, denominada

---

<sup>260</sup> PAULINI, Umberto. Breves notas sobre a polêmica que medeia as construções teóricas de H.L.A. Hart e Ronald Dworkin. Revista Eletrônica do CEJUR, v. 1, n. 1, ago./dez. 2006. Disponível em: <[ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14840/9961](http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14840/9961)>. Acesso em: 24 de setembro 2019.

<sup>261</sup> O sentido jurídico específico de um fato ou ato só existe por intermédio de uma norma que lhe empresta a significação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Ocorre que, para Kelsen, a determinação normativa nunca é completa, ou seja, resta sempre uma margem de livre apreciação do julgador (a norma sempre tem um grau de indeterminação). Entretanto essa esfera de liberdade na análise do julgador é sempre limitada por uma moldura jurídica, que é o ordenamento hierarquicamente superior que a legitima. (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003., p. 4 e 394).

<sup>262</sup> “É típico da condição humana e, também, da legislação, que labutemos com duas desvantagens interligadas sempre que procuramos regulamentar, antecipadamente e sem ambiguidade, alguma esfera de comportamento por meio de um padrão geral que possa ser usado sem orientação oficial posterior em ocasiões específicas. A primeira desvantagem é nossa relativa ignorância dos fatos; a segunda é a relativa imprecisão de nosso objetivo. Se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar, fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades. Poderíamos criar normas cuja aplicação a casos particulares nunca exigiria uma escolha adicional. Poder-se-ia tudo saber e, como tudo seria conhecido, algo poderia ser feito em relação a todas as coisas e especificado antecipadamente por uma norma. Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência ‘mecânica’.” (HART, H.L.A. O conceito de direito / H.L.A. Hart; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão de tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rossa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 166).

discricionarietà judicial. Entretanto, a concepção de Hart liga-se a discricionarietà, sobretudo nos *Hard Cases*, a saber: “[...] o direito é, nesses casos, fundamentalmente incompleto e, para chegarem a uma decisão em tais casos, os tribunais precisam exercer a função legislativa limitada que denomino discricionarietà.”<sup>263</sup>

Como já mencionado, na visão de Hart, haveria uma margem de liberdade em qualquer ato de interpretação, mas o juiz só deve decidir com discricionarietà quando a norma jurídica não existir no caso concreto (*Hard Cases*). Ele afirma que o ordenamento jurídico não contempla resposta a todos os casos e, portanto, seria necessário o uso da discricionarietà para a decisão, principalmente em casos difíceis.

No entanto, visando contrapor a tese hartiana, Ronald Dworkin afirma que o poder discricionário costuma ser utilizado em diferentes formas, uma, no sentido que ele denomina de ‘fraco’ e, a outra, teria um sentido intitulado ‘forte’. Importante que, com isso, Dworkin não está assumindo a existência de diversos tipos de discricionarietà, muito menos pretende mudar o significado do termo com a utilização de adjetivos (fraco e forte).

Em verdade, parece que o objetivo do jusfilósofo norte-americano é deixar evidente que as pessoas costumam utilizar a palavra discricionarietà em sentidos diversos, e que um desses seria representativo do positivismo, tendo real importância para o debate jurídico.<sup>264</sup>

Desta forma, em um primeiro sentido (fraco) do termo, costuma-se dizer que um homem tem poder discricionário quando seu dever for definido por padrões que ‘pessoas razoáveis’ possam interpretar de maneiras diferentes.<sup>265</sup>

Por sua vez, a discricionarietà, em sentido forte, estaria caracterizada pela ausência de limitações ao titular do poder, por meios de quaisquer padrões estabelecidos por outra autoridade.<sup>266</sup>

---

<sup>263</sup> No original: “*Hard cases, controversial in the sense that reasonable and informed lawyers may disagree about which answer is legally correct, but the law in such cases is fundamentally incomplete: it provides no answer to the questions at issue in such cases. They are legally unregulated and in order to reach a decision in such cases the courts must exercise the restricted law-making function which I call discretion.*” (HART, H.L.A. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford University Press. 1997, p. 252).

<sup>264</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

<sup>265</sup> Dworkin dá o exemplo de um sargento, que terá poder discricionário quando receber uma ordem de escolher os cinco homens mais experientes para fazer uma patrulha. Aqui a discricionarietà viria equiparada à mera exigência de alguma capacidade de raciocínio do tomador de decisão. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 108.

<sup>266</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 108-109.

Em suma, para o autor, fala-se em sentido forte do termo, quando um conjunto de padrões que impõe deveres, não visa a impor um dever de tomar uma decisão específica. Discricionariedade, neste caso, significa a ausência de limitações por padrões de autoridade. Ou ainda, quando se apresenta em uma situação de ‘indiferença jurídica’, traduzida na “faculdade de opção dentre uma pluralidade de decisões possíveis (todas igualmente válidas de um ponto de vista puramente jurídico, imputável à autonomia do órgão chamado a decidir.”<sup>267</sup>

Na discricionariedade em sentido forte, o intérprete estaria absolvido da correção da decisão, podendo escolher livremente entre uma série de possibilidades que se lhe apresentassem no momento da decisão.<sup>268</sup>

Reafirma-se que o termo ‘discricionariedade judicial’ é repleto de ambiguidades, e costuma ser utilizado em variados sentidos, mas, representa, para autores que atuam dentro do programa do Neoprocessualismo, na superação do esquema subsuntivo e da metodologia abstrata-normativista de cariz racionalista de aplicação do direito.

Ovídio Baptista da Silva, por exemplo, emprega o termo ‘discricionariedade judicial’ atrelando-o a uma perspectiva de enfrentamento da lógica matemática estruturante do pensamento jurídico moderno, que consideraria impossível uma sentença que, “não sendo escrava do texto, não fosse, mesmo assim, ‘arbitrária’, que pudesse conter discricionariedade sem arbitrariedade.”<sup>269</sup>

A visão da discricionariedade judicial proposta por Ovídio Baptista da Silva, nesta perspectiva, reafirma-se, é formulada como um combate à ideia comum de que a função do intérprete seria a de descobrir o sentido único da lei, numa tarefa não interpretativa, mas, puramente declaratória. O autor está, de fato, disposto a defender o caráter hermenêutico do

---

<sup>267</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 108-110.

<sup>268</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O problema da discricionariedade. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico e da sua metodologia e outros. Volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 538.

<sup>269</sup> Nesse sentido, adverte Ovídio: “Ou interpreta-se a intenção do legislador e ela terá de variar, segundo as circunstâncias vistas da perspectiva do intérprete, ou não haverá interpretação. A plurivocidade do texto é uma contingência hermenêutica, mesmo quando se adote critérios de interpretação sistemáticos. Desta perspectiva, percebe-se bem o ‘caráter produtivo’ da interpretação, o direito ‘estatuído’ – não apenas ‘declarado’ pela jurisprudência. Do contrário, ficaríamos – como na verdade nos encontramos -, a reproduzir a própria lei, numa tarefa puramente declaratória, apenas esclarecendo seu ‘verdadeiro’ sentido. Isto não é interpretação. Ainda estaríamos submetidos à lógica matemática ou à lógica das ciências experimentais”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Processo e ideologia. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 283).

direito e a ideia de que a “interpretação que não considere a tensão entre o texto e a situação do intérprete, na verdade é falsa interpretação.”<sup>270</sup>

Idêntica postura é a de Darci Guimarães Ribeiro pois considera que “o ato de julgar é insofismavelmente discricionário”. Para ele, a ‘discricionarietà’ seria imanente ao ato de julgar, “na medida em que sempre deverá haver interpretação quando da aplicação da lei ao caso concreto”, razão pela qual, conclui que a ‘discricionarietà’ não se confundiria com arbitrariedade.<sup>271</sup>

É importante deixar ressaltado que, dada a ambiguidade terminológica, a ‘discricionarietà judicial’ exsurge, para estes autores, justamente do rompimento com o modelo subsuntivo-abstrato e matemático de aplicação do direito e, via de consequência, ampliação da liberdade do intérprete no momento da recriação da norma, todavia, sem transbordar para a ideia oriunda do direito administrativo, que se reafirma, originalmente, atrelada à concepção de juízos de oportunidade e conveniência, portanto, não sindicáveis (impossíveis de controle).

Promovidas as diferenciações entre as concepções de ‘discricionarietà judicial’, bem como identificada a acepção de discricionarietà administrativa, resta-nos, então, rumar pela aproximação de sentido daquela que é o objeto deste estudo.

### **3.1.5 A necessária aproximação da definição dos sentidos que se adota para discricionarietà judicial: sentido ‘forte’ e sentido ‘fraco’**

Fixadas as diversas concepções que se tem quanto à ‘discricionarietà judicial’, cumpre, nesta fase da pesquisa, envidar esforços na tentativa de elucidar o seu sentido, ou melhor, definir o significado em que o conceito fora adotado.<sup>272</sup>

<sup>270</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Processo e ideologia. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 283.

<sup>271</sup> Note-se, que o referido autor também atrela a discricionarietà ao caráter hermenêutico do Direito, trabalhando com o conceito no mesmo plano que fazia Ovídio Baptista da Silva. Por isso, é necessário advertir: o termo discricionarietà judicial utilizado (não é o do senso comum), pois, não se confunde com a livre escolha do aplicador do Direito. (RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas atípicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 66-67). Sobre o diálogo do intérprete com o texto, em especial na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, vide SICCA, Gerson dos Santos. Discricionarietà administrativa: conceitos indeterminados e aplicação. Curitiba: Juruá, 2006, p. 126.

<sup>272</sup> Definições são enunciações de conceitos (ideias). No registro de Tárek Moysés Moussallem: “O objetivo de se definir é explicitar o conceito (aqui entendido como significado) das palavras (símbolos) empregados no processo comunicacional, sempre empregando outras palavras. (MOUSSALEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 58). Segundo Senra: “Com a definição enuncia-se o significado em que uma palavra é utilizada, ou seja, comunica-se o conceito que se tem em consideração ao fazer uso da palavra. Ou seja, “definição dos conceitos que a palavras nos remete.” (SENRA, Alexandre. A coisa julgada no Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm. 2017, p. 67).

Pode-se retomar as duas acepções em que a ‘discricionariedade judicial’ é adotada (aceita) pela doutrina jurídica: *i*) sentido ‘forte’, desde que a própria norma delegue a margem de liberdade, mediante oferta de soluções que são indiferentes jurídicos; e *ii*) sentido ‘fraco’, quando a interpretação dos textos legais, por sua textura aberta, impõe uma margem de liberdade ao juiz, mas neste caso, existem parâmetros a serem seguidos.

No primeiro esquema (sentido ‘forte’), argumenta-se que na discricionariedade genuína o ponto de vista (avaliação) daquele que exerce o poder discricionário deve valer como relevante e decisivo. É o poder de quem determina, segundo seu modo de ver e o seu próprio querer, qual o objetivo próximo, imediato, da sua atuação.<sup>273</sup>

Em realidade, este sentido ‘forte’ de ‘discricionariedade judicial’, ocorreria quando possibilidades, entre si contrapostas, fossem lícitas conforme o direito, deixando ao intérprete o poder de optar por uma ou outra, sem agir contrariamente ao ordenamento, em qualquer das alternativas. Trata-se de iguais jurídicos, e a escolha por qualquer deles, não poderia ser, por óbvio, antijurídica, mas mero ato discricionário.

Neste caso de discricionariedade, a pluralidade de sentidos, além de ser inevitável, é pretendida pelo legislador, por consequência, imanente ao poder discricionário. Revela-se um espaço de liberdade para ação, resolução e escolha entre várias espécies de conduta igualmente possíveis, justamente porque o direito positivo não dá a qualquer destas espécies de conduta, preferência sobre as outras.

Porém, vale indagar sobre o significado de ‘espaço livre’. O professor alemão English, aponta que é justamente a possibilidade de escolher entre várias alternativas de decisão, quer o ‘espaço livre’ esteja apenas entre duas decisões contraditoriamente opostas (fazer ou não fazer alguma coisa, conceder ou não uma autorização, homologar ou não um acordo) ou, entre várias decisões à escolha numa relação disjuntiva (nomeação de um perito de uma lista de três, escolha de determinada medida necessária, dentre numerosas hipóteses no caso concreto).<sup>274</sup>

Nesse ângulo, o ‘espaço de livre apreciação’ se traduz na possibilidade de se decidir por uma dentre várias alternativas. A possibilidade que se trata aqui não é aquela derivada da pluralidade de sentidos do conceito indeterminado, pois, se assim fosse, a

---

<sup>273</sup> ENGLISH, Karl, Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 216.

<sup>274</sup> ENGLISH, Karl, Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 218-220.

‘discricionarietà’ seria uma mera ‘indumentária linguística’, que poderia ser entendida e aplicada de maneiras diferentes.

Esta competência conferida pelo legislador é uma delegação de poder para tomar uma decisão que o legislador não tomou ele mesmo, mas remeteu para o juiz, porque só pode ser tomada considerando os fatos e circunstâncias que são descobertas na relação jurídica processual concreta.<sup>275</sup>

No domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem é chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo ‘espaço de jogo’ será havida como sendo a melhor e mais ‘justa’.<sup>276</sup>

No segundo esquema (sentido ‘fraco’ da ‘discricionarietà judicial’) se posiciona o problema que diz respeito à descoberta do Direito, ou seja, à interpretação da lei.

A expressão ‘discricionarietà judicial’, neste sentido, tem relação com o reconhecimento de que, para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico. Em certos momentos interpretativos, em face da plurissignificação ou do alto grau de abstração de um texto normativo, admitir-se-á, na atuação do julgador, uma dimensão não meramente declarativa de um resultado já anteposto concretamente pela norma.<sup>277</sup>

Admitidos os sentidos em que a discricionarietà judicial<sup>278</sup> pode ser legitimamente adotada no direito, deve-se fazer um breve incursionamento sobre a conclusão de Mauro Cappelletti acerca do tema, uma vez que fornecera um dos maiores contributos para o desenvolvimento sistemático e histórico da discricionarietà judicial.

---

<sup>275</sup> ENGLISH, Karl, Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 220.

<sup>276</sup> Consoante relata Alexandre Goes, nesse sentido de discricionarietà, é a própria norma que autoriza o juiz a decidir e escolher: “Deste modo é que o juiz, diante de um texto ou enunciado normativo que se apresente sob a forma de uma cláusula geral, terá como tarefa, de regra, definir o sentido de termos que poderão se apresentar porosos, em seu antecedente, e, ainda, por outro lado, estabelecer consequentes ou efeitos jurídicos, cuja criação foi deixada, por aquele mesmo enunciado, sob sua responsabilidade.” (GOES, Alexandre. O poder geral de efetivação das decisões judiciais e sua cláusula geral. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 38-39).

<sup>277</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, UniCEUB, V. 5, número especial, 2015. p. 33.

<sup>278</sup> Neste ponto, promovido o acordo semântico quanto a discricionarietà judicial, aqui, no sentido de convencionar que o seu significado é ‘margem de liberdade interpretativa’, não serão mais empregadas as aspas.

### 3.1.6 A visão privilegiada de Mauro Cappelletti quanto ao tema discricionariedade judicial<sup>279</sup>

Em seu ‘Juízes Legisladores?’, Mauro Cappelletti discorre sobre o tema discricionariedade judicial de forma enfática, razão pela qual se justifica a transcrição literal de sua introdução:

O presente estudo comparativo não tem finalidade de demonstrar a verdade banal, embora infinitas vezes negada ou ocultada, em todas as épocas e com inexaurível perseverança, da criatividade da jurisprudência (discricionariedade judicial). Ele pretende investigar, sobretudo, as razões pelas quais tal criatividade tem se tornado mais necessária e acentuada nas sociedades contemporâneas, e precisar a tipicidade, todavia permanente, do processo jurisdicional, que, no fundamental, permanece distinto do processo legislativo com todas as suas consequências – “debilidades” e “virtudes”, reais ou potenciais – decorrentes de tal diferença.<sup>280</sup>

Assoma da obra em referência uma visão privilegiada dos motivos pelos quais ocorre o que o autor denominou de ‘explosão do papel da jurisprudência’ como fator de adaptação do direito às profundas transformações da realidade social, com ricas convergências internacionais.<sup>281</sup>

Dessas premissas percebe-se que, nitidamente, o autor perpassa primeiro pelo estudo das causas do fenômeno da discricionariedade judicial, notadamente, identificando o agigantamento dos outros poderes donde decorreria que o judiciário serve como o contrapeso necessário à contenção daqueles.<sup>282</sup>

<sup>279</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

<sup>280</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 42.

<sup>281</sup> Para a retomada deste tema, o capítulo “2” desta pesquisa fora profícuo. Cf.: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 42.

<sup>282</sup> Mauro Cappelletti afirma que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e o conseqüente advento dos direitos sociais demandou intervenção ativa do Estado, o que implicou o surgimento do legislador-gigante, com a ampliação da intervenção legislativa, e o administrador-gigante, dada sua posição proativa na execução das leis. Essa situação dá ensejo ao surgimento de um terceiro gigante, “capaz de controlar o legislador mastodonte e leviatanesco administrador, impondo-se a expansão do âmbito do direito judiciário e, de conseqüente, o aumento da criatividade dos juízes” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 31-39).

Com notável sensibilidade a obra demonstra a percepção de que, exatamente com o aumento da quantidade de textos legislativos (que tinham por objetivo maior tornar o juiz um mero “boca da lei” e, portanto, diminuir-lhe a margem de liberdade interpretativa) fora o que ocasionara o aumento da interpretação e, via de consequência, da discricionariedade judicial.

Cappelletti complementa que a discricionariedade judicial aumenta proporcionalmente à crescente de normas a serem interpretadas: “a expansão do direito legislativo, no estado moderno acarreta e ainda está acarretando consigo a paralela expansão do direito judiciário[...]”. É prova, segundo o autor, da negação da antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade interpretativa dos juízes ou margens de liberdade limitada que denomina de ‘discricionariedade judicial’.<sup>283</sup>

Pelo que se deflui dos estudos do referido autor, as ideias de interpretação e discricionariedade judicial são correlatas e estão implicadas, no sentido de que não haveria interpretação sem margem de liberdade (discricionariedade judicial). Para Cappelletti: “na verdade, o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa”.<sup>284</sup>

A discricionariedade judicial seria, neste ângulo, fenômeno comum a todo processo interpretativo, mas, aumenta proporcionalmente ao grau de indeterminação do texto normativo.<sup>285</sup>

Na obra que se tomou como referência (juízes legisladores?), perseverou-se por correlacionar interpretação e discricionariedade judicial, bem como destaca-se que haverá aumento proporcional entre a margem de liberdade, conforme os textos legais admitam maior abertura. Entretanto, de imediato, Cappelletti separa as ideias de total liberdade

---

<sup>283</sup> Por essas premissas o Cappelletti conclui: “Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que, na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade”. (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 21).

<sup>284</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 22.

<sup>285</sup> Para Cappelletti toda interpretação é criativa e, que “sempre se mostra, inevitável, um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pelas simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”. (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999, p. 42).

(arbitrariedade) e liberdade condicionada aos limites substanciais e formais (discricionariiedade).

Nesse sentido, esclarece Cappelletti que discricionariiedade é assim – escolha, mas não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Por isso o autor aduz que “discricionariiedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz não é um criador completamente livre de direito.”<sup>286</sup>

Segue com a conclusão, mas sem prescindir da certeza da correlação entre os temas interpretação e discricionariiedade judicial, de que é necessário o estudo do sentido da preservação de certas características essenciais à atividade judicial, “sem as quais seria inevitável o risco de sua perigosa perversão”. Por isso Cappelletti desenvolve a sua obra objetivando introduzir critérios (limites) para conter a discricionariiedade judicial.<sup>287</sup>

Muito bem compreendidas as lições, pode-se estabelecer que o autor confirma a ideia da discricionariiedade judicial, justamente no mesmo sentido que fora adotado nesta pesquisa, ou seja, margem de liberdade interpretativa, todavia, balizada por critérios. Por isso, seria, correlacionando com a teoria de Dworkin, ‘sentido fraco de discricionariiedade judicial’, que fora trabalhado no item anterior da pesquisa.

Esse reconhecimento da atividade criativa do julgador, já se disse que embora comum a todo processo interpretativo, foi intensificado nesse tempo de normas com textos abertos.

Desta feita a pertinência, mais uma vez das lições do autor em referência pois reconhece que as margens de liberdade interpretativas, de fato, são inexoráveis ao próprio processo interpretativa. Nas palavras de Cappelletti: “em suma, quando se fala de juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado”.<sup>288</sup>

Nesse sentido complementa o autor que em decorrência das normas de textura aberta, de fato, intensifica-se a discricionariiedade judicial tratada nessa pesquisa, pois “embora a

---

<sup>286</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 24.

<sup>287</sup> Mauro Cappelletti chama a atenção para algumas enfermidades da criação judiciária do direito, entre as quais destaca — e é a de maior importância para o tema sob enfoque — a de seu caráter antidemocrático, cf.: CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 48.

<sup>288</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 24-25.

interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que, a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século.”<sup>289</sup>

Malgrado o autor acabe por afirmar que toda interpretação é criativa, conclui, portanto, que sendo fenômeno do nosso tempo, a verdadeira discussão que nos legou, reside no grau de criatividade e nos modos, limites e legitimidade desta criatividade judicial.<sup>290</sup>

Por assim, ao fazer essa digressão quanto a pesquisa do autor Mauro Cappelletti, importa agora promover a tomada de posições concernente à discricionariedade judicial e conclusões quanto esse tema para que se ingresse ao que interessa a essa pesquisa, ou seja, se possa apontar os critérios de controle desses poderes judiciais decorrentes dessas margens de liberdade limitadas pelo sistema (discricionariedade judicial em sentido fraco).

### **3. 2 A TOMADA DE POSIÇÃO QUANTO AO TEMA – DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: sentido fraco da discricionariedade judicial (margens de liberdade interpretativa)**

Cogitamos nesta pesquisa quanto à discricionariedade na interpretação judicial. Assim, a despeito das divergências de sentido, nos importa, a partir dessa fase da pesquisa, definir em qual sentido o termo foi adotado, para, ao após, traçar os limites da discricionariedade judicial e/ou liberdades interpretativas, sem descuidar que há autores, a exemplo de Castanheira Neves, que negam, inclusive, a distinção entre aplicação da norma e discricionariedade judicial.<sup>291</sup>

Fabrizio di Marzio define, com precisão, o conceito de discricionariedade interpretativa: “*Con il sintagma ‘discrezionalità interpretativa’ intendo riferirme al potere, proprio dell’attività decisoria, di scelta nel merito, considerato tuttavia non in se stesso ma*

<sup>289</sup> No sentido das lições de Cappelletti quanto maior a amplitude semântica da norma, maior as margens de liberdade do juiz. Em suas palavras: “[...] quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.” (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 31 e 42).

<sup>290</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 24-25.

<sup>291</sup> Para uma resenha analítica das diferentes concepções em torno do tema da discricionariedade, com incursões na doutrina germânica, conferir: NEVES, A. Castanheira. O problema da discricionariedade. In: DIGESTA – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 534 e segs.

*in quanto conseguenza del potere di scelta che il giudice esercita – prima che sulla soluzione da adottare – sulla interpretazione da effettuare per giungere alla soluzione”.*<sup>292</sup>

É assim que as conclusões de Engisch ainda se mostram atuais, na medida em que estabelece que a discricionariedade subsiste quando a decisão ‘justa’ demanda uma especial análise das características do caso concreto. É dizer, seria um ‘mal’ que se tem de tolerar em prol da equidade. Trata-se aqui de ‘espaço residual’ para a ‘apreciação do justo’ que persiste depois de terem sido consideradas e atendidas todas as possíveis regras e circunstâncias, e que não pode ser, totalmente, eliminado.<sup>293</sup>

Mas, recobre-se, que para o autor o ‘autêntico’ poder discricionário é atribuído pelo direito quando a decisão última, sobre o justo (correto, conveniente, apropriado), no caso concreto, é confiada à responsabilidade de alguém, ou melhor, é deferida à concepção (em particular, à valoração) da personalidade chamada a decidir, e isto, não apenas pela impossibilidade de excluir um ‘resto’ de insegurança, mesmo através de regras, por mais minuciosas que sejam, mas porque se considera ser a melhor solução aquela que, dentro de determinados limites, alguém, olhando como pessoa consciente de sua responsabilidade, faça valer as características do caso concreto.<sup>294</sup>

Por consequência disso, afirma Engisch que na discricionariedade autêntica, as alternativas legadas do legislador ao julgador, são verdadeiros indiferentes jurídicos (duas ou mais opções deixadas para opção do decisor, mas cujo resultado não se altera, substancialmente, com a escolha de qualquer deles), ao seu critério de escolha, que a partir dos exemplos clássicos do autor poderiam ser transportados para a atualidade nas hipóteses do §1º do art. 459, do CPC/2015<sup>295</sup> ou art. 482 do mesmo diploma legal.<sup>296</sup>

<sup>292</sup> Em tradução livre: “Com a frase ‘discrição interpretativa’, refiro-me ao poder, próprio da tomada de decisão, de escolha por mérito, porém considerado não por si só, mas como consequência do poder de escolha que o juiz exerce - antes da solução a ser adotada - sobre o mérito. interpretação a ser realizada para alcançar a solução”. (DI MARZIO, Fabrizio. *Interpretazione giudiziale e costrizione. Ipotesi sulla legittimazione della discrezionalità interpretativa. Rivista di Diritto Civile*, Padova, a. LII, n. 3, p. 395-426, maio/jun. 2006., p. 399). Em sentido semelhante é a obra de TEPEDINO, Gustavo. *Velhos e Novos Mitos na Teoria da Interpretação. Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 28, p. iii-v, out./dez. 2006

<sup>293</sup> ENGISH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 221-222.

<sup>294</sup> ENGISH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 221-222.

<sup>295</sup> CPC/2015: “Art. 459. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida. § 1º O juiz poderá inquirir a testemunha tanto antes quanto depois da inquirição feita pelas partes.”

<sup>296</sup> CPC/2015: “Art. 482. Ao realizar a inspeção, o juiz poderá ser assistido por um ou mais peritos.

Em suma, nesses casos, o que é deixado à margem de escolhas do juiz, são verdadeiros indiferentes jurídicos, pois escolhendo uma ou outra opção, não há substancial alteração de resultado jurídico.

No entanto, como estabelecido no capítulo anterior, o autor afirma que existe uma classe de conceitos jurídicos, que são conceitos discricionários e que possuem a característica peculiar de serem formulados pela sua própria estrutura, como um chamado ao preenchimento por uma autoridade, a quem competirá fazer a valoração necessária ao seu preenchimento. Tais conceitos seriam indeterminados e normativos ou, ainda, cláusulas gerais, cujas margens de liberdade são ainda maiores.<sup>297</sup>

Por consequência, essas margens de liberdade, à partir dessa categoria de preceitos normativos, consistem verdadeiro chamado para que o decisor os valore, dentro de parâmetros razoáveis e, por assim, conclui que é plenamente defensável que haja discricionariedade judicial, também nestas hipóteses, embora não autêntica.

Pode-se perceber que, para Engisch, a discricionariedade autêntica ocorreria quando o legislador deixasse expressamente determinado ao julgador certa margem de liberdade ampliada para escolhas que são indiferentes jurídicos ou liberdade restringida quando o legislador delegasse escolhas que são parametrizadas por critérios do próprio sistema jurídico.<sup>298</sup>

A conclusão de Engisch, portanto, é muito similar à de Dworkin, na medida em que estabelece duas ordens de discricionariedade: *i*) uma atrelada à ideia de interpretação parametrizada pelo direito (a que Engisch chamou de não autêntica e Dworkin denominou de discricionariedade no sentido fraco); e *ii*) outra, que só ocorre quando o próprio legislador estabelece expressamente, certa margem de liberdade ao julgador (para Engisch discricionariedade judicial autêntica e para Dworkin sentido forte da discricionariedade).<sup>299</sup>

---

<sup>297</sup> ENGISH, Karl, Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 225.

<sup>298</sup> ENGISH, Karl, Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 225.

<sup>299</sup>Curioso ainda observar que estas ideias já estavam espalhadas na obra de Kelsen, cujas lições retoma-se apenas para correlacioná-las ao que exposto agora. Desta feita recobre-se que Kelsen a subdivide as margens de liberdade decorrentes das espécies de indeterminação que contenha a norma, quais sejam: *i*) a indeterminação do ato de aplicação do Direito pode ser intencional e, neste caso afirma Kelsen que a indeterminação pode estar na intenção do legislador que deixa ao órgão julgador uma opção que deve ser promovida no caso concreto<sup>299</sup>; e *ii*) a indeterminação do ato de aplicação do Direito pode ser não-intencional e aqui inclui as situações de falta de univocidade do texto legal, pluralidade de significações de

Dessa forma, ambos admitem a possibilidade de existência de discricionariedade na ordem jurídica, conformada pelo princípio do Estado de Direito, no sentido de que a convicção pessoal (particularmente a valoração) é ‘elemento decisivo’ para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo ‘espaço de jogo’ será havida como sendo a melhor e mais justa.<sup>300</sup>

Todavia, o ‘espaço do jogo’, é sempre controlado pelo legislador, que o estabelece como indiferente jurídicos para o a hipótese de discricionariedade judicial em sentido forte (autêntico) ou sendo relevante, só autoriza a discricionariedade em sentido fraco (não autêntica).

Por consequência da conclusão deste tópico, é importante cravar:

I) O debate sério acerca da discricionariedade judicial impõe primeiro que se fixe o sentido do termo. No caso, optamos por descolar o sentido da discricionariedade judicial aos critérios de oportunidade e conveniência, correlatos ao sentido de discricionariedade administrativa.

II) É possível, em direito, identificar duas espécies de discricionariedade de acordo com o processo intelectual do julgador: *i*) a discricionariedade decisória (relacionada ao próprio ato em si que envolve escolhas a partir de margens de liberdade deixadas expressamente pelo legislador) e que coaduna com o sentido forte de discricionariedade pensado por Dworkin ou de autêntica para Engisch; e *ii*) a discricionariedade cognitiva – interpretativa (que diz respeito ao processo de interpretação) relacionada ao sentido fraco de discricionariedade de Dworkin e não autêntico de Engisch, uma vez que balizados por critérios – limites (formais e substanciais).<sup>301</sup>

---

uma palavra. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. 1996, p. 388-389.

<sup>300</sup> ENGISH, Karl, Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 227.

<sup>301</sup> Os esquemas de discricionariedade decisório e cognitivo são aprofundados por TUTUNGI Jr, Nicola. Discricionariedade judicial: uma análise crítica. Disponível em:<<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/312688/DLFE28583.pdf/17Discricionariedade.pdf>>. Acesso em 20 jan 2019.

Repisa-se, que o sentido adotado nesta pesquisa é o de discricionariedade interpretativa, por isso discricionariedade judicial em sentido fraco, haja vista que estará sempre restrita a critérios formais e substanciais de controle.

A advertência é de suma importância, pois algumas teorias contrárias à existência de discricionariedade na atividade judicial se valem de referido conceito de discricionariedade administrativa; de fato, a discricionariedade objeto deste estudo nada tem a ver com a integração da norma a partir de critérios subjetivos próprios do julgador, ou com juízos de conveniência e oportunidade, portanto a que se atribui o caráter de insindicáveis.<sup>302</sup>

À sua vez, Barroso afirma essa diferenciação entre a discricionariedade administrativa e judicial, pois segundo o autor “a cláusula aberta abre, de certa forma, espaço para discricionariedade de modo que, aumentaram, potencializaram as escolhas judiciais, [...] mas sempre lembrando que discricionariedade judicial não significa o mesmo que discricionariedade administrativa, que é livre escolha entre alternativas legítimas.”<sup>303</sup>

Em conformidade com a tradução livre das precisas lições de Aharon Barak se extrai um primeira visão de discricionariedade judicial, sempre atrelada aos parâmetros concedidos pelo próprio sistema jurídico a que estiver submetido. Nas palavras do autor em tradução livre: “A discricionariedade judicial, de acordo com nossa definição, é o poder concedido ao juiz para escolher entre várias possibilidades, cada uma delas legítima no contexto do sistema. Na interpretação de uma ‘regra estatutária’ (códigos ou leis escritas), esse poder significa a realização de uma das várias possibilidades incorporadas na linguagem do ‘estatuto’.”<sup>304</sup>

---

<sup>302</sup> Por vezes, entretanto, a divergência reside muito mais na terminologia utilizada do que na amplitude dos poderes conferidos ao juiz. Confira-se, por todos, (BEDAQUE, José Roberto Santos. Discricionariedade Judicial. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 354, p. 187-195, mar./abr. 2001, p. 187-188). Sobre a inadequação de se restringir o estudo da discricionariedade aos atos administrativos, remete-se o leitor a MORTATI, Costantino. *Potere Discrezionale. Nuovo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografica – Editrice Torinese: Torino, 1939-1942, p. 77).

<sup>303</sup> Assim o autor conclui que, de qualquer forma, os poderes discricionários judiciais deveriam ser limitados: “o juiz não tem livre escolha e, sempre que for possível ter um critério objetivo, é melhor do que a discricionariedade subjetiva. A verdade não tem dono. Subjetivamente existe sempre uma resposta correta, e o ideal é minimizar a discricionariedade do juiz.” (BARROSO, Luís Roberto. Casos difíceis e a criação judicial do Direito. Seminário Teoria da Decisão Judicial: 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. – Brasília: CJF, 2014 186 p.: II. – (Série cadernos do CEJ; 30). 15ISBN 978-85-8296-009-7).

<sup>304</sup> No original: “*Judicial discretion, according to our definition, is the power given to the judge to choose from among a number of possibilities, each of them lawful in the context of the system. In the interpretation of a statutory rule, this power means the carrying out of one of the various possibilities that are embedded in the language of the statute.*” (BARAK, Aharon. *The Formal Sources of Judicial Discretion. Judicial*

Por isso seguem as conclusões de Barak que aponta a existência do que denomina de ‘legislação judicial’, mas observa que a discricionariedade judicial não é absoluta, mas limitada. Por consequência, indica que as limitações são de duas ordens, a saber as processuais (equidade e retidão) e as limitações substantivas (razoabilidade). A primeira, concernente, por consequência, à retidão do instrumento (processo) e a segunda relativa a critérios de justiça (direito do caso concreto).<sup>305</sup>

Pelo processo, a limitação ocorreria a partir de adoção de mecanismos de tratamento equo de seus partícipes, instalando-se critérios de determinados padrões de eticidade (retidão) o que imporá um procedimento legítimo à formação da decisão (critério ou ‘limite formal’).

Tocante à resposta obtida por intermédio do processo, critério ou ‘limite substancial’, veja-se que o padrão de razoabilidade a que está se referindo o autor é daqueles resulta do processo interpretativo, pois entende que a interpretação da norma deve ocorrer dentro de padrões razoáveis do próprio sistema, seja decorrente da lei ou dos precedentes. Em tradução livre: “O padrão que dirige a discricionariedade judicial, em sua forma limitada, é o da razoabilidade. O juiz deve exercer sua discricionariedade e escolher entre as várias possibilidades de maneira razoável. A razoabilidade requer o exame de fatores ‘culturais’, um dos quais, a saber, o sistema normativo geral (lei), inclusive e sobretudo o sistema de precedentes onde existirem esses sistemas.”<sup>306</sup>

---

*Discretion*. Yadin Kaufmann, Yale University Press, New Haven; London, 1989, p. 90–110). Disponível em JSTOR, <[www.jstor.org/stable/j.ctt211qxt8.6](http://www.jstor.org/stable/j.ctt211qxt8.6)>. Acesso em 9/05/2020.

<sup>305</sup> No original: “What is a normative structure, and what does such a structure do to a legal system—these are the fundamental queries of a legal philosophy. As I noted, I do not intend to deal with these questions. For our purposes, it is enough to say that from the fact that judicial discretion is limited, and not absolute, it follows that the judge is not free to give the legal norm whatever content he desires. The institutionalized normative system limits the scope of the considerations he may take into account. [...] pointed to the existence of “judicial lawmaking” and noted that judicial discretion is not absolute but limited. Further, I discussed generally the procedural limitations (fairness) and the substantive limitations (reasonableness) that are imposed.” (BARAK, Aharon. *The Formal Sources of Judicial Discretion*. *Judicial Discretion*. Yadin Kaufmann, Yale University Press, New Haven; London, 1989, p. 152. JSTOR, in: <[www.jstor.org/stable/j.ctt211qxt8.6](http://www.jstor.org/stable/j.ctt211qxt8.6)>). Acesso em 9/05/2020.

<sup>306</sup> “The standard that directs judicial discretion, in its limited form, is that of reasonableness. The judge must exercise his discretion and choose among the various possibilities in a reasonable manner. Reasonableness requires the examination of “environmental” factors, one of which, namely, the overall normative system (law). Reasonability requires the examination of “environmental” factors, one of which, namely, the general normative system (law) and cultural standards, including and above all the precedent system where these systems exist.” (BARAK, Aharon. *The Formal Sources of Judicial Discretion*. *Judicial Discretion*. Yadin Kaufmann, Yale University Press, New Haven; London, 1989, p. 152. JSTOR, in: <[www.jstor.org/stable/j.ctt211qxt8.6](http://www.jstor.org/stable/j.ctt211qxt8.6)>). Acesso em 9/05/2020.

A grande questão, portanto, é o desenvolvimento de parâmetros para que essa atividade discricionária não constitua uma subversão ao regime democrático e à separação de poderes. Evitar o ‘decisionismo’, o ‘assim decido, porque assim desejo’, consiste, então, numa necessidade da teoria jurídica contemporânea para melhor desenvolvimento do tema, bem como para legitimar a atividade jurisdicional exercida nestes novos parâmetros hermenêuticos.<sup>307</sup>

Por consequência, afirmar (*rectius* admitir) que a atividade interpretativa realizada pelos diversos órgãos jurisdicionais é criativa (discricionária), não importa reconhecer a ausência de limites a esse agir interpretativo, posto que desde Dworkin, o sentido fraco da discricionariedade fora desvelado.

Essas considerações nos remetem às lições de Tércio Ferraz Sampaio Júnior, que ante a pertinência com as linhas regressas, nos permite retomá-las, pois o autor afirma que “a carga de responsabilidade pela tomada de decisão, pode ser programada procedimentalmente: (i) fixando-se previamente os meios - regras, e com isso, as consequências (resultados) ficam dependentes (em aberto); ou (ii) fixando-se as consequências - fins a serem atingidos e, nesta hipótese, os (meios ficam em aberto).”<sup>308</sup>

Veja-se, então, a pertinência do tema tratado neste tópico da pesquisa (discricionariedade judicial) e aquele da fase anterior (estrutura dos textos normativos), pois são técnicas legislativas com o claro objetivo de aumentar ou diminuir a margem de liberdade do julgador.

Percebe-se que tudo resulta de uma tática do legislador ao abrir o sistema jurídico em duas direções distintas, quais sejam segurança jurídica e justiça do caso concreto. Transladado essas ideias para o processo: segurança jurídica e efetividade e, a partir disso, muda a sua técnica de legislar.

---

<sup>307</sup> WAMBIER. Thereza Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 371-372. Desta forma, o tema legalidade e legitimidade das normas que são operacionalizadas nestes marcos da discricionariedade judicial será desenvolvido no capítulo “4” deste estudo, posto que é adotado como forma de responder aos dois problemas que foram enfrentados neste estudo: legitimidade da decisão e controle da atividade discricionária judicial.

<sup>308</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 320/321. Esta ideia está lançada aqui para ser, em momento seguinte, mais bem explicitada, mas se antecipa que guarda pertinência com objeto do estudo (níveis de controle da discricionariedade judicial processual), haja vista que fica claro que quando os critérios são fracos a discricionariedade é forte. Tradicionalmente, a discricionariedade judicial é trabalhada nestes dois sentidos (forte e fraco), retome-se.

Deve estar claro que, quando o legislador busca resultado (fins), altera a técnica dos textos legislativos de normas casuísticas, vazadas em linguagem fechada, cujo o antecedente e o conseqüente é anteposto no próprio texto, para textos abertos, que pode conter indeterminação em cada um dos seus componentes (antecedente e conseqüente), conforme objetive conceder maior ou menor margem de liberdade.

A responsabilidade do decisor, segundo Ferraz, se altera quando opera a partir desses textos legislativos, pois trata essas técnicas legislativas como verdadeiras programações do sistema jurídico para o julgador.<sup>309</sup>

Daí vai concluir o autor em referência que na programação condicional (hipótese em o legislador objetiva a segurança), a responsabilidade do decisor é pelo correto uso e aproveitamento dos meios, “se a consequência é atingida ou não, se há a ocorrência de desvio, porque se objetiva uma finalidade, mas se obteve outra, o decisor não pode controlar, pois não era este seu objetivo do legislado.” Por outro lado, na programação finalística (hipótese em que o legislador objetiva resultados), o julgador suporta toda a carga de uma correta busca de meios, havendo entre meios e fins uma solidariedade não ignorável.<sup>310</sup>

Por consequência, o legislador se vale tanto de norma-regra (objetivando regular condutas) quanto da norma-princípio (estabelecendo fim a ser atingido) de acordo com os objetivos que visa a alcançar.<sup>311</sup> Nessa esteira, pertinente a clássica lição de Rudolf von Laun que distinguiu quanto aos objetivos do sistema jurídico a objetividade (*objektivität*) da representação do interesse (*interessenvertretung*), em que a primeira é a posição de quem tem a intenção de afirmar, objetivamente, uma verdade, não importando as consequências (pois se está regulando condutas), enquanto a segunda posição o que se quer é uma solução subjetivamente concebida para atender a interesses (escolha alternativa para se alcançar fins).<sup>312</sup>

Decorrente destas duas realidades distintas, o Estado se organiza e se orienta. O legislador, ao operar entre normas fechadas (regras) e abertas (princípios), ou entre textos casuísticos e cláusulas gerais, objetiva coisas distintas: nas regras, visa a regulamentar condutas (típico do Estado Liberal), e, nos princípios, busca promover fins (próprio do Estado

---

<sup>309</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. op. cit., p. 320-321.

<sup>310</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. op. cit., p. 320-321.

<sup>311</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78-90.

<sup>312</sup> Laun, Rudolf Von, *Objektivität und Interessenvertretung in Scritti Giuridici in onore de F. Carnellutti*. ed. 1950, p. 23, 26, 52, 95 e 96.

Social). Por isso, no uso de regras o legislador objetiva, mormente a segurança jurídica, ao passo que, no uso dos princípios, o que intenta é promover fins que podem variar, mas no processo, geralmente, diz com a busca pela efetividade.<sup>313</sup>

Portanto, a leitura da ideia de flexibilização do procedimento,<sup>314</sup> tal como apresentada por processualistas brasileiros, indicados oportunamente, parece abonar a possibilidade de haver discricionariedade<sup>315</sup> seja em decorrência de concessão de específicos poderes para condução do processo (art. 139, VI do CPC/2015),<sup>316</sup> seja por uso de textos legais com linguagem aberta (art. 139, IV do CPC/2015),<sup>317</sup> o que também aumenta os poderes de condução do processo.

Por isso a pertinência do assunto discricionariedade judicial processual que pode decorrer tanto da expressa concessão de poderes ao juiz para a condução do processo quanto de normas que em razão da textura aberta também acabam por induzir uma maior liberdade do juiz para o gerenciamento do processo, inclusive assunto que avulta na doutrina estrangeira, cuja ideia geral resta assentada na terminologia ‘*procedural discretion*’, em tradução livre ‘discricionariedade procedimental’.<sup>318</sup>

---

<sup>313</sup> A distinção entre regras e princípios foi objeto de estudo nos itens 2.2.5 e 2.2.6. Recobre-se que para Ávila: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. [...] Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78-90).

<sup>314</sup> Didier se refere ao Código de Processo Civil português, que é estruturado em cláusulas gerais “como aquelas contidas no art. 265º-A (princípio da adequação formal), no art. 2º, I (cláusula geral de acesso a uma justiça efetiva, tempestiva e adequada), entre outras”. Afirma o autor que, neste aspecto, “o CPC português está na vanguarda mundial, porque não há legislação processual de onde se possam extrair tantas cláusulas gerais consagradas quanto naquele diploma legal. Verifica-se uma evolução do aumento do papel ativo do juiz na condução do processo, especialmente no que tange aos seus poderes instrutórios, nos ordenamentos jurídicos europeus, também na Alemanha e França.” (DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, p. 69-83, set. 2010, p. 81)

<sup>315</sup> BEDUSCHI, Leonardo. *A adoção de cláusulas gerais processuais e a flexibilização das formas processuais como decorrências do princípio do acesso à ordem jurídica justa [recurso eletrônico]*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014

<sup>316</sup> CPC/2015: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; [...]”

<sup>317</sup> CPC/2015: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

<sup>318</sup> Segundo Bone a discricionariedade judicial em matéria processual pode decorrer tanto de poderes expressamente concedidos ao juiz quanto de margem de liberdade decorrente de uso de textos legais que

Logo, o espaço para interpretação existe, e a necessidade de concretização de normas também é uma realidade, tanto no que diz com normas processuais (técnica) quanto no que diz às normas de direito incidentes no caso concreto (material).

Ou seja, em relação ao processo, também se firmam correntes doutrinárias que defendem a necessidade de munir o juiz de latitude de poder que seja suficiente para atingir a efetividade, o que demandaria maior flexibilização procedimental (inclusive a partir da técnica dos textos aberto), com fincas a alcançar, sobretudo, o maior aproveitamento dos atos processuais (visão instrumentalista do processo, cujo objetivo maior são os resultados),<sup>319</sup> o que se evidencia perfeitamente justificável, desde que dentro de parâmetros democráticos.

Ou seja, o problema não é o remédio, mas a dose de poderes judiciais nesse âmbito. Tocante aos exageros promovidos nessa fase do direito, Eduardo Cambi afirma que há muitas críticas ao Neoconstitucionalismo/Neoprocessualismo, inclusive, quanto à terminologia, aspecto que reputa secundário. Para o autor, o verdadeiro problema são as incompreensões que o ‘oba-oba’ em torno dessas transformações do direito revelam, numa postura de supervalorização dessas ‘novidades’.<sup>320</sup>

Assim, sintetiza: “supervalorizam-se as normas-princípios em detrimento das norma-regra, [...] ignorando-se importantíssimo papel que as regras exercem quanto a segurança jurídica”. Dessarte, o autor conclui que, por consequência dessa ordem de coisas há valorização do judiciário em detrimento do legislativo, bem como supervalorização da ponderação em detrimento da subsunção (método de aplicação da norma-regra), embora

---

usam a textura aberta, em tradução livre: “Existem duas maneiras principais que a discricionariedade opera: uma regra federal pode delegar a discricção explicitamente ou pode facilitar a discricionariedade indiretamente, usando linguagem intencionalmente vaga que convida a interpretação.” No original: “There are two main ways discretion operates: a Federal Rule might delegate discretion explicitly, or it might facilitate discretion indirectly by using intentionally vague language that invites flexible interpretation. BONE, Robert G. Who Decides? A critical look at procedural discretion, disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/76622868.pdf>> acesso em 15/02/2020.

<sup>319</sup> No sentido da necessidade de flexibilizar a técnica, de adaptar o procedimento às exigências da causa: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46-56, 62-71, 83-90. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 129-149. MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Na mesma linha, da efetividade da jurisdição como corolário das tutelas de urgência, ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.; ALVIM, José Eduardo Carreira. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

<sup>320</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2010, p. 78 e ss.

abundantes as espécies normativas, o que muda sobremaneira o próprio modelo teórico da segurança jurídica.<sup>321</sup>

A discricionariedade, entretanto, é mitigada quando se condiciona a ‘adaptação da técnica ao caso’, à impostergável observância dos direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa, à fundamentação no sentido forte, à cooperação e à coerência (pensada a partir do sistema de precedentes), ou seja, à real possibilidade de se influenciar na tomada de decisão, bem como de se manter o texto atrelado à realidade cultural de uma época.<sup>322</sup>

Pretende-se, assim, avançar no pensamento sobre interpretação e aplicação de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados, e apresentar uma visão democrática para afastar a possibilidade de qualquer deliberação no processo, sem cooperação com as partes ou sem coerência (a partir da sistemática de precedentes), haja vista serem estas técnicas que guardarão pertinência com a legitimação e o controle da atividade judicial discricionária.

Importante retomar o que lecionou Picardi quanto a legitimidade das decisões judiciais discricionárias: “Uma vez constatado que, no nosso tempo, o pêndulo se orientou no sentido da jurisprudência, resta valorizar tal fenômeno.”<sup>323</sup> Isso significa buscar formas de legitimação democrática dessas espécies de decisão, em cujas, a margem interpretativa-operativa da norma legal é fundada em textos abertos ou em direito principiológico.

Repisa-se, o grande desafio, então, não é o reconhecimento de que os processos interpretativos demandam certa margem de liberdade (pois a norma de tessitura aberta representa uma clara opção pelo aumento da liberdade do julgador), quiçá a nomenclatura que se dará a esta (discricionariedade judicial), embora não se prescindia de sua utilidade (uma vez que o aumento da precisão linguística é um dos objetos da Ciência Jurídica), mas sim delimitar esta atuação, de modo que as decisões judiciais sejam legítimas, salvaguardando a ideia de Estado Democrático de Direito.

Resulta, disso, a pertinência da advertência de Mauro Cappelletti quanto à limitação dessas margens de liberdade concedidas ao julgador: “o reconhecimento de que é intrínseco

---

<sup>321</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2010, p. 78 e ss.

<sup>322</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 26.

<sup>323</sup> PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.10.

em todo ato de interpretação certo grau de criatividade ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete.”<sup>324</sup>

Ressalte-se, por consequência que não se pretende, com o reconhecimento da discricionariedade judicial, dizer que esta integração do Direito tergiversa com os subjetivismos do seu aplicador. Benjamin Cardozo, demonstrando a proximidade do seu pensamento com os pensamentos dos pós-positivistas, compreende que na utilização desse elemento criativo, isto é, na função de criador do Direito, o juiz deve fazê-lo em conformidade com a razão e a justiça, contudo, não em função do que compreende, por si próprio, de razão e justiça, mas de acordo com o que a sociedade compreende de razão e justiça.<sup>325</sup>

Nessa toada, a lição de Benjamin Cardozo merece transcrição: “Meu dever de juiz talvez seja materializar no Direito não as minhas aspirações, convicções pessoais, mas as aspirações, convicções dos homens e das mulheres do meu tempo.”<sup>326</sup>

A questão principal, portanto, são as margens de liberdade decorrentes das normas de textura aberta ou as margens de poderes concedidos ao juiz para a condução do processo, ainda que não expressamente, bem como a indagação acerca da legitimidade da criação judicial do direito, e as formas de sua contenção. Isso nos conduz a outra série de questionamentos fundamentais e que constituem o núcleo da segunda parte da pesquisa, a saber: *i*) Se é possível limitar a atividade criativa do julgador; *ii*) Quais são os impactos destas questões sobre o processo e o procedimento; *iii*) Como se encontrar formas de legitimação desse processo de recriação do Direito; e *iv*) De que forma será possível reintroduzir no sistema a questão da segurança jurídica que era ocupada pelas formas processuais (procedimento).

Disso, fica evidente que este poder ‘criativo’ da atividade jurisdicional encontra limites formais e substanciais. “Uma vez atribuída a liberdade de escolha, não existe, nunca,

---

<sup>324</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 23.

<sup>325</sup> CARDOZO, Benjamin. A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira. Revisão técn. Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 63-64. Na mesma linha segue Cappelletti ao afirmar: “num modelo ideal a criatividade do juiz deveria se guiada não por valores e predileções pessoais do próprio juiz, mas pelos juízos de valor da sociedade da qual é funcionário” (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 26).

<sup>326</sup> CARDOZO, Benjamin. A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira. Revisão técn. Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 63-64.

liberdade absoluta, isto é, não orientada e privada de impedimentos.”<sup>327</sup> Variados são os limites, alguns introduzidos pelas leis, outros por precedentes e tradições.<sup>328</sup>

Reportando-se às lições de Benjamin N. Cardoso, Aharon Barak esclarece que as escolhas do juiz são vinculadas por critérios que impõem posturas no processo (limite processual) e pela razoabilidade (limite substancial).<sup>329</sup>

Noutro sentido, Cappelletti ensina que os limites substanciais podem variar de acordo com a cultura de cada país, podendo ser a lei, a jurisprudência, a doutrina, dentre outros. Contudo, afirma que, “em verdade, existe, pelo menos, um baluarte extremo, digamos uma fronteira de bom senso, que até o juiz mais criativo teria dificuldade de ignorá-lo.”<sup>330</sup>

Ou seja, busca-se a legitimidade e o controle destes comandos judiciais sob o ponto de vista processual (limite formal) e qualitativo (limite substancial).<sup>331</sup> Na situação atual, caracterizada a discricionariedade pela ampliação dos poderes judiciais interpretativos (sentido fraco), torna-se palpitante o tema ‘limites e controle’ da discricionariedade judicial, visto que, em não sendo bem desempenhada essa tarefa, poderá haver desbordos para abusos e arbitrariedades.

Demais disso, o tema só importa, conforme delimitado ao longo do trabalho, no que diz respeito à interpretação das regras processuais de tessitura aberta.

---

<sup>327</sup> CARDOZO, Benjamin. A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira. Revisão técn. Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 71.

<sup>328</sup> PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.14-15.

<sup>329</sup> BARAK, Aharon. *The Supreme Court 2001 Term – Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*. In: *Harvard Law Review, Cambridge*, v. 116, 2002, p. 58.

<sup>330</sup> No aspecto dos limites substanciais, importante é a observação de Mauro Cappelletti; “E até atividade do juiz vinculada à lei, aos precedentes ou a ambos, dificilmente pode ser diferenciada, do ponto de vista dos limites substanciais, da do legislador, cujo poder de criação do direito esteja sujeito aos vínculos ditados por uma constituição escrita e pelas decisões da justiça constitucional. Deste ponto de vista, a única diferença possível entre jurisdição não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de frequência ou quantidade, ou seja, de grau, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos precedentes judiciários em relação às normas constitucionais – usualmente contidas em textos sucintos e formulados em termos mais vagos. [...] Daí decorre que legislador se depara com limites substanciais usualmente menos frequentes e menos precisos que aquele com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente, mas não qualitativamente diversa da do juiz.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 26) (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 26).

<sup>331</sup> O problema, de fundo, retome-se é falta de legitimidade das decisões judiciais diz respeito com a ideia de que os juízes são funcionários não eleitos pelo povo e, estariam a criar norma para o caso concreto. Assim, a regra estaria sendo criada sem a regular representatividade popular da maioria, no momento de sua criação. A temática será enfrentada, reafirma-se, no tópico “5” desta pesquisa.

A partir desse posicionamento, buscar-se-á, em tópicos seguintes, revelar como o processo civil recebeu os influxos desta nova realidade, além de se investigar de que modo a cooperação (enquanto princípio e modelo) serve à contenção das margens de liberdade judiciais (que se convencionou denominar discricionariedade judicial em sentido fraco), tudo como pano de fundo para se buscar responder de que forma seria possível legitimar e controlar as decisões operacionalizadas neste novo marco do Neoconstitucionalismo/Formalismo valorativo (a dimensão aqui é no sentido do reconhecimento de que o processo é o ambiente em que a norma é interpretada/recriada).<sup>332</sup>

Não há que se esquecer que discricionariedade para a doutrina sociológica, é poder, assim, adquirir discricionariedade é adquirir poder; perder poder é perder discricionariedade.<sup>333</sup>

Ainda que haja quem sustente que a interpretação de textos com abertura não se trate de discricionariedade judicial (poder), inclusive aqueles que admitem a flexibilização da técnica procedimental, já se antecipa, em momento algum cogita-se de ausência ou afastamento de controle. Antes, se reafirma, que o objetivo desse estudo é a busca de uma visão que assegure a possibilidade do efetivo controle dessas margens de liberdade interpretativas, o que impõe a busca de racionalidade para os critérios propostos.

Por isso, considerando que o aumento da carga interpretativa dos textos abertos significaria incremento de poderes operativos na condução do procedimento, e pensando na democracia em sua dimensão participativa e deliberativa, percebe-se uma necessidade de, na próxima fase do trabalho, inventariar melhor a divisão de trabalho endoprocessualmente e fazer uma revisão quanto à possibilidade de aumento dos poderes das partes, a partir da perspectiva do CPC de 2015, para reequilibrar, democraticamente, os mecanismos de condução do processo. Verificar-se-á, ainda, que esta é a forma de retomar a legitimidade dessas espécies de comando judicial.

Isto significa, também, fazer uma revisão dos modos que as concepções de contraditório se desenvolveram e de como isto impacta a conformação da divisão de trabalho e vice-versa. Por essas questões, então, perpassam a próxima fase do trabalho.

---

<sup>332</sup> Este tema, já fora abordado no tópico “2” do estudo.

<sup>333</sup> BARNES, Barry. *The Nature of Power*, Cambridge, 1988, trad. Ital., Bologna, 1995, p. 29. Apud PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 15.

## 4. PROCESSO CIVIL NO MARCO DOS NOVOS INFLUXOS DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS TEXTOS LEGAIS: da abertura à contenção dos poderes judiciais

### 4. 1 AS TRANSFORMAÇÕES NO PROCESSO CIVIL: do contraditório renovado aos impactos sobre os modelos processuais

Ainda na vigência do Código de Processo de 1973, mostrava agudeza a percepção de Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues quanto a esta nova fase que se irrompeu do Estado social e impactou a dogmática processual, por isso a pertinência da transcrição:

Do ponto de vista processual – este é o que nos interessa -, todos os institutos que eram marcados pelo liberalismo sofreram e ainda têm sofrido diversas transformações. Assim, estas são mudanças evidentes trazidas pelos Estado social: a) postura ativa do juiz, que passou a intervir e atuar, com franca valorização do princípio inquisitivo; b) reconhecimento de que o Estado-juiz precisaria intervir a fim de igualar as partes e permitir o devido processo legal; [...] c) o total desapego à forma dos atos processuais, valorizando-se a instrumentalidade das formas; [...] h) aproximação do binômio direito-processo como meio de alcançar um eficácia social da tutela jurisdicional [...]<sup>334</sup>

O Processo Civil incorporou as transformações por que vem passando o direito como um todo, por consequência, verifica-se a multiplicação dos textos normativos abertos (cláusulas gerais) e a ascensão dos princípios como fundamentais vetores normativos, com o consequente retorno ao juízo<sup>335</sup> ou ao caso concreto.<sup>336</sup>

<sup>334</sup> CHEIM JORGE, Flávio. A terceira etapa da reforma de processo civil: comentários às Leis n. 11.187/2005, 11.232.2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006 / Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 103.

<sup>335</sup> A terminologia é atribuída frequentemente a CARNELUTTI, “*Tormiano al Giudizio*”, in Riv. dir.proc.civ.1949, p. 168, conforme explicita PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.140-141.

<sup>336</sup> O autor, utilizando-se de lições de Robert Alexy, trata da *racionalidade prática procedimental (ou do caso especial)*. O retorno do juízo que se propõe é na verdade um resgate da complexidade do fenômeno processual e da legitimidade da discussão entre os participantes da decisão para a sua formação e

Em regra, não se pode dizer que estes influxos advêm, tão somente, do Código de Processo Civil de 2015, mas pode-se constatar que esta tendência fora nele reforçada.<sup>337-338</sup>

Outrossim, não é o momento de se inventariar, exaustivamente, todo o conteúdo do diploma processual, ante a limitação do objeto da pesquisa, mas, necessário destacar alguns textos normativos que adotam a técnica das cláusulas abertas (geral), cuja notoriedade permite o diletantismo: *a*) cláusula geral da autocomposição (art. 3, § 1º); *b*) cláusula geral da boa-fé processual (art. 5º); *c*) cláusula geral da cooperação (art. 6º); *d*) cláusula geral sobre a negociação processual (190); *e*) poder geral de cautela (art. 301); *f*) cláusulas gerais executivas atípicas (art. 139, IV) e *h*) cláusula geral da adequação procedimental em jurisdição voluntária (art. 723, parágrafo único).<sup>339</sup>

Não por acaso que Didier já tenha concluído que, ultimamente, “as cláusulas gerais têm ‘invadido’ o direito processual, que naturalmente sofreu as consequências das transformações da metodologia jurídica no século passado.”<sup>340</sup>

Ora, com isso se dá o claro reconhecimento da impossibilidade de as reformas legislativas acompanharem o ritmo das alterações sociais,<sup>341</sup> por isso o legislador adota a

---

racionalidade. (ZANETI Jr, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 67-68.) Alexy, desenvolve a teoria do discurso do caso especial, cuja ideia central é trazer os critérios para introduzir os elementos de lógica e coerência ao direito, com isso garantido a pretensão de correção. Na mesma obra, desenvolve também a justificação externa, que contraposta a interna (lógica), portanto, vai buscar os critérios de justiça (lei, precedentes, cultura). ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy; 2005, p. 47.

<sup>337</sup> As minirreformas, notadamente com a Lei 8.952/1994 fora a porta introdutora, no processo civil, dessa tendência e, posteriormente reforçada em 2001 e 2002, quando foram editadas as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. A terceira rodada veio logo depois, com a edição de diversos diplomas, muitos regulamentadores da importantíssima Emenda Constitucional n. 45/2004, entre eles as Leis 11.232/2005, 11.277/2006 e 11.418/2006. Para inventariar o assunto de forma aprofundada sugere-se a leitura de MARINONI, Luiz Guilherme, et. al. Cf.: *Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, volume 3 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. É ainda, fora objeto do estudo: CHEIM JORGE, Flávio. *A terceira etapa da reforma de processo civil: comentários às Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006* / Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13.

<sup>338</sup> Essa é a visão de Cândido Rangel Dinamarco, em obra na qual se encontra um rol das principais leis modificadoras do Código de Processo Civil desde o início até a Reforma de 1994-1995, e outro das leis editadas posteriormente, até a Lei 10.444/2002. Cf.: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25-29 e 42-43.

<sup>339</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2016, v. 1, p. 53.

<sup>340</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, set. 2010, p. 80.

<sup>341</sup> Flávio Cheim Jorge, et. al., deixa claro que, tal qual pensado a técnica casuística de legislação sempre deixa o legislador refém de reformas sucessivas: “quanto maior a perspicácia do legislador para antever (prever) as situações da vida, legislando sobre regras de conduta e respectivas sanções, maiores serão as chances de perpetuação duradoura da referida norma. Por outro lado, quanto mais rápida a mutação social, mais lépido e precoce será o envelhecimento de uma norma, justamente por não acompanhar as

técnica da cláusula geral para fins de garantir que os textos acompanhem as alterações sociais, ademais permite-se, com essa técnica, uma melhor adaptabilidade da norma ao caso concreto, garantindo-se a efetividade.

Tudo se desenvolve a partir da constatação de que é preciso atingir um melhor equilíbrio entre segurança jurídica e funcionalidade da tutela jurisdicional (efetividade); entre garantismo e eficácia tutelar; entre devido processo e acesso à justiça; tudo isso dentro de uma racionalidade substancial.<sup>342</sup>

Nesta perspectiva, Teresa Wambier afirma que, ao multiplicar-se na lei os conceitos vagos, acaba implicando “certo amortecimento quanto à vontade de que haja segurança, em troca da efetividade, notadamente no âmbito do processo.”<sup>343</sup>

Ao acolher as chamadas técnicas das cláusulas gerais, no contexto das normas processuais, chega-se a um traço marcante da fase metodológica<sup>344</sup> do instrumentalismo

---

transformações sociais. Isso justifica a sua substituição porque, de fato, já não é legítima.” CHEIM JORGE, Flávio. A terceira etapa da reforma de processo civil: comentários às Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006 / Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.

<sup>342</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; MAZZEI, Rodrigo (coords.). Reflexos do novo Código Civil no direito processual. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 21-41. Para a autora a racionalidade substancial é aquela perpassada por fins e valores, por isso, a razão processual é comunicativa, não se fecha sobre si de forma axiomatizada. Ao inventariar a rigidez das formas processuais e as garantias da liberdade, afirma Marinoni que “Vittorio Denti não apenas sublinhou uma realidade do seu tempo, do estado inimigo, cuja racionalidade fundante deixa clara a estreita ligação entre a liberdade individual e o rigor das formas processuais”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz, Revista de processo, n. 127. São Paulo: RT, 2005).

<sup>343</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e da ação rescisória. São Paulo: RT, 2002, p. 29. Afirma Judith Martins-Costa que “a introdução de cláusulas gerais: conduz à constatação de movimento pendular onde oscilam, em diferentes medidas, os diversos sistemas com raiz romano-germânica, entre polaridades sempre presentes – de um lado, a necessidade de certeza jurídica, de outro, a busca de soluções afinadas à mutabilidade do tempo e das circunstâncias”. (MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. RT, n. 680, p. 51, jun. 1992).

<sup>344</sup> “Já bem difundidas as doutrinas que identificam como fases metodológicas: “a) praxismo ou sincretismo, em que não havia distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas; b) processualismo, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com desenvolvimento científico das categorias processuais; c) instrumentalismo, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido [...]. Há grande preocupação com a efetividade do processo, tema que não existia até então, [...]. Parece mais adequado, porém considerar a fase atual como uma quarta fase da evolução do direito processual. Não obstante mantidas as conquistas do processualismo e do instrumentalismo, a ciência deve avançar, e avançou. Fala-se, então, de um Neoprocessualismo: o e aplicação do direito processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico. [...] não obstante a sua polissemia, traz a reboque todas as premissas metodológicas apontadas [...]. Na universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, costuma-se denominar esta do desenvolvimento do direito processual de *formalismo-valorativo*.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 44-45). Para Claudio Madureira a nova distintiva entre as duas últimas

renovado do processo.<sup>345</sup> Isso decorre da primazia da efetividade das regras processuais em relação às formalidades excessivas.<sup>346</sup>

Com essa técnica, permite-se a concretização de medidas processuais adequadas. Segundo Marinoni, “como o legislador não pode antever as necessidades do direito material e, por razão mais evidente, as circunstâncias no caso concreto, apressou-se ele, em editar normas processuais abertas.”<sup>347</sup> Disso resulta, que para o autor em referência, as cláusulas gerais processuais permitem a conformação do procedimento ao caso concreto, sendo essa a sua principal função em sede do direito processual.<sup>348</sup>

A correlação entre a abertura do texto da lei processual e aumento da discricionariedade judicial, resulta evidente dentro do esquema que já foi apontado nessa pesquisa, qual seja de que a discricionariedade judicial admitida nessa pesquisa é a interpretativa. Nestes termos, recobre-se as lições de Larenz: “quanto mais complexo são os aspectos peculiares do caso a decidir, tanto mais difícil e mais livre se torna a atividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência de mera subsunção.”<sup>349</sup>

---

fases está, de fato, na revisitação da percepção instrumentalista da ideia de aproximação entre o binômio direito-processo, posto que passa também a perspectiva de o processo serve como ambiente para reconstruir a norma do caso concreto. Em suas palavras: “Disso resulta a conclusão, no plano da ciência de que o direito positivo é reconstruído (embora não necessariamente criado) pelos intérpretes no campo da sua aplicação. Com isso, refuta-se à compreensão, ínsita a uma versão extremista do positivismo jurídico de que a norma concreta expressada na sentença constituiria mero reflexo espectral do texto legal aplicado.” (MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, Belo Horizonte: Fórum, 2017, n.p. E-Book. 953KB. ISBN 978-85-450-0308-03)

<sup>345</sup> “Em suma, no instrumentalismo processual orienta-se na busca da chamada efetividade do processo, segundo a compreensão de que o extrajurídico exerce influência sobre o procedimento técnico e, por isso, não se pode negar a sua natureza ética, reforçando a ideia do processo como mero instrumento de atuação do direito material na tentativa da adoção de medidas reais para que se atinja sua efetividade, o que deverá, com esteio no raciocínio despendido, contar com a faculdade de o juiz buscar a melhor adequação deste ao cumprimento dos seus fins. Passa a se considerar necessária a adoção, por parte dos magistrados, de uma postura mais ativa para que se permita uma maior flexibilidade na adaptação das normas processuais.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991). Para esta dita “nova fase do instrumentalismo”, por muitos denominada formalismo-valorativo ou Neoprocessualismo agrega-se a percepção de que o processo serve também como instrumento de recriação da norma. A ideia, precisamente será desenvolvida no capítulo “5” da pesquisa.

<sup>346</sup> Para um inventário preciso das distinções entre forma, formalidade e formalismo, sugere-se a leitura de OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115. Vide ainda a nota 299 do estudo.

<sup>347</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo (2006), 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, vol.I, p. 218.

<sup>348</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo (2006), 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, vol.I, p. 426-427.

<sup>349</sup> LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Tradução de José Lamego, p. 150.

O método da subsunção dos fatos ao enunciado normativo, típico dos textos normativos-regras, revela-se insuficiente para aplicação das cláusulas gerais. Por isso Didier afirma que “as cláusulas gerais exigem concretização em vez de subsunção.”<sup>350</sup> Para Larenz: “na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de ‘gereneralizar’ o caso; tem também de ‘individualizar’ até certo ponto o critério; é precisamente por isso, a sua atividade não se esgota na ‘subsunção’.”

Decerto o direito, a partir desta nova fase metodológica, passa a ser construído *a posteriori*, em uma mescla de indução e dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser regulada, tão somente, pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente. Essas novas técnicas legislativas, sobretudo das cláusulas gerais, servem para a realização da justiça do caso concreto; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como ‘pontos de erupção da equidade’.<sup>351</sup>

A existência destes textos abertos rompe com o tradicional modelo de tipicidade estrita que estruturava o processo em meados do XX. Entrementes, não se pode permitir ensanchas para o julgador, desconectado dos verdadeiros objetivos desta nova forma de textos e espécies normativas, passe a manipulá-las ao seu livre arbítrio.

Sistematizando as formas e os conteúdos do diploma processual (esquemas expostos nos itens anteriores), o legislador foi cuidadoso ao estabelecer os fins (princípios) constantes das regras fundamentais do Código de Processo Civil.<sup>352</sup> É o núcleo duro do diploma em referência, razão pela qual todas as normas do caso concreto devem ser reconstruídas a partir destas lentes, buscando extrair a solução de cada caso, numa moldura que guarde coerência com os objetivos almejados.<sup>353</sup>

---

<sup>350</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2016, v. 1, p. 52.

<sup>351</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Introdução e tradução por A. Menezes Cordeiro. E. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 142.

<sup>352</sup> DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: execução. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 5, p. 80/81.

<sup>353</sup> As normas fundamentais elencadas pelo legislador infraconstitucional constituem as linhas mestras do Código: são os eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado. As normas fundamentais do processo civil estão obviamente na Constituição e podem ser integralmente reconduzidas ao direito fundamental ao processo justo. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 148). Sobre o ponto, Eduardo J. Couture, *Interpretación de las leyes procesales*, in *Estudios de derecho procesal civil*, vol. III, 3a ed., Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 14-65, esp. p. 48, 49-50, 51-52, 58-59, 62-63, 64.

Aliás, já se defende uma nova etapa na ciência, singularizada, sobretudo, por uma reforçada constitucionalização do direito processual. Em referência à atualidade metodológica do direito processual, identifica Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, qual é a abordagem emergente do formalismo-valorativo: “[...] encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente aos valores encartados em nossa Constituição”.<sup>354</sup> As premissas deste pensamento, reafirma-se, são exatamente as mesmas do chamado Neoprocessualismo que, aliás, já foi considerado formalismo ético, na expressão de Rodriguez Uribes.<sup>355</sup>

O resultado deste movimento, segundo Mitidiero, é colocar em xeque a maneira como se articulam as soluções dos problemas atinentes às relações entre o direito material e o direito processual, entre o processo civil e a Constituição, e a jurisdição no centro da teoria do direito processual civil.<sup>356</sup>

Ao se retornar com vistas ao juízo,<sup>357</sup> a tônica da construção da decisão tem que ser outra, qual seja, colocação do processo como eixo da estrutura decisional, com reforço ao contraditório, abertura para argumentação jurídica,<sup>358</sup> e decisão qualificadamente fundamentada,<sup>359</sup> tudo dentro de uma nova estrutura, modelo cooperativo.<sup>360</sup>

---

<sup>354</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco, Colaboração no processo civil..., op. cit., p. 47. Uma brevíssima exposição do próprio Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acerca da contemporaneidade metodológica da ciência do processo pode ser encontrada logo no início da sua mais conhecida obra, premiada, em edição recente (Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21-22).

<sup>355</sup> URIBES, José Manuel Rodriguez. *Formalismo ético y constitucionalismo*. Valencia: Tirant lo Branch, 2002, p. 101 e ss.

<sup>356</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco, Colaboração no processo civil..., op. cit., p. 38.

<sup>357</sup> O retorno ao juízo, rememora-se, que se propõe é na verdade um resgate da complexidade do fenômeno processual como o memento de formação do “juízo”. O processo não é outra coisa além do juízo e da formação do juízo. Cf.: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.140-141.

<sup>358</sup> A teoria do discurso jurídico do caso especial para Robert Alexy tem por base uma norma esvaziada de senso forte ou de controle *a priori*. Assim, propõe-se textos tão débeis, quer dizer com pouco conteúdo normativo, que possam se adaptar as realidades sociais e que pessoas com concepções diferentes possam tolerá-las, mas demandam, para a concreção da norma um debate qualificado. Impõe observar: *a)* os debates jurídicos se referem as questões práticas, *b)* procuram atingir escolhas justas e *c)* as discussões são limitadas e reguladas pelo direito vigente. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Shild Silva. São Paulo: Editora Letras, 2005, p.209-217.

<sup>359</sup> Que diz respeito, portanto, ao art. 489, §1º do CPC/2015 em que se inclui rol analítico para adequada fundamentação da decisão, referido rol legal. Para Fredie Didier: “do próprio móbil da norma, que é concretizar um direito fundamental, o direito à motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). DIDIER JUNIOR, Fredie. Et al. *Curso de direito processual civil*. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v.2. p. 327.

<sup>360</sup> Nicola Picardi muito bem elucida que após a segunda Guerra, manifesta-se uma sensibilidade para a problemática do juízo o que significou um redespertar claro para a formação da decisão e, antes de tudo, para o contraditório e a colaboração. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro

Se antes a legitimidade das decisões decorria dos conteúdos que já se antecipavam das regras (que era a própria letra da lei), agora, sua legitimação precisa partir de um outro centro fundante, consoante será demonstrado em momento próprio desta pesquisa.

Essa é a chave de abertura para o deste tópico do trabalho, haja vista que, ao se desfocar o direito do caso concreto, do texto normativo para o juízo (processo), certamente há, igualmente, toda uma reformulação do método de racionalizar: a condução do processo, flexibilização do procedimento e legitimidade das decisões judicial.<sup>361</sup>

O reconhecimento de que, na fase pós-positivista, a resposta só vem depois da pergunta, faz decair o modelo processual ‘de então’ e, conseqüentemente, surgir um novo. Pode-se já antecipar uma dupla face do processo constitucionalizado, que demanda a reanálise da operatividade (instrumentalidade) da visão publicista, mediante a ótica equilibrada de que o processo é também garantia de direitos individuais e coletivos, com pretensão de limitação ao exercício do Poder,<sup>362</sup> sem perder a efetividade.

Assim, parecem ser as duas faces da mesma moeda, pois, se por um lado a força normativa da Constituição impôs a flexibilização ou a abertura do tecido infraconstitucional para melhor se adaptar às normas constitucionais, por outro lado, essas ‘normas abertas’ são todas permeadas (interpretadas) por aquelas.<sup>363</sup>

---

de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. O tema modelo processual será objeto do próximo tópico do trabalho, mas já se adianta que a doutrina costuma identificar dois modelos de processo na civilização ocidental influenciada pelo iluminismo: o modelo dispositivo e o modelo inquisitorial. Segundo Didier, contudo: “Identificamos um terceiro modelo: o processo cooperativo.” (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de Processo. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011).

<sup>361</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 86.

<sup>362</sup> Essa perspectiva do Processo-garantia não é nova, mas ganha reforço em que se aumenta o direito jurisprudencial. É justamente nessa fase do neoprocessualismo que vislumbra a necessidade do próprio instrumento servir, para além da efetividade do direito material (instrumentalidade), também como forma de limitação da atuação do Poder estatal. Cf.: DINARMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 244 e ss. Quanto à corrente do ‘garantismo processual’, cf.: AROCA, Juan M. (org.). Processo civil e ideologia. Valencia: Tirantlo Blanch, 2006. CAVERO, Hugo. “El garantismo del profesor James Goldschmidt: vigencia de un pensamiento viejo y bueno, o vigencia del pensamiento de un viejo bueno”. Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima: Communitas, 2009, n. 14, p. 18-20.

<sup>363</sup> “A tomada de posição no sentido de limitar as liberdades judiciais e de se controlá-la, adequadamente, vai ao encontro do necessário refluxo ao avanço do pensamento neoprocessualista brasileiro, cuja proposta central parte de quatro fundamentos: das regras aos princípios; da subsunção à ponderação; da justiça geral à particular; e do Poder Legislativo ao Poder Judiciário.” (AVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência*, Revista eletrônica de Direito do Estado n. 17, jan/fev/mar/2009, Salvador).

Na concepção de Didier, é justamente essa a principal característica do Neoprocessualismo/formalismo-valorativo, “pois parte da ideia de se destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual”.<sup>364</sup>

Por sua vez e não por acaso, quanto ao processo, fala-se no devido processo legal substancial, segundo Dinamarco ante a perspectiva de que serve para “proclamar a autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la, será cumprida com as limitações e exigências, [...] segundo os padrões democráticos”.<sup>365</sup>

Vista em perspectiva, torna-se pertinente a sugestiva exortação de Picardi ‘tornemos ao juízo’, representou “um claro sinal do despertar do interesse do jurista para os mecanismos de formação do juízo e, antes de tudo, para o contraditório e a colaboração.”<sup>366</sup>

Assim, o contraditório ganha uma dimensão substancial que se presta a garantir o direito das partes de influírem no resultado do processo, e repercute no dever judicial de debate.

Em razão da estreita conexão entre o processo e a formação do juízo, segundo Picardi, aberta está a via para recuperar o contraditório e fazer dele o momento central da experiência processual, para o autor “sem prescindir que já se inaugura, em razão dessa nova dimensão do contraditório, um novo modelo processual.”<sup>367</sup>

Por isso, ruma-se para uma análise dessas dimensões do contraditório, bem como pela análise da forma que impactou os modelos processuais.

---

<sup>364</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, set. 2010, p. 45.

<sup>365</sup> DINARMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 244 e ss.

<sup>366</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.140-141.

<sup>367</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.137-141

#### 4.1.1 O princípio do contraditório como valor fonte do processo: a decisão judicial não é um monólogo

A passagem da fase intuitiva do direito, cujo esquema nos lindes do positivismo clássico (exegético) criava a falsa pretensão de esquemas normativos que antecipavam as resposta do caso concreto, para a fase da racionalidade atual, que é baseada em juízos concretos, deslocou o núcleo legitimador da decisão (que era a lei) para o contraditório e a cooperação.

No final do século XIX, em correlação mais ou menos direta com o *l'sprit positiviste* que se fundia na ciência jurídica, impunha-se, de uma vez por todas, constatar o exaurimento da função axiológica do princípio do contraditório. Desta forma, leciona Nicola Picardi que esta foi uma fase de ‘desvalorização do contraditório’.<sup>368</sup>

O autor faz uma ponte entre o fortalecimento da ideia de que as normas do caso concreto já se antecipavam das regras postas pelo legislador e a desvalorização do contraditório, e conclui: “tornou-se inevitável que o contraditório, pouco a pouco, viesse rebaixado a categoria secundária.”<sup>369</sup>

Assim, Cappelletti rememora que Carnelutti chegou a afirmar que “a falta de contraditório pode prejudicar, mas não prejudica em todos os casos [...], o contraditório é um instrumento útil do processo quando existem razões para contradizer, não as havendo, é um obstáculo.”<sup>370</sup>

Na linha desse raciocínio, a falta de contraditório não se colocaria em contraste lógico com o escopo do processo, porque a atuação da lei, através de uma decisão justa, pode ser obtida, também, ‘sem a colaboração das partes’.<sup>371</sup>

<sup>368</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.137-141.

<sup>369</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.137-141.

<sup>370</sup> CARNELUTTI, *lezioni di diritto processuale civile*, II, Pádua, 1993, pp.168-171, apud PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.140-141.

<sup>371</sup> “Claro está que essa concepção acanhada de contraditório encontrou terreno fértil no chamado processo liberal, dominante no século XIX, em que a filosofia do *laissez faire* destinava ao órgão judicial um papel puramente passivo, quase de mero árbitro do litígio, cuja principal função era apenas a de verificar e assegurar o atendimento às determinações formais do processo.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: *Revista da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)*. Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998. p. 9).

Do enrijecimento da norma *versus* enfraquecimento do contraditório e *vice-versa*, é possível se chegar a algumas conclusões preliminares para fins de dar início ao próximo passo do trabalho: Se, antepondo a regra a partir do texto normativo, há toda uma justificativa (legitimante da decisão), ante a fase oitocentista,<sup>372-373</sup> na flexibilização dos textos legais esta ordem de ideias se inverte.

O contraditório vem ao centro do processo, não como um fenômeno de força, mas como instrumento de legitimação das decisões. Retoma-se o contraditório como ponto cardeal da dialética processual.<sup>374</sup>

É no quadro do direito flexível que o contraditório ganha uma nova dimensão, pois surge, com a retomada do diálogo processual, como forma de controle e de legitimação da decisão judicial.<sup>375</sup>

---

<sup>372</sup> “Houve um tempo em que tranquilamente se assentou a ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas e, especialmente garantir absoluta univocidade a todas as decisões judiciais”. (ENGISH, Karl, Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Batista Almeida. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 205/207).

<sup>373</sup>. “Esses fatores haveriam, necessariamente, de conduzir a outra concepção do contraditório, que passa a perder seu originário ponto de contato com os *natürliche Rechtsgrundsätze* e deixa de ser visto como necessário e intrínseco mecanismo de investigação da "verdade", rebaixado a princípio externo e puramente lógico formal. Daí, a menção a uma simples audiência bilateral (*Grundsatz des beiderseitigen Gehors*), garantia considerada atendida quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: Revista da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998. p. 9).

<sup>374</sup> Tem-se o mérito de tentar recuperar as especificidades do problema do processo, ligando-os às técnicas de uma razão social, dialética e justificativa. Picardi assim relembra lição de Alessandro Giuliani: “1. *Dimensione sociale e simpatetica della ragione e del diritto come scienza pratica*. – 2. *Retorica, dialettica, sofistica: una ragione probabile per la prova, la controversia, il giudizio*. – a) *la retorica prearistotelica*. – b) *La teoria retoricodialettica di Aristotele*. – [...] 3) *La filosofia di Giambattista Vico: retorica, ragione, verità. Elementi per una filosofia della legislazione*.” Em tradução livre: 1. Dimensão social e solidária da razão e do direito como ciência prática. 2. Retórica, dialética, sofista: uma provável razão para a prova, controvérsia e juízo. - a) retórica pré-aristotélica. b) teoria retórica-dialética de Aristóteles. [...]. 3) Filosofia de Giambattista Vico: retórica, razão, verdade. Elementos para uma filosofia da legislação.” (GIULIANI, Alessandro. *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 48 ss. Apud PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.142).

<sup>375</sup> O conteúdo aceitável do pós-positivismo na fase de um processo democrático, toma como referência a forma pioneira proposta por Friederich Müller que, fazendo a devida distinção entre texto e norma, deixa claro que “a decisão é um “coconstitutivo” e acaba por remover os dualismos irrealistas, tais como: norma/fato; direito/realidade, assim como aplicação do direito mediante a simples subsunção. Nesta obra, o autor esclarece que para se superar a vicissitudes da discricionariedade judicial é necessário enfrentar os problemas relativos à concretização do direito que foram criados em razão da fase analítica da norma e do ordenamento.” (MULLER, Friederich. *O novo paradigma do direito: Introdução à teoria da metódica estruturante*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.11).

De outro lado, em razão desta nova dimensão, inaugura-se um novo modelo processual, que doravante será explorado como forma de conter as margens de liberdade judicial, e que são o objeto desta pesquisa.

#### **4.1.2 No contraditório renovado a decisão é um diálogo: a ponte entre decisão legítima e contenção da discricionariedade judicial**<sup>376</sup>

Utilizando o quanto sustentado alhures, mas sem pretender invocar qualquer ideia inovadora, pode-se estabelecer como premissa: o lugar que ocupava, outrora, o formalismo para a segurança jurídica (no sentido de garantia de liberdade e legitimação das decisões processuais),<sup>377</sup> hoje é ocupado pelo contraditório, que se desdobrará em cooperação.

Não se trata, desta forma, do contraditório tal qual tradicionalmente concebido na fase liberal, mas daquele dimensionado em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência e reação) e possibilidade de influência na decisão (que cria para o juiz o dever de debate).<sup>378</sup>

Recupera-se, por consequência, linhas das lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>379</sup> para quem o “valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da

<sup>376</sup> Corolário do devido processo legal, o princípio do contraditório é previsto no rol dos direitos fundamentais da CRFB/88, consoante dicção do art. 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

<sup>377</sup> Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, cit., (reprodução inalterada da 5a ed. de Leipzig de 1898), vol. II, tomo II, § 45, p. 470-471, no exaustivo estudo histórico que empreendeu sobre o formalismo em geral, depois de ressaltar a particular relação entre forma e liberdade, duas ideias fundamentais do direito romano, e de destacar que o mais completo desenvolvimento da era da liberdade marca também o reinado mais tirânico do rigor formal, cedendo sua severidade somente quando a liberdade passou a desaparecer, conclui essas considerações com a frase célebre: “A forma é a inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade” (“*Die Form ist die geschoworene Feindin des Wilkür, die Zwillingsschwester der Freiheit*”), que ainda hoje merece atenção. Apud OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28-29. O mesmo autor esclarece que por formalismo entende: “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 de procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas a sua finalidades primordiais. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28-29).

<sup>378</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 78.

<sup>379</sup> Esse novo enfoque do contraditório, segundo Alvaro, não por acaso, surge a partir dos anos cinquenta deste século, momento em que “amplamente se renovam os estudos da lógica jurídica e se revitaliza, com novas roupagens e ideias, o sentido problemático do direito, precisamente quando - já prenunciando o pós-modernismo - mais agudos e prementes se tornavam os conflitos de valores e mais imprecisos e elásticos os conceitos.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. In: *Revista da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)*. Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998. p. 9).

colaboração/cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo.”<sup>380</sup>

Pelo exposto, o contraditório pode ser lido em duas dimensões: a formal e a substancial. Pela primeira, consagra-se às partes os direitos de oitiva e de reação; pela segunda, o poder das partes de influenciarem na decisão judicial.<sup>381</sup>

É esta segunda dimensão, sem prescindir da formal, que guarda pertinência com o objeto da pesquisa, posto que impede que as partes se sujeitem, inativamente, à definição jurídica ou fática da causa, efetuada pelo órgão judicial, e exclui, por outro lado, segundo Alvaro “o tratamento da parte como simples “objeto” de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo.”<sup>382</sup>

Nesse mote, a dimensão formal (oitiva e reação) conjugada à dimensão material (poder de influência que cria o dever judicial de debate) operam no sentido, tanto de legitimar a decisão, quanto de conter a discricionariedade judicial, haja vista que há, nesse novo arranjo do contraditório, uma verdadeira comunidade de trabalho na formação do juízo.

Por assim, clama-se pela necessidade de cooperação das partes com o juiz e deste com as partes, ideia que perpassa pela intensificação do contraditório, a alargar o seu alcance para um movimento muito mais poderoso, dando relevo à compreensão de que o órgão judicial também é destinatário do contraditório, cabendo-lhe, não só assegurar esse direito às partes, como também a ele estar subordinado.<sup>383</sup> Nessa esteira, Marcelo Abelha conclui que os únicos limites à conduta do julgador seriam o contraditório e a ampla defesa.<sup>384</sup>

---

<sup>380</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: Revista da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998. p. 10.

<sup>381</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Il Principioo del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. Rivista di Diritto Processuale*. n. 2. anno LX. aprile-giugno 2005. \_\_\_\_\_. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo. vol. 126. ano 30. São Paulo: Ed. RT, 2005.

<sup>382</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: Revista da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998. p. 10.

<sup>383</sup> Sob tal perspectiva, o diploma processual valorizou a cooperação entre as partes para a resolução dos conflitos, conforme restou escrito em seu art. 6º. É dizer, o prévio debate entre os sujeitos processuais é fundante para que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira adequada, tornando o processo instrumento democrático. Para Marinoni et. al.: “Essa possibilidade de participação e influência permite, de um lado, o amadurecimento da decisão e, de outro, a própria legitimação da decisão judicial.” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 148-150).

<sup>384</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1, p. 305.

O contraditório, segundo Antônio do Passo Cabral, assume função mais nobilitante, pois “a participação deixa de ser apenas indicativo de justa possibilidade de manifestação para configurar colaboração para uma solução justa.” Mas, esse direito, afirma o autor, não pode ser exercitado ilimitadamente, pois o Estado tem a prerrogativa de exigir “retidão no manuseio do processo, instrumento público, ao qual está relacionado o dever de ética, de colaboração para a decisão final.”<sup>385</sup>

Com este vetor, o contraditório subordina as partes (na medida em que impõe dever de colaboração ética), bem como os juízes (a quem cumpre garantir e instalar verdadeiro debate sobre as questões processuais, ainda que não discutidas no processo).<sup>386</sup> Verifica-se assim, a cooperação, enquanto princípio constrange a um certo estado de coisas mediante a adoção de comportamento necessário, mas enquanto modelo instaura uma nova redistribuição de força de trabalho.

#### **4.1.3 O contraditório cria deveres: a cooperação como princípio e como modelo. Linhas preliminares sobre o método de combate à discricionariedade judicial**<sup>387</sup>

Adotando-se a linha do que fora exposto, a ideia do contraditório substancial está atrelada ao modelo de processo cooperativo, no sentido de que a tutela jurisdicional deve ser obtida através da colaboração e comparticipação entre todos os sujeitos processuais.<sup>388</sup>

---

<sup>385</sup> “O processo é uma atividade de sujeitos em cooperação e a 'co-participação' das partes na formação do *decisum* é uma 'exigência' decorrente do princípio constitucional do contraditório [...] A compreensão de deveres de colaboração e participação como decorrentes do princípio constitucional do contraditório permitem extrair a matriz constitucional da boa-fé processual objetiva, completada e detalhada pelas disposições gerais do princípio da probidade na normativa do CPC (LGL\1973\5), tomado como cláusula geral da ética no processo. A vitória da boa-fé objetiva evita o subjetivismo das disposições legais específicas, reconduzindo o debate sobre a boa-fé para a confiança e proteção de expectativas.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Il Principioo del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. Rivista di Diritto Processuale. n. 2. anno LX. aprile-giugno 2005.* \_\_\_\_\_. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo. vol. 126. ano 30. São Paulo: Ed. RT, 2005).

<sup>386</sup> De acordo com o artigo 10 do CPC, o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

<sup>387</sup> O título em referência é uma ponte, embora valendo-se de um trocadilho, com o trabalho desenvolvido por Daniel Mitidiero. Cf.: MITIDIERO, Daniel. Colaboração como princípio e como modelo no processo civil. Ulteriormente desdobrado em outro trabalho (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prôt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo, Revista dos Tribunais, ano 36, n. 194, abr. 2011). Não se perde, contudo, a linha do pesquisador posto que, apesar de admitir os deveres advindos da colaboração/cooperação para fins de sujeitar as partes e juízes, discorda que o sobredito princípio da cooperação imponha deveres recíprocos entre as partes. Desta forma, o tema, neste momento, só servirá como porta de entrada para o desenvolvimento do estudo.

<sup>388</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 120.

A normatividade decorrente do princípio da colaboração, a teor do art. 6º do CPC/2015,<sup>389</sup> para Mitidiero “impõe um estado de coisas que tem de ser promovido.” Portanto o autor conclui que é um elemento que constrange a uma nova organização do processo. Nesse sentido, presta-se a criar um modelo novo de processo.<sup>390</sup> Não se descarta que Mitidiero não vincula o sobredito modelo ao princípio contraditório, tal qual defendido por Cabral.<sup>391</sup>

Em suma, para Cabral o modelo cooperativo decorre do princípio do contraditório na sua dimensão substancial, por sua vez, para Mitidiero do princípio da colaboração, mas, de partidas diversas, o resultado é sempre o mesmo: o modelo processual atual está fundamentado na colaboração.

Enquanto modelo, a cooperação visa a “organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo”. Ou seja, objetiva “dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes”, conforme já assentou Mitidiero.<sup>392</sup>

---

<sup>389</sup> CPC/2015: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

<sup>390</sup> O fim da colaboração, segundo Mitidiero: “está em servir de elemento para organização de processo justo idôneo a alcançar, “em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º). Isso significa: *evitar o desperdício* da atividade processual [...] a fim de que se possa bem aplicar o direito e *empregar as técnicas* [...] adequadas para a realização dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo, Revista dos Tribunais, ano 36, n. 194, abr. 2011).

<sup>391</sup> Cabral esclarece nestes termos, quanto as críticas que recebeu ao levantar a ideia de que o contraditório, enquanto garantia – direito fundamental – não poderia impor deveres: “Com efeito, apresentam-se nos fortes opositores na doutrina à tese aqui defendida, tendo em vista ser o contraditório um direito ou garantia protetiva das partes - dos “litigantes e acusados” como afirma o art. 5.º, LV, da CF/1988 (LGL\1988\3) - e seria, portanto, inconcebível imaginá-lo como gerador de obrigações processuais quando seu formato de direito subjetivo lhes confere uma pretensão a uma situação jurídica de vantagem. [...] Não obstante, cabe destacar que, ante a consagração do contraditório como direito fundamental na atual Constituição da República (LGL\1988\3),[...] Os direitos do homem possuem, ao lado de sua face subjetiva, aproximada dos contornos civilistas descritos, uma dimensão objetiva, que significa a consagração dos valores nucleares do sistema normativo, a essência axiológica do Estado de Direito. [...] Esta eficácia objetiva dos direitos fundamentais importa em dispersão de seus preceitos por todo o ordenamento, sendo válidos para todas as relações jurídicas e desvinculada sua aplicação de qualquer limitação subjetiva de quem os poderia invocar. A dimensão objetiva dos direitos humanos reforça a própria validade destes direitos, já que reafirma sua teleologia e conteúdo [...] essa força objetiva justifica “restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais” (CABRAL, Antonio do Passo. *Il Principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. Rivista di Diritto Processuale*. n. 2. anno LX. aprile-giugno 2005. \_\_\_\_\_. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo. vol. 126. ano 30. São Paulo: Ed. RT, 2005).

<sup>392</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo, Revista dos Tribunais, ano 36, n. 194, abr. 2011.

O tema (cooperação enquanto modelo) está diretamente ligado à dignidade humana e aos valores democráticos, adquirindo sua melhor expressão e referencial no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de participação na formação do juízo (que impõe ao juiz o dever de debate), ou seja, verdadeiro instrumento de legitimar e controlar a formação da decisão.<sup>393</sup>

Não por acaso desborda, também, no dever de esmerada fundamentação das decisões, a teor do que consta do artigo 93, IX, da CRFB/88 e artigo 489 do CPC/2015,<sup>394</sup> por consequência, no necessário enfrentamento das questões postas pelas partes e que são capazes de influir no resultado do processo, portanto, relevantes. Para além, impede até mesmo a decisão sobre questões que as partes não puderam debater, ou seja, vedam-se os juízos (decisões) de terceira via, a teor do art. 10 do CPC.

Constata-se que a tônica da construção da decisão judicial já é outra, qual seja, colocação do processo como eixo da estrutura decisional, com reforço no contraditório, abertura para argumentação jurídica,<sup>395</sup> decisão analiticamente fundamentada, tudo dentro de uma nova estrutura: modelo cooperativo.<sup>396</sup>

---

<sup>393</sup> Dentro dessas coordenadas, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Ver a respeito, no plano doutrinário, por exemplo, Vittorio Denti, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Rivista di Diritto Processuale*, XX, 1968, p. 217-231, esp. p. 224.

<sup>394</sup> CPC/2-15: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:[...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...]”

<sup>395</sup> *A teoria do discurso jurídico do caso especial* para Rober Alexy, consoante já explicitado, tem por base uma norma esvaziada de senso forte ou de controle *a priori*. Assim, propõe-se textos tão débeis, quer dizer com pouco conteúdo normativo, que possam se adaptar as realidades sociais e que pessoas com concepções diferentes possam tolerá-las, mas demandam, para a concreção da norma um debate qualificado. Impõe observar: *a*) os debates jurídicos se referem as questões práticas, *b*) procuram atingir escolhas justas e *c*) as discussões são limitadas e reguladas pelo direito vigente. Cf.: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Shild Silva. São Paulo: Editora Letras, 2005, p.209-217. Está claro que o direito contemporâneo vai se orlando, cada vez mais, dos caracteres próprios da *prudentia juris* ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 123 e 147.

<sup>396</sup> “um redespertar claro para a formação da decisão e, antes de tudo, para o contraditório e a colaboração”. (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.140-141).

Pensar em um novo modelo processual, mais adequado a esta nova fase, perpassa pela necessidade de se identificar em que consistem os modelos processuais. Dessa tarefa nos ocuparemos no próximo tópico para fins de alcançar a resposta acerca da existência de alguma espécie de divisão das tarefas endoprocessuais que sejam mais consentâneas a esta nova fase metodológica do processo e, por isso, hábil à contenção da discricionariedade judicial processual.

É de Mitidiero a ideia que se toma emprestada para fins de estabelecer um novo modelo processual no Brasil, mas, a colaboração, aqui, será a pano de fundo para se impor limitação aos poderes judiciais. Para o autor trata-se de um processo “pautado pelo diálogo judiciário, pela colaboração e pela lealdade entre as pessoas”.<sup>397</sup> Dentre estes aspectos, a ideia de colaboração-participação figura como pilar desse modelo de processo civil.

Partir para o exame dos modelos<sup>398</sup> é admitir que, no plano da linguagem do Direito processual, é impossível significar e compreender a lei com o próprio substrato que se quer compreender-significar.<sup>399</sup>

#### **4.2 OS MODELOS PROCESSUAIS: do gerenciamento processual à cooperação. Combate aos poderes judiciais de condução do processo (discricionariedade judicial processual)<sup>400</sup>**

Decerto, a realidade social, sempre mais ampla que o corte metodológico promovido pelo processo (pensado como técnica para resolver os conflitos de interesse) revelou que o

---

<sup>397</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo, Revista dos Tribunais*, ano 36, n. 194, abr. 2011.

<sup>398</sup> O jurista espanhol Joan Picó y Junoy assevera que o tipo de modelo processual escolhido pelo legislador se dá de acordo com a clara distinção entre interesses públicos e privados. Prossegue dizendo que: “*En definitiva, entiendo que el reconocimiento constitucional de la propiedad como uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, exige que el proceso civil que pueda configurar el legislador deba estar informado por el principio dispositivo.*” (Los principios del nuevo proceso civil español. *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, ano 26, n. 103, p. 61, jul./set. 2001.

<sup>399</sup> Só no plano da metalinguagem é que se fala de organizar um sistema ou modelo. Ainda que se admita que o Direito já guarde sua sistematização – organização, em nível de linguagem objeto, falar em direito como modelo importa numa colocação em nível de metalinguagem (a linguagem que fala do objeto Direito): o Direito não usa a linguagem para falar de si mesmo (o Direito fala sobre as relações intersubjetivas – seu objeto). VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 159.

<sup>400</sup> A discricionariedade em matéria processual já tem largo debate no direito estrangeiro e cita-se como obra para uma análise história de seu desenvolvimento: BONE, Robert G. *Who Decides? A critical look at procedural discretion*, disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/76622868.pdf>>.

modelo, tradicionalmente concebido (liberal) não era o mais adequado para tutelar, eficientemente, as cambiantes realidades.

Não se descarta que o direito é moldado por escolhas de natureza política, as quais, a seus turnos, são feitas como forma de encontrar e aplicar os meios eficazes para a realização dos valores daquela sociedade, conformando-os, sobretudo, com o tempo e lugar.<sup>401</sup>

Ademais, o direito processual civil não é imune a esta ordem, ao reverso, a própria organização interior do processo é um reflexo daquilo que acontece para além da realidade endógena da relação processual, o que implica íntima ligação entre o fenômeno fático-social<sup>402</sup> e o fenômeno jurídico-processual.<sup>403</sup>

O processo conforma-se com o tipo de Estado vigente e suas realidades contingenciais.<sup>404</sup> Desta forma, o processo, enquanto modelo, é uma estrutura reflexora dos pressupostos culturais, do ponto de vista social, lógico e ético.<sup>405</sup>

Parece, dessarte, que trabalhar a partir de modelos processuais permite a elaboração de sistemas racionais, na medida em que proporciona uma visão organizada e prospectiva do ordenamento jurídico, sem abandonar suas teorias, mas, numa perspectiva mais completa,

---

<sup>401</sup> Sobre processo e poder e processo e cultura cf. LACERDA, Galeno. *Processo e cultura*. Revista de direito processual civil, v. 2, n. 3, p. 74-86, 1961; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Zaneti acrescenta que: “o processo não é uma técnica a serviço de um sistema de direitos privados, ou mesmo de direitos do Estado [...] Como sabemos hoje, o processo judicial é fenômeno de poder. A técnica vem depois, justificada pela ideologia que a orienta.” (ZANETI Jr, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, 81).

<sup>402</sup> ZANETI JR, Hermes. *Processo constitucional: relações entre processo e Constituição*. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano 31, n. 94, p. 105-132, jun. 2004.

<sup>403</sup> “Se no processo se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento, então não se pode recusar a esta atividade vária e multiforme o caráter de fato cultural. Nela, na verdade, se reflete toda uma cultura, considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade. Nela, na verdade, se reflete toda uma cultura, considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade. Nesta perspectiva, o processo é fenômeno sociocultural que tanto influencia a cultura e a sociedade, como por elas é influenciado.” (LACERDA, Galeno. *Processo e cultura*. Revista de direito processual civil, v. 2, n. 3, p. 74-86, 1961). Como amplamente difundido por Miguel Reale: “o direito é composto por três aspectos principais e indissociáveis: o fato, valor e norma (teoria tridimensional do direito). Ou seja, o direito não é apenas norma, mas também como fenômeno fático é totalmente predisposto a ser valorado, por essa razão acaba sempre sendo influenciado pela maneira como a sociedade se organiza em suas relações internas endógenas e visões axiológicas influenciadas por contingências exógenas.” (REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, 5a ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 80 e ss).

<sup>404</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já salientava: “pensamento prático, paralelo ao fenômeno jurídico, tem por sujeito e fato de referência o eu situado e enraizado no próprio movimento da vida histórica e da cultura. Apud GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público & medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 18.

<sup>405</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prê-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. Revista de Processo, Revista dos Tribunais, ano 36, n. 194, abr. 2011

complexa e dinâmica, na tentativa de que elas sejam mais propensas a traduzir, explicar e operar a pluridiversidade da realidade jurídica.

Os modelos processuais,<sup>406</sup> nada mais são que arquétipos elaborados para facilitar a compreensão das estruturas do processo, bem como para evidenciar a necessidade de sua reelaboração, à medida que não se adaptam às novas ordens sociais que vão surgindo. Disso resulta, que são dinâmicos.

A doutrina atual aponta três modelos de organização do processo, relacionados à distribuição das funções que devem ser exercidas pelos sujeitos processuais.<sup>407</sup> Ou seja, esses modelos partem das premissas da divisão de tarefas no processo, são eles: Adversarial, Inquisitorial e Cooperativo.<sup>408</sup>

Investigar o avanço desses três modelos, por evidência, revelará como tem se desenvolvido a distribuição das forças de trabalho no processo, entre juiz e partes. Isso se faz, rememore-se, pois a discussão do trabalho é quanto aos poderes do juiz para interpretação das normas processuais de textura aberta, que criam verdadeiros mecanismo para que o juiz, ao interpretá-las, realize um gerenciamento processual, mas que, sem os mecanismos adequados de controle, se transformam em ‘gerenciamento às avessas’.

#### **4.2.1 Os tradicionais modelos processuais e influência da abertura dos textos legislativos para flexibilização procedimental**

---

<sup>406</sup> Em avanço a sua teoria de modelos, a teoria Miguel Reale estabeleceu a necessidade de fazer uma distinção básica entre modelos jurídicos e modelos hermenêuticos, que, durante certo tempo, chamou de modelos dogmáticos, mas, na sequência de seus trabalhos acabou entendendo preferível dispensar tal conotação, pois os modelos jurídicos não deixam de ter valor dogmático, na medida em que conceituados como “estruturas normativas de fatos segundo valores, instaurados em virtude de um ato concomitante de escolha e prescrição”. (REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*, 2a ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 166).

<sup>407</sup> “A ‘divisão do trabalho’, no processo, entre juiz e partes constitui problema cujo tratamento, à evidência, pode e costuma variar no tempo e no espaço, sob a influência de numerosos fatores. Com relação a cada um dos tópicos em que se desdobra a matéria, é concebível - e tem de fato acontecido que ora se dê maior relevo ao papel do órgão judicial, ora ao dos litigantes. Admite a disciplina uma série de matices e combinações, sendo raras - se alguma jamais existiu - as soluções ‘quimicamente puras’.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Revista de Processo* | vol. 41/1986 | p. 7 - 14 | Jan - Mar / 1986).

<sup>408</sup> A doutrina costuma identificar, tradicionalmente, dois modelos de processo na civilização ocidental influenciada pelo iluminismo: o modelo dispositivo ou adversarial e o modelo inquisitivo. Atualmente, contudo, costuma-se identificar um terceiro modelo: o processo cooperativo. Não obstante haja muita discussão em torno da caracterização de tais modelos, bem como seja criticável a terminologia, a dicotomia ainda continua sendo bastante utilizada e serve, pois, como uma apresentação, ao menos para fins didáticos. Cf.: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo*, vol. 36, n. 198, 2011, p. 213-225.

No que tange à distribuição de força de trabalho entre juiz e partes, é comum o debate em termos dicotômicos, a partir da tônica na preponderância de características dispositivas (adversariais) ou inquisitórias (não-adversarial), em determinado ordenamento processual.<sup>409</sup>

Não obstante, essa dicotomia acentua um antagonismo entre a preponderância de poderes das partes ou do juiz na instauração, delimitação e desenvolvimento do fenômeno processual.

Extraíndo-se a suma dos dois modelos mais tradicionais de organização do processo, relacionados à distribuição das funções que devem ser exercidas pelos sujeitos processuais, observam-se: *i*) no modelo adversarial prevalece o princípio dispositivo e a maioria dos atos processuais é conduzida pela vontade das partes, que atuam como dois adversários, dirigindo o processo perante um órgão jurisdicional relativamente passivo e cuja principal função é decidir o caso;<sup>410</sup> e *ii*) no modelo inquisitorial sobrepõe-se o princípio inquisitivo e a maioria dos atos processuais é conduzida pelo órgão jurisdicional, que é o grande protagonista, na medida em que assume vários poderes além do decisório, como, por exemplo, determinar, de ofício, a produção de provas.<sup>411</sup>

Certamente, não há sistema totalmente adversarial (regido pelo princípio dispositivo) ou inquisitorial (regido pelo princípio inquisitivo), pois os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais. Não obstante, nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o ‘princípio dispositivo’ e, em relação a outro, o ‘princípio inquisitivo’.<sup>412</sup>

Conforme bem rememora Freddie Didier Jr. que também há quem relacione o modelo adversarial ao *common law* e o inquisitorial ao *civil law*. Como primeiro passo, a relação é escoreita, mas não devem ser ignoradas as profundas influências recíprocas que

---

<sup>409</sup> Sobre o tema, ver DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and the state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986 e, no Brasil, propondo a superação da dicotomia, DIDIER JR., Freddie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo*, vol. 36, n. 198, 2011, p. 213-225.

<sup>410</sup> Diddier, Freddie Jr. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo*, vol. 36, n. 198, 2011, p. 213-225.

<sup>411</sup> Id Diddier, Freddie Jr. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo*, vol. 36, n. 198, 2011, p. 213-225.

<sup>412</sup> “Por exemplo: no direito processual civil brasileiro, a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso (o problema que deve ser resolvido pelo órgão jurisdicional), são em regra atribuições da parte (arts. 128, 263 e 460 do CPC (LGL/1973) admite que o juiz determine a produção de provas *ex officio*”. O autor rememora ainda que princípio, nessa perspectiva, não está sendo usado como espécie de norma, mas sim fundamento. (Diddier, Freddie Jr. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. *Revista de Processo Civil*. Vol. 198/2011. p. 213-226).

esses sistemas vêm causando um ao outro, a ponto de a diferenciação entre eles ficar cada vez mais difícil.<sup>413</sup>

Em razão de o direito ser dinâmico, não se pode dizer que os modelos pré-concebidos sempre servirão às novas realidades. Em verdade, o que costuma ocorrer é uma verdadeira mudança dos padrões culturais que demanda a reformulação dos modelos processuais, fruto, inclusive, da globalização, por isso, torna-se difícil a verificação de sistemas com modelos jurídicos puros.<sup>414</sup>

Da passagem do Estado liberal ao social, ou seja, reativo ao ativo, cria-se uma referência direta entre as formas de se organizar as forças dentro do processo (modelos processuais). Assim, na onda publicista do marco processual, como regra, são conferidos maiores poderes ao juiz, para que possa conduzir o instrumento a fim de alcançar seu escopo- efetividade.

Não por outro motivo, umas das vertentes da flexibilização das normas processuais encontra-se, justamente, no âmbito da gestão processual, que tem seu berço histórico na publicização do processo.

Por consequência, há a necessidade de se fazer uma breve análise desta fase para fins de se introduzir o tema (publicização do processo) para se chegar ao ponto desse estudo, em que a cooperação enquanto modelo, serve para a contenção dos poderes do juiz.

#### **4.2.1.1 O Processo no século XX e seus influxos na gestão processual na Europa**

---

<sup>413</sup> Diddier, Fredie Jr. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. Revista de Processo Civil. Vol. 198/2011. p. 213-226.

<sup>414</sup> “Os últimos decênios assistiram, pois, à ocorrência de várias crises dos modelos aos quais tradicionalmente se ligava a distinção entre sistemas processuais de *common law* e de *civil law*. As transformações operadas, e em muitos aspectos ainda em curso, provocaram nítida fragmentação dos velhos esquemas e deram margem a múltiplos fenômenos de "recomposição" do direito processual, na base de interferências entre sistemas diversos, circulações de modelos e transplantes de institutos da mais vária natureza. Trata-se de fenômenos extremamente complexos e difíceis de interpretar, até porque estão ainda *in progress* e não nos é dado entrever seu momento conclusivo - a admitir-se que nas transformações dos sistemas jurídicos, e dos processuais em particular, haja uma conclusão. A única coisa que se pode afirmar com relativa segurança é que se afiguram nitidamente superados e não mais utilizáveis os costumeiros e cômodos modelos descritivos, que visavam a representar esquematicamente os caracteres fundamentais dos processos.” (TARUFFO, Micheli. Observações sobre os modelos processuais de Civil Law e Common Law. Revista de Processo | vol. 110/2003 | p. 141 - 158 | Abr - Jun / 2003).

A escolha de um ponto de partida e um ponto final para uma historiografia das leis processuais civis do século XX, da perspectiva da gestão de casos judiciais e eficiência, é tão simples como escolher esses momentos na Europa do século XIX, para fins de delimitar o tema do direito.

No século XIX, a historiografia deve começar com o *Code de procédure civile* que foi adotado em 1806. Foi este código, com seu juiz bastante passivo, que deixaria sua marca na lei processual civil de quase todos os países europeus, naquele século.

O ano de 1898, em que a ‘influente austríaca *Zivilprozessordnung*’ (ZPO) entrou em vigor, marcou o fim da era do processo civil do século XIX, tanto dentro quanto fora da Europa, pois essa legislação, com seu juiz bastante ativo, em grande medida, iria assumir a tarefa de ser o exemplo em todo o continente europeu e para além.<sup>415</sup>

Estes dois marcos, simultaneamente, constituem o ponto final do modelo antigo (liberal) e de partida do modelo processual civil do século XX na Europa (social), a partir da perspectiva da gestão de casos judiciais (eficiência processual). No que diz respeito a esta área do direito, portanto, já começou antes da virada do século, embora a denominação ‘gerenciamento processual’, seja relativamente recente, consoante se verá.

Tocante ao fim da era do processo civil do século XX, pode-se fazer referência ao ano em que as regras *Civil Procedure Rules* inglesa (CPR), entraram em vigor em 1999, pois representa a decaída do modelo adversarial.<sup>416</sup>

Conquanto em data recente, a adoção deste marco, por sua importância dentro de uma tradição de passividade judicial, também causou uma mudança paradigmática na Inglaterra e no País de Gales, onde os juízes foram dotados de amplos poderes de gestão de casos, trazendo o direito processual daqueles países para mais próximo do modelo Continental.

Perceba-se, então, que os anos 1898 e 1999 pertencem aos nomes de dois importantes processualistas: o austríaco Dr. Franz Klein e o inglês Lord Harry Kenneth Woolf. Respectivamente, Klein era ‘pai’ do ‘austríaca *Zivilprozessordnung*’, enquanto Lord Woolf preenche a mesma posição para as regras inglesas.<sup>417</sup>

---

<sup>415</sup> Van Rhee C.H, Introduction, in Van Rhee C.H (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia Publishers, 2008, pp.11-18.

<sup>416</sup> Van Rhee C.H, Introduction, in Van Rhee C.H (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia Publishers, 2008, pp.11-18.

<sup>417</sup> Van Rhee C.H, Introduction, in Van Rhee C.H (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia Publishers, 2008, pp.11-18.

Não se pode falar de uma linha crescente, no que diz respeito aos poderes de gestão de casos pelo juiz, mas sim de um movimento cíclico, em que a ênfase reside, temporariamente, na autonomia das partes e, em seguida, mais uma vez, em poderes de gestão caso pelo juiz.<sup>418</sup>

Por consequência disto, impõe mostrar, mesmo que panoramicamente, como estão se organizando as grandes nações quanto ao tema de condução do processo (por força das partes ou dos juízes), posto que esta organização, em muito, é reflexo das margens de poderes que são concedidas ao juízes na condução do processo e flexibilização do procedimento, e vice-versa.

Não se perca a percepção de que o objetivo desta empreitada, para além de uma visão panorâmica, busca tornar evidente que, para fins de legitimação e contenção dos poderes judiciais, há a necessidade de um maior equilíbrio entre as forças que operam no processo (modelos processuais).

#### 4.2.1.2 O agir estratégico: *court management* e *case management*<sup>419</sup>

No plano organizacional do processo, dentro deste ideário concebido a partir da gestão processual, busca-se a implantação de um novo modelo, ‘o gerencial’ (tradução aproximada do *managerial judgment*), por meio do qual a gestão estatal passa a conviver

<sup>418</sup> Van Rhee C.H, Introduction, in Van Rhee C.H (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia Publishers, 2008, p.11-18.

<sup>419</sup> Cabral esclareceu precisamente que há uma certa dificuldade em se estabelecer a natureza jurídica desta atividade gerencial. Em tradução livre: “É comum enfatizar o papel jurisdicional do juiz em qualquer caso e os instrumentos à sua disposição para tornar esse procedimento mais eficiente. Mas também é comum destacar o lado administrativo dessas funções, seja realizada pelo juiz ou pelo judiciário, como instituição. Esses gerentes de atividades, embora realizadas por juízes, são descritas como administrativas e não jurisdicional. O gerenciamento de casos, como veremos, é uma tarefa que fica a meio caminho entre adjudicação e administração judicial. Em um caso ou outro, o juiz é o principal agente de gestão.” No original: “*It is common to emphasis the jurisdictional role of the judge in any given case and the instruments at her disposal to make that procedure more efficient. But it is also common to highlight the administrative side of those functions, either performed by the judge or by the judiciary, as an institution. These management activities, although performed by judges, are described as administrative rather than jurisdictional. Case management, as we shall see, is a task that stays halfway between adjudication and judiciary In one case or another, the judge is the key management player.*” (CABRAL, Antônio do Passo. New trends and perspectives on case management: *Proposals on contract procedure and case assignment management: Peking University Law Journal* - ISSN: 2051-7483 (Print) 2052-5907 (Online) Journal, em: <https://www.tandfonline.com/loi/rplj20> e <https://doi.org/10.1080/20517483.2018.1603636> To cite this article: Antonio Cabral (2018) New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management, *Peking University Law Journal*, 6:1, 5-54, DOI: 10.1080/20517483.2018.1603636 To link to this article: <https://doi.org/10.1080/20517483.2018.1603636>). Published online: 23 Apr 2019). Acesso em 10/04/2019.

com um conjunto de iniciativas que inclui ‘qualidade total’, ‘metas’, ‘resultados’, ‘parcerias’, ‘reestruturação procedimental’, entre outras.<sup>420</sup>

Nesse sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni estabelece que a Justiça brasileira precisa, muito antes que qualquer alteração da norma processual, investir em gestão, posto que é uma tendência mundial trabalhar com a ideia de gerenciamento de unidades judiciais (*court management*) e de processos (*case management*) “com um grau de racionalidade e organização próprias da iniciativa privada e com a produtividade e eficiência que lhes são peculiares.”<sup>421\_422</sup>

---

<sup>420</sup> Em tradução livre: “A gestão de casos constitui o controle inicial e contínuo de uma ação judicial processo e seus procedimentos em termos de eficiência, a fim de aumentar a velocidade e a qualidade, bem como para garantir a adequação. O gerenciamento de casos depende do planejamento e funciona por estabelecer objetivos relacionados às atividades dentro do sistema de justiça que são adequados a realização dessas metas. Essas atividades planejadas devem ser executadas mediante um acompanhamento de indicadores que permitam o controle dos resultados. O monitoramento constante em cada etapa do processo é crucial para permitir ajustes.” No original: “*Case management constitutes the early and continuous control over a judicial process and its proceedings in terms of efficiency, in order to enhance speed and quality, as well as to ensure compliance. Case management depends on planning and works by establishing objectives related to activities within the justice system that are suited to the attainment of these targets. These planned activities are to be performed in a resourcesaving manner and accompanied by indicators that enable control of the results. Constant monitoring in each step of the process is crucial to allow for adjournments and adjustments.*” (CABRAL, Antônio do Passo. *New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management: Peking University Law Journal* - ISSN: 2051-7483 (Print) 2052-5907 (Online) *Journal homepage: <https://www.tandfonline.com/loi/rplj20>, <https://doi.org/10.1080/20517483.2018.1603636> To cite this article: Antonio Cabral (2018) New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management, Peking University Law Journal, 6:1, 5-54, DOI: 10.1080/20517483.2018.1603636 To link to this article: <https://doi.org/10.1080/20517483.2018.1603636>. Published online: 23 Apr 2019). Acesso em 10/04/2020*

<sup>421</sup> Para além, Gajardoni estabelece também como técnica de gerenciamento: “definição de prioridades, racionalização do uso dos recursos econômicos e humanos disponíveis, separação de problemas afins para tratamento em bloco, realocação racional dos espaços físicos, investigação do potencial de cada célula dentro das unidades judiciais, etc. Por meio da gestão judicial busca-se emprestar à prática cartorial e dos gabinetes judiciais (*court management*), e também à própria condução individualizada do processo pelo magistrado (*case management*), um grau de racionalidade e organização próprias da iniciativa privada, com a produtividade e eficiência que lhes é peculiar.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da “common law”. *Revista de Processo*. vol. 163. São Paulo, abr. 2008. Acesso em 10/03/2019).

<sup>422</sup> Emmanuel Jeuland já estabeleceu precisa descrição sobre o *Court Management*: “*Court management may be defined as the administration inside the court and outside the case. It is inside the courts, so court management does not concern the general administration of justice. It is outside the cases, so court management does not deal with the administration of cases, the so-called case management. Yet, these three fields belong to the same category of judicial management or judicial administration, and there is some overlapping and even confusion. As a matter of fact, the concept of court management is not completely settled. In a descriptive approach, it can be said that court management deals with leadership inside a court, the relationship between the judges and court staff, the allocation of cases, the evaluation of judges and court staff, the court budget, the real estate, the maintenance and security of the building, the new technology, human resources and judicial communication. Court management deals with the different councils and assemblies of the court as well as with specific planning. [...]. The approach to court management may vary according to the organization, the tradition and the location of the country studied (for example, the role of the public prosecutor in court management may vary). Court management is becoming a common concern everywhere in the world as part of the efforts to avoid backlogs, unreasonable duration of proceedings and costly litigation. It seems that the tasks of management are more and more*

Quando se trata de administração dos tribunais (*court management*), o assunto ressoaria sobre a administração de pessoal (recursos humanos, recrutamento de funcionários, processos disciplinares) e orçamento, como fatores que impactam a justiça.<sup>423</sup>

Por sua vez, o denominado gerenciamento dos processos judiciais ou de casos (*case management*), de forma simplificada, poderia ser definido como a área de estudo concentrada no planejamento, elaboração e depuração das técnicas responsáveis pela otimização e racionalização dos instrumentos processuais mais eficazes para a resolução das controvérsias.<sup>424</sup>

Paulo Eduardo Alves da Silva afirma ser fundamental sobre o tema:

As técnicas normalmente presentes em modelos de gerenciamento de processos são: o envolvimento imediato do juiz com o processo, a seleção e triagem das demandas, a abertura para meios alternativos de resolução de conflitos (mediação, conciliação, arbitragem, avaliação de terceiro neutro, etc.), o planejamento do andamento, do custo e do tempo do processo, a desformalização das regras processuais, a adaptação do procedimento às circunstâncias do caso a organização da estrutura judiciária e criação de novas funções de apoio ao juiz, o

---

*given to a specialized clerk (the director of clerks or court manager) while the role of leadership remains in the hands of the head of the court who is usually a judge*”. Em tradução livre: Gerenciamento pelo tribunal pode ser definida como a administração dentro do tribunal e fora do caso. É dentro dos tribunais, portanto, a administração do tribunal não diz respeito a administração geral da justiça. É fora dos casos, portanto, a administração do tribunal não lida com a administração de casos, o chamado gerenciamento de casos. No entanto, esses três campos pertencem à mesma categoria de gerenciamento judicial ou administração judicial, e há alguma sobreposição e até mesmo confusão. De fato, o conceito de gestão de tribunal não está completamente resolvida. Numa abordagem descritiva, pode-se dizer que gestão de corte (tribunal) lida com a liderança dentro de um tribunal, a relação entre o juízes e funcionários dos tribunais, a atribuição de processos, a avaliação de juízes e funcionários, orçamento do tribunal, o imobiliário, a manutenção e segurança do edifício, a nova tecnologia, recursos humanos e comunicação judicial. Gestão de tribunal lida com os diferentes conselhos e assembleias do tribunal, bem como com o planejamento específico. [...] A abordagem da administração judicial pode variar de acordo com a organização, a tradição e a localização do país estudado (por exemplo, o papel do promotor em tribunal gestão pode variar). A administração do tribunal está se tornando uma preocupação comum em todos os lugares no mundo como parte dos esforços para evitar atrasos, duração excessiva de processos e litígios onerosos.” (Emmanuel Jeuland. *Towards a New Court Management? General Report. [Research Report] Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne*. 2018. HAL Id: hal-01680418 <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01680418> Submitted on 10 Jan 2018. Acesso em 10/04/2020).

<sup>423</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management: Peking University Law Journal* - ISSN: 2051-7483 (Print) 2052-5907 (Online) Journal homepage: <https://www.tandfonline.com/loi/rplj20>, <https://doi.org/10.1080/20517483.2018.1603636> To cite this article: Antonio Cabral (2018) *New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management, Peking University Law Journal*, 6:1, 5-54, DOI: 10.1080/20517483.2018.1603636 To link to this article: <https://doi.org/10.1080/20517483.2018.1603636>. Published online: 23 Apr 2019. Acesso em 10/04/2020.

<sup>424</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *New trends and perspectives on case management ...op. cit.* Acesso em 10/04/2020.

controle do fluxo de rotinas internas dos cartórios, a gestão e o aproveitamento dos recursos humanos, materiais e tecnológicos do juízo, etc.<sup>425</sup>

Certamente, a referência não é exaustiva, pois outras técnicas podem ser desenvolvidas e inseridas no projeto de gerenciamento dos processos judiciais, mas o que as permeia é a necessidade de racionalização dos recursos disponíveis, com vistas à otimização do sistema, por intermédio de uma boa combinação de recursos e meios que otimizem o resultado.<sup>426</sup>

Percebe-se, desde logo, que a ideia de gerenciamento dos processos judiciais tem como força motriz a condução pelo Juiz, de cada fase do processo, inclusive, os custos envolvidos. Importante esclarecer que gerenciamento do processo é uma tradução aproximada do *judicial case management* criado no sistema de *common law*.<sup>427</sup>

---

<sup>425</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de Processos Judiciais... Op. cit., p. 35.

<sup>426</sup> “*Case management constitutes the early and continuous control over a judicial process and its proceedings in terms of efficiency, in order to enhance speed and quality, as well as to ensure compliance. Case management depends on planning and works by establishing objectives related to activities within the justice system that are suited to the attainment of these targets. These planned activities are to be performed in a resourcesaving manner and accompanied by indicators that enable control of the results. Constant monitoring in each step of the process is crucial to allow for adjournments and adjustments.*” Em tradução livre: a gestão de casos constitui o controle inicial e contínuo de uma ação judicial processo e seus procedimentos em termos de eficiência, a fim de aumentar a velocidade e a qualidade, bem como para garantir a adequação. O gerenciamento de casos depende do planejamento e funciona por estabelecer objetivos relacionados às atividades dentro do sistema de justiça que são adequados a realização dessas metas. Essas atividades planejadas devem ser executadas mediante um acompanhamento de indicadores que permitam o controle dos resultados. O monitoramento constante em cada etapa do processo é crucial para permitir ajustes.” (CABRAL, Antônio do Passo. New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management: Peking University Law Journal - ISSN: 2051-7483 (Print) 2052-5907 (Online) Journal homepage: <https://www.tandfonline.com/loi/rplj20>, <https://doi.org/10.1080/20517483.2018.1603636> To cite this article: Antonio Cabral (2018) New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management, Peking University Law Journal, 6:1, 5-54, DOI: 10.1080/20517483.2018.1603636 To link to this article: <https://doi.org/10.1080/20517483.2018.1603636>. Published online: 23 Apr 2019). Acesso em 10/04/2020.

<sup>427</sup> “O gerenciamento de processos não é exclusividade da Inglaterra, que, aliás, sequer é pioneira no assunto. Nos Estados Unidos, o *case management* se desenvolve desde a década de 1970, conglobando práticas próximas, em linhas gerais, àquelas do modelo inglês. Embora sejam mais comentadas as experiências de países de *common law*, técnicas de gerenciamento foram adotadas em sistemas diversos, vinculados a diferentes estirpes jurídicas, Além da Inglaterra e Estados Unidos, ele chegou à Escócia, País de Gales, Bélgica, Holanda, Croácia, Eslovênia, Canadá, Austrália, Nova Zelândia e Portugal.” (ONO, Taynara Tiemi. A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. *Revista de Processo*, v. 254/2016, abr. 2016, p. 407-427). Sobre as diferenças entre o *case management* na Inglaterra e nos Estados Unidos, ver SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35-52.

Com efeito, sua origem é anglo-saxônica (especificamente nos Estados Unidos e Inglaterra) a despeito de os mais diversos países adotarem essas técnicas de promoção da eficiência na resolução judicial dos conflitos.<sup>428</sup>

Em função disso, nesses países houveram diversas e profícuas discussões sobre a ampliação dos poderes dos juízes para o gerenciamento processual e, resguardadas as especificidades dos sistemas em que se originaram, podem, em muito, contribuir para o avanço da implementação da condução do processo por ordem judicial, sem descuidar das críticas e problemas que surgem desta postura ativa, que já vem sendo analisada alhures, sobretudo onde o sistema está mais maduro.<sup>429</sup>

#### **4.2.1.3 Flexibilização procedimental: do gerenciamento à contratualização**

Ao influxo das técnicas de gerenciamento no direito processual francês, aplica-se a expressão ‘contratualização’ do processo, justamente para dar maior ênfase à participação dos litigantes na condução do procedimento.

Assim, se no direito inglês prefere-se a nomenclatura ‘gerenciamento’, porque o juiz torna-se o gerente do processo e gestor das vontades das partes, aliadas à vontade do próprio órgão jurisdicional, no direito francês, as reformas não entregaram ao juiz mais poderes na condução do processo, ao contrário, possibilitaram ao juiz que, juntamente com as partes, firmasse as normas de condução do processo, em cooperação.<sup>430</sup>

Por decorrência dos reflexos da contratualização do direito, a doutrina passou a valer-se desta nomenclatura para indicar o mesmo instituto de condução do processo, portanto,

---

<sup>428</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de Processos Judiciais... Op. cit., p. 137. 20. Como afirma Paulo Eduardo Alves da Silva (in: Gerenciamento de Processos Judiciais... Op. cit., p. 37): “As cortes norte-americanas, especialmente as federais, possuem um desenvolvido sistema de gerenciamento de processos judiciais, originado nos próprios tribunais. Na década de 70, para reduzir o congestionamento judicial, juízes e teóricos dedicaram-se à criação e desenvolvimento de técnicas de condução dos processos. (ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Gerenciamento de processos e a cultura de litigância – a experiência do "case management" inglês. DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 644).

<sup>429</sup> (RESNIK, Judith. For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication. *University of Miami Law Review*, v. 58, 2003.

<sup>430</sup> CADIET, Loïc, p. 45 apud ANDRADE, Érico. As Novas Perspectivas do Gerenciamento e da "Contratualização" do Processo. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 36, n.193, mar. 2011, p. 182.

com a vontade das partes como seu principal mote, mas, sempre incentivando a colaboração entre partes e juiz.

Consequentemente, embora com objetivos similares (otimização do processo, inclusive com flexibilização procedimental como uma de suas técnicas), as metodologias são diversas, consoante se observa da própria eleição do sistema processual, posto que a contratualização abre o sistema, sobretudo, à vontade das partes, técnica que a legislação processual brasileira adotou, mas que, em certa medida, ainda não tem sido operacionalizada em sua inteireza, a despeito das cláusulas gerais constantes dos art. 190 e 200 do CPC/2015, que claramente introduzem no sistema jurídico essa possibilidade de condução do processo por vontade das partes.<sup>431</sup>

Consoante se verá, este movimento não é isolado, pelo que já se pode falar do modelo cooperativo, em que as posturas de condução processual são adotadas em cooperação entre as partes e serve como forma de conter a discricionariedade judicial (margens de liberdade interpretativas) e operativa (condução do procedimento).

Do que se conclui que essa discricionariedade procedimental, ou seja, para a condução do processo, deve ser implementada no sentido fraco, ou seja, sempre parametrizada por critérios e fins públicos, bem como, se possível, em participação com as partes.<sup>432</sup>

Para além das fronteiras brasileiras existem dois institutos que se dedicam ao desenvolvimento de princípios de Processo Civil transnacional, e que também apontam no sentido de que o gerenciamento do processo deve se desenvolver em cooperação. São eles o

---

<sup>431</sup> CPC/2015: Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo e Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

<sup>432</sup> Em lições de Van Rhee: “(1) *The specific nature of the case should determine to a large extent the rules, directions and orders that govern the proceedings*; (2) *The rules, directions and orders of proceedings should to a large extent be determined by the judges, parties and attorneys involved in the case and not by detailed legal provisions*; (3) *The court should have the necessary procedural discretionary powers to manage the case*; (4) *The court’s direction should be discretion in the weak sense, that is to say, the court should use its powers for a specific goal, i. e., to achieve the disposition of the dispute fairly, efficiently, and with reasonable speed*”. Em tradução livre: “(1) A natureza específica do caso deve determinar em grande parte as regras, instruções e ordens que regem os procedimentos; (2) As regras, instruções e ordens do processo devem, em grande medida, ser determinadas pelos juízes, partes e advogados envolvidos no caso e não por disposições legais detalhadas; (3) O tribunal deve ter o poderes processuais discricionários necessários para administrar o caso; (4) A direção do tribunal deve ser discricionária no sentido fraco, isto é, o tribunal deve usar seus poderes para um objetivo específico, *i. e.*, para alcançar a disposição da disputa de forma justa, eficiente, e com velocidade razoável” (Van Rhee C.H, Introduction, in Van Rhee C.H (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia Publishers, p.3-4, 2008).

*The American Law Institute (ALI)* e o *The International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit)*.<sup>433</sup>

O ALI, que desde 1997 formulava regras transnacionais de Processo Civil, passou, no ano 2000, a atuar em conjunto com o Unidroit (organização que se concentra principalmente na harmonização do direito privado), o que resultou na criação de 31(trinta e um) princípios e uma série de comentários, elaborados a partir do trabalho de um grupo formado por nove membros de várias jurisdições em todo o mundo. O trabalho foi publicado em francês e em inglês.<sup>434</sup>

Estas regras consideram que a conduta adequada dos procedimentos requer cooperação efetiva entre o tribunal, as partes e seus advogados e importante, como um meio de evitar essa divisão histórica que agiu como uma barreira à harmonização processual que é a postura dicotômica advinda dos modelos adversarial e inquisitorial. Destarte, verifica-se um claro objetivo de harmonização dos sistemas do *Common Law* e do *Civil Law*,<sup>435</sup> inspirando reformas na legislação processual mais consentâneas com as orientações dos institutos em referência, as quais partem de uma proposta de maior equilíbrio dos poderes no processo.<sup>436</sup>

O que se percebe, de uma visão panorâmica, é um aumento do gerenciamento, mas com cooperação com as partes. Ou, mais ainda, a participação efetiva das partes na condução

---

<sup>433</sup> MOSCHEN, Valesca Raizer Borges e BARBOSA, Luiza Nogueira. O Processo Civil Internacional no CPC/2015 e os Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional: Uma análise de consonância da harmonização processual." Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 19, no. 2, 2018, p. 200. *Gale Academic Onefile*, Acesso em 30 Set. 2019.

<sup>434</sup> Em 2001 foi publicada uma primeira versão dos Princípios. Uma versão fortemente revista está disponível desde abril de 2004. Uma versão última e definitiva foi publicada em 2006. *American Law Institute* e *UNIDROIT* de 2006 De especial relevância a regra 14 do ALI/UNIDROIT, posto que trata especificamente quanto aos deveres de gestão de caso, mas determina que, na medida do possível, esta seja implementada com a cooperação com as partes, conforme segue em tradução livre: 14. Responsabilidade do tribunal pela direção do processo: 14.1 Começando o mais cedo possível, o tribunal deve gerenciar ativamente o processo, exercendo discricionariedade para conseguir a disposição da disputa de maneira justa, eficiente e com velocidade razoável; [...]; 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. (Sem grifos no original). No original: "14. *Court Responsibility for Direction of the Proceeding: 14.1 Commencing as early as practicable, the court should actively manage the proceeding, exercising discretion to achieve disposition of the dispute fairly, efficiently, and with reasonable speed. [...]; 14.2 To the extent reasonably practicable, the court should manage the proceeding in consultation with the parties; 14.3 The court should determine the order in which issues are to be resolved, and fix a timetable for all stages of the proceeding, including dates and deadlines. The court may revise such directions.*" Disponível em: International Institute for the Unification of Private Law. ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments-civil-procedure>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>435</sup> UZELAC, Alan. *Enforcement and enforceability: tradition and reform*. 2010 *Intersentia Antwerp – Oxford –Portland*. Disponível em < <https://www.intersentia.com>>. Acesso em 20/02/2019.

<sup>436</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. São Paulo: Foco, 2019, p. 22.

do processo, portanto, importante forma de impor limites necessários às posturas discricionárias do juiz, pois quanto mais as partes tomam as rédeas da condução do processo, menos poderes de gerenciamento haverá para o juiz.<sup>437</sup>

#### **4.2.1.4 Da adaptabilidade procedimental: flexibilização procedimental legal e judicial no Brasil**<sup>438</sup>

Em termos gerais, a estruturação do formalismo processual do Código de Processo Civil de 2015 demonstra a preocupação do legislador com a efetividade processual, na exata proporção do direito material pretendido.

Sistematicamente, retome-se, já identificamos três movimentos catalizadores desta tendência de flexibilização procedimental, a saber:

a) Um deles resgata a ideia de vinculação entre a flexibilização procedimental e a abertura do próprio texto legal. Aqui, parte-se da premissa que a falta do rigor terminológico nos textos normativos é que induz a flexibilização do procedimento, seja por ausência de técnica legislativa ou seja em decorrência das normas socialmente abertas (aquelas que a abertura parte de uma técnica intencional para admitir a adaptação do sistema normativa à realidade social).<sup>439</sup>

Com base em inúmeras previsões, mais ou menos abertas, o juiz passa a ter um espaço maior de construção do procedimento. O procedimento é, portanto, maleável, ligado à atipicidade de certas opções rituais. Veja-se, a partir dessa perspectiva o gerenciamento processual é promovido sem regras expressas a esse fim ou que crie parâmetros para a sua realização, por isso denominado de ‘gerenciamento às avessas’.

---

<sup>437</sup> CABRAL, Antônio do Passo. New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management: Peking University Law Journal - ISSN: 2051-7483. Disponível em (Online) Journal homepage: <<https://www.tandfonline.com/loi/rplj20>>, <<https://doi.org/10.1080/20517483.2018.1603636>>. Acesso em 20/04/2020.

<sup>438</sup> Adotamos o sentido que lhe emprega DIDIER JÚNIOR, ao distinguir entre princípio da adequação e princípio da adaptabilidade, sendo que o primeiro é abstrato e prévio, referindo-se à instância pré-jurídica, legislativa, e o último é concreto e reparador, conferindo ao juiz poderes para adaptar o procedimento. É também conhecido como princípio da adequação formal. Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade. Revista da Ajuris, Porto Alegre, Ajuris v. 27, n. 83, set./2001, p. 166-178. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2986/sobre-dois-importantes-e-esquecidos-principios-do-processo>> Acesso em 30/4/2019

<sup>439</sup> PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.7.

b) Noutra sentido de flexibilização do procedimento, renovam-se as lições de Galeno Lacerda,<sup>440</sup> segundo as quais, o processo, por ser instrumento, deve ser adequado subjetiva, objetiva e teleologicamente, que fora desenvolvido no contexto de seminal trabalho por Fernando Gajardoni.<sup>441</sup>

c) Outro decorre da vertente flexibilizadora, que se desenvolve a partir do gerenciamento de processos que alhures se denominou *managerial judgement*.

Contudo, a despeito da correlação entre os diversos métodos de flexibilização do procedimento, a diferença consiste, em regra, que nesta última, a flexibilização decorre de um sistema que concede ao juiz, expressamente, poderes para a condução do processo-procedimento, tudo dentro de uma técnica bem mais ampla que, engloba, a possibilidade da flexibilização procedimental com uma das técnicas do gerenciamento processual.

Certo que para uma tutela adequada dos direitos é necessário que se viabilizem medidas jurisdicionais diferenciadas para situações específicas no plano material, levando em conta a natureza da controvérsia deduzida em juízo, suas contingências e as condições pessoais dos envolvidos, sobretudo, porque é impossível ao legislador prever procedimentos diferenciados para todas as situações materiais ou subjetivas diferenciadas.<sup>442</sup>

Reconhece-se que o modo tradicional de enfrentar o problema das diferenças, no bojo do processo (e a pretensão de equilíbrio pela diferenciação dos ritos em abstrato), demonstrou-se insuficiente, tendo em vista a potencial rigidez e abstração.<sup>443</sup>

Daí porque a noção de adaptabilidade, promovida legalmente em um primeiro momento, transforma-se para permitir ao juiz, que passa a ter papel ativo na adaptação do procedimento à situação concreta.<sup>444</sup>

---

<sup>440</sup> LACERDA, Galeno de Velinho. O Código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Ed. Comemorativa do Cinquentenário, p. 161-170, 1976.

<sup>441</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da "common law". *Revista de Processo*. vol. 163. São Paulo, abr. 2008.

<sup>442</sup> O tratamento dado ao tema tradicionalmente liga-se à temática dos procedimentos especiais ou, para utilizar a expressão de Proto Pisani, tutelas jurisdicionais diferenciadas. É certo que é um requisito fundamental para que o processo (instrumento) realize o seu fim (tutela dos direitos) a sua possibilidade de adequação. PROTO PISANI, Andrea. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 34, n. 4, 1979, p. 536-591.

<sup>443</sup> ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Gerenciamento de processos e a cultura de litigância – a experiência do "case management" inglês. DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 47.

<sup>444</sup> Sobre o tema da adaptabilidade judicial, ver DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 117 e ss. e GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização*

É neste sentido que o *case management*,<sup>445</sup> serve como contributo a um novo modelo de adaptabilidade procedimental. Essa atividade tem três aspectos principais: envolvimento judicial imediato com a triagem dos casos, resolução amigável do conflito e flexibilização do procedimento. Perceba-se, a flexibilização procedimental é somente uma técnica do gerenciamento processual.

O gerenciamento é mais amplo, e a flexibilização procedimental é um mecanismo para sua implementação. Essa realidade precisa ser desnudada pois tem se falado que o sistema jurídico brasileiro, a exemplo de outros países, teria adotado esta sistemática. Contudo, o objetivo desse trabalho é demonstrar que essa não foi a intenção do legislador brasileiro, mas sim a de 'gerenciamento cooperativo', terminologia adotada, apenas para designar a condução do processo por esforço comum do juiz e partes.

Falar tradicionalmente em gerenciamento de processos, recobre-se, significa compreender o papel do juiz como de alguém que deve conduzir as demandas judiciais para a mais adequada resolução dos conflitos, com o menor dispêndio de tempo e recursos. A experiência do *case management* da *common law*, em especial o inglês, portanto, funciona como exemplo dessa tendência a uma maior flexibilização das regras procedimentais por intermédio juiz, e já foi objeto de investigação em tópicos anteriores.<sup>446</sup>

Assim, são três premissas lançada para o desenvolvimento a partir desse ponto do trabalho: *i*) não existe, no CPC/2015, expressos poderes ao juiz para o gerenciamento processual, mas apenas normas casuísticas; *ii*) os juízes valem-se, para além dessas normas casuística, de outras tantas que estão vazadas em textos abertos e produzem um

---

procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>445</sup> "Nas últimas décadas, os países integrantes do sistema do *common law*, especificamente a Inglaterra e os Estados Unidos, revisaram o seu procedimento judicial e a organização de suas cortes, de tal modo que houve uma sistematização das práticas de condução de processos e organização judiciária em torno do conceito de judicial case management. A sistematização tem como principal fator o fortalecimento dos poderes do juiz durante a condução do processo, de tal modo que possa ele, de acordo com um planejamento prévio, obter o processamento célere das demandas levadas até o judiciário. Com isso, foi possível obter uma significativa melhora da prestação judicial, sem que houvesse uma simples multiplicação dos recursos disponíveis." (ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Gerenciamento de processos e a cultura de litigância – a experiência do "case management" inglês. In: DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). As grandes transformações do processo civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 636).

<sup>446</sup> Consultar GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Adaptabilidade judicial. A modificação do procedimento pelo juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013; ARIANO DEHO, Eugénia. *Hacia un proceso civil flexible*. Lima: Ara Editores, 2013 e ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Gerenciamento de processos e a cultura de litigância - a experiência do "case management" inglês. DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). As grandes transformações do processo civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 653

‘gerenciamento às avessas’; e *iii*) o legislador, aparentemente, visando combater essas margens de liberdade (discricionariedade judicial) concedeu às partes poderes que são suficientes a redemocratizar o processo.

O Código de Processo Civil de 2015 traz espaços de construção-adaptação do procedimento pelo juiz. São exemplos desse fenômeno, institutos como a dinamização dos ônus probatórios (art. 373, § 1.º), a possibilidade de dilatação de prazos e alteração da ordem de produção de prova (art. 139, VI), a substituição da perícia por prova técnica simplificada (art. 464, §§ 2.º e 3.º) e a atipicidade das técnicas processuais executivas (art. 139, IV e art. 536, § 1.º).

Há que se reconhecer, no entanto, à exemplo de outros países em que o sistema é mais maduro, no Brasil não há uma previsão genérica para o gerenciamento processual. Ao reverso, existem sim, regras espalhadas (casuísticas) das quais se extraem as adequações procedimentais necessárias. Outrossim, somos carentes de regras gerais prudenciais para que se promova o gerenciamento processual.<sup>447</sup>

Malgrado se fale (e trate), via transversa, do gerenciamento judicial, a ausência de sistematização não serve para limitar os poderes gerenciais, mas sim para ampliá-los, haja vista que é justamente a falta de critérios que torna a discricionariedade forte.<sup>448</sup>

---

<sup>447</sup> A fim de tornar mais eficaz o gerenciamento, muitos países têm adotado a sua regulamentação legal ou por intermédio de instruções que servem como verdadeiros manuais, para além, limitam a discricionariedade judicial, na medida em que estabelecem menores margens de liberdade. Em sum, ao estabelecer critérios, a discricionariedade torna-se fraca. Para uma perspectiva histórica da influência destes dois processualistas nas respectivas legislações de seus países, (Van Rhee C.H, Introduction, in Van Rhee C.H (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia Publishers, 2008, p.11-18.

<sup>448</sup> Em tradução livre e extraído a suma da ideia Remme Verkek, fazendo um estudo concernente aos poderes do juiz quanto as flexibilização de regras procedimentais com fins a implementar o gerenciamento processual, retoma o tema da necessidade de estabelecimento de *standards* para fins de conter a discricionariedade judicial: “Dworkin fez uma distinção entre discricionariedade judicial no sentido fraco e discricionariedade judicial no sentido forte. Quando usamos o critério termo no sentido fraco, dizemos que o juiz é obrigado a fazer um julgamento bem-avaliado. O juiz toma sua decisão com base em normas aplicáveis. Afirmando que o juiz tem poder discricionário no sentido fraco implica que o juiz deve usar suas habilidades profissionais, a fim construir um julgamento que atenda a esses padrões. (...) ele deve usar sua discricionariedade para servir um determinado fim e para atender a certos padrões. (sem grifos no original). No original: “*Weak Judicial Discretion*: “Dworkin made a distinction between judicial discretion in the weak sense and judicial discretion in the strong sense. When we use the term discretion in the weak sense, we say that the judge is required to make a well-evaluated judgement. The judge takes his decision on the basis of (preset) applicable standards. Stating that the judge has discretion in the weak sense implies that the judge should use his professional skills in order construct a judgement that meets these standards. Weak discretion differs from strong discretion. In case of strong discretion there are no standards a judge should base his decision on. The judge is free to do as he wishes; his judgement need not meet any standards. These two positions correspond with the fourth and last axis. The first theoretical extreme on this axis corresponds with strong judicial discretion. It reflects a situation where the judge is not bound by any standards when he exercises discretionary powers. The second extreme corresponds with very weak discretion. Here the judge is merely asked to use his skills in order to apply the best means to attain a well

O povoamento do processo por cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, demanda atividade criativa do juiz, o qual, para romper com os diversos obstáculos, passa a adaptar a marcha processual em verdadeiro ‘gerenciamento processual às avessas’ e sem o necessário controle.

É de se pensar sobre as cláusulas gerais processuais e a flexibilização das formas processuais, de maneira relacional, e que garanta o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e tempestiva, mas sem ferir as liberdades (segurança) das partes.<sup>449</sup>

A adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais processuais tem por um de seus escopos principais tornar o sistema jurídico processual mais flexível (dúctil ou, dizendo o mesmo por outras palavras, menos rígido), permitindo uma melhor adaptação do processo à realidade de direito material nele veiculada, objetivando a sua efetividade. Não se pretende dizer com isto, que a flexibilização procedimental dependa de normas de textura aberta.<sup>450</sup>

Aliás, já se defendeu, enfaticamente, que se trata de dois aspectos do mesmo fenômeno: abertura dos textos das normas processuais, exemplo do que que no art.139, IV do CPC/2015<sup>451</sup> *versus* flexibilização processual e gerenciamento processual.

Há que se reconhecer, por consequência, que para além dessa dimensão dos textos abertos, o legislador também pode ter concedido, expressamente, latitude maior de poder de condução do processo (gerenciamento processual). São técnicas distintas, mas com objetivo único - efetividade (pensada a partir da maior adaptabilidade do procedimento ao caso concreto).

Para sintetizar, a flexibilização das formas processuais pode ser decorrente de dois fenômenos correlatos quando implementado pelo juiz: *i*) considerada como uma consequência da adoção das normas de textura aberta; ou *ii*) a partir de uma opção do

---

identified and specified end”. (VERKEK, Remme, in Van Rhee C.H (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia Publishers, 2008, p.50).

<sup>449</sup> Isso porque o acesso à justiça pressupõe o acesso à ordem jurídica justa através da admissão em juízo, da participação no Processo e do recebimento de um provimento jurisdicional “consentâneo com os valores da sociedade” DINARMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 115.

<sup>450</sup> “[...] Há casos em que o legislador é expressamente obrigado a deferir à parte e ao juiz o poder de concretizar o procedimento adequado, já que isso é imprescindível à tutela do direito material ao caso concreto. Aliás, o poder de adequação procedimento do juiz não é restrito às normas processuais abertas, uma vez que a falta de previsão legal de técnica processual idônea à tutela do direito material ou mesmo a fixação de técnica processual inidônea obrigam o juiz a identificar a técnica processual adequada a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil*, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 429).

<sup>451</sup> CPC/2015: “Art. 139, [...] VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.”

legislador para outorgar ao juiz postura gerencial, considerando a maior latitude de poderes concedidos expressamente ao juiz para a condução do processo. Ambas as formas com objetivo único (ou, como se espera da sua correta aplicação) à concretização do Direito Fundamental de Ação/Acesso à Justiça e Efetividade.

Ora, é um equívoco supor que o procedimento, para legitimar a jurisdição, deve se desenvolver de forma mecânica, obedecendo rigorosamente às linhas traçadas pelo legislador, sem permitir à parte e ao juiz qualquer mecanismo de adequação, consoante prelecionado.<sup>452</sup>

Entretanto, também não se pode prescindir dos adequados mecanismos de controle, sob pena de desbordo dos poderes judiciais para uma verdadeira arbitrariedade.

É claro que ao outorgar poder de adaptação do procedimento e condução do processo para o juiz é forma de aumentar a discricionariedade no âmbito do processo, contudo de outro lado, há que se conceder às partes e à sociedade em geral, o poder de controle desse espaço de alteração procedimental mediante as seguintes exigências: *i*) demonstração de que o rito procedimental previsto, abstratamente, não é o mais hábil ao caso concreto; *ii*) o exercício pelo juiz do dever de debate, permitindo que as partes influenciem a própria construção da solução adaptativa e *iii*) a exigência de fundamentação analítica, pelo juiz, das escolhas feitas também a respeito do procedimento, (art. 489 §§ 1.º e 2.º do CPC), inclusive mediante utilização do postulado da proporcionalidade.<sup>453</sup>

Já se fala, inclusive, no princípio da fungibilidade no processo, por intermédio do qual, mediante critérios de controle, o procedimento poderia ser adaptado ao caso concreto por intermédio de comando judicial.<sup>454</sup> Entretanto, ainda não ocorreu, a despeito da larga margem de utilização desses mecanismos pelo juiz, o estabelecimento de parâmetros legais para esse agir.

---

<sup>452</sup> “Não pode ser olvidado, nesse rumo, que a influência dos Direitos Fundamentais sobre a teoria e a prática processuais deve ser profunda a ponto de modificar os velhos paradigmas que se segue (muitas vezes sem questionar), a exemplo dos conceitos de Tutela Jurisdicional e de Processo, assim como a própria teoria processual. Não se afigura razoável, por exemplo, segundo a perspectiva constitucional, tendo em vista o tema da fungibilidade de meios no sistema processual, que a condição para o exercício de ação constituída pelo interesse de agir sempre dependa de adequação procedimental à estrutura do Código de Processo Civil e não ao direito material a ser tutelado.” (LAMY, Eduardo de Avelar. Princípio da Fungibilidade no Processo Civil. São Paulo: Dialética, 2007, p. 33).

<sup>453</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da "common law". *Revista de Processo*. vol. 163. São Paulo, abr. 2008.

<sup>454</sup> LAMY, EDUARDO DE AVELAR. Princípio da Fungibilidade no Processo Civil, São Paulo: Dialética, 2007. Pag.35, p. 33.

A grande de dificuldade, no Brasil, é que não há ainda uma sistematização desses normativos autorizadores da condução do processo – gerenciamento – pelo juiz e a falta de regramentos gerais, é que vem ocasionando o ‘gerenciamento às avessas’.

O fato de o juiz possuir, reafirme-se, uma maior amplitude de interpretação no exercício da atividade jurisdicional não significa que o seu poder pode ficar sem controle. A diferença fundamental reside no fato de que, agora, tal controle não é mais feito pela lei, em abstrato, mas sim cotejando o caso concreto. Por isso deveria seguir de parâmetros legais, ainda que gerais, para a sua prática.

É dizer de outro modo, aquilo que não se controla casuisticamente, deveria ser controlado por premissas gerais. A pesquisa, por consequência, seguirá nesse sentido.

Logo, além de requisitos anteriormente mencionados para a promoção dessa adaptação procedimental, o decisor, sempre, estará atrelado ao postulado normativo da proporcionalidade que se desdobra: adequação (que seja adequado a fim que se objetiva alcançar), necessidade (meio idôneo e menor restrição possível) e a da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>455</sup>

Sem descurar das críticas,<sup>456</sup> certamente ‘a norma de textura aberta’ é mecanismo que, resguardados os parâmetros legais, abre o sistema processual para a adaptabilidade do

---

<sup>455</sup> No tocante às Cláusulas Gerais processuais, a doutrina aponta os critérios que devem pautar o controle da decisão que as emprega. Segundo Ruy Alves Henriques Filho, “tal decisão deve passar, obrigatoriamente, por três estágios: i) no primeiro deles, será permitido seu uso, em caso de legislação que contenha a abertura da norma; ii) no seguinte, sua utilização será supletiva em caso de situação na qual se detecte ausência de proteção (aplica-se o princípio da proibição de insuficiência à luz do direito material em debate) e inadequação do procedimento descrito em lei; iii) e, no último, deverá haver uma superfundamentação especial, embasada nos princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto (concreção fulcrada, principalmente, nos fatos trazidos pelas partes).” (HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. “As cláusulas gerais no processo civil”. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n.155. Este tema também foi abordado no capítulo “2” da pesquisa).

<sup>456</sup>Há, contudo, e como seria de se esperar, vozes doutrinárias que criticam severamente uma flexibilização das formas processuais (e também, ao que parece) gerada pela adoção das Cláusulas Gerais processuais que permita ao juiz um amplo espectro de liberdade na conformação do procedimento ao direito material discutido no processo. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, por exemplo, sustenta que “deixar ao ‘simples querer do juiz’ a realização do procedimento, de acordo as necessidades do caso concreto, ‘acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e os direitos das partes.’ E dessa maneira poderia fazer até periclitara a igual realização do direito material, na medida em que a discricão do órgão judicial, quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional, implicaria o risco de conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito. Não bastasse isso, se constrangido o órgão judicial de cada processo a elaborar para o caso concreto, com grande desperdício de tempo, os próprios princípios, com a finalidade de dar forma ao procedimento adequado, permanecerá inutilizável o tesouro da experiência colhida da história do direito processual. Tão importante é a tipicidade do procedimento estabelecida previamente pela lei, com base em determinados valores e experiências, que é pensada mesmo, por certa doutrina, como nota distintiva essencial da jurisdição em face da administração”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil, ...op.cit., p. 29-30

procedimento implementada por determinação judicial e para atender contingências especiais.<sup>457</sup>

Estamos falando de uma jurisdição mais rente e hábil a debelar as crises sociais,<sup>458</sup> não por acaso, o foco de poderes, deve ser redimensionado entre as partes e o juiz, de modo a permitir a flexibilização procedimental, propiciada o adequado gerenciamento do processo, mas sem obscurecer as liberdades das partes.<sup>459</sup>

Ou seja, uma postura dialogal, que primeiro estabelece um ambiente cooperativo para a condução do processo, sob pena das partes, sentindo-se alijadas, tomarem para si tal encargo, uma vez que, consoante se aprofundará doravante, é perfeitamente possível que as partes promovam a condução do processo por intermédio das convenções processuais.

Esse disputa de poderes entre juízes e partes na condução do processo, pode ser melhor equilibrada dentro do novo modelo cooperativo, pois neste o juiz adota como vetor a comparticipação e, apenas na medida em que as soluções processuais negociadas não forem adequadas, é que se promove o gerenciamento processual.

Assim, ruma-se no sentido de se investigar como esse novo modelo se organiza e se apresenta no processo e impacta a discricionariedade judicial.

#### **4.2.2 O modelo cooperativo-gerencial: uma recalibragem da divisão de tarefas como método para a contenção da discricionariedade judicial**

Vale rememorar que Michele Taruffo observa que a construção dos modelos não é aleatória, pois não existem na natureza, mas são, precisamente, elaborados por obra de quem

---

<sup>457</sup> Especificamente acerca da flexibilização procedimental, Fernando da Fonseca Gajardoni defende que compete ao juiz, com a participação efetiva das partes em contraditório, “adequar os procedimentos às peculiaridades da causa, criando ou mesclando ritos”. Assim o fará, em caráter excepcional e fundamentadamente, só quando constatar: (a) a inexistência de previsão legal adequada; (b) a inutilidade da regra formal avaliada no seu aspecto finalístico; ou (c) a situação das partes litigantes, a justificar a variação ritual, a bem da igualdade material e do consenso.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental, ... op. cit.*, p. 105).

<sup>458</sup> PINHO. Humberto Dala Bernadina. CORTES. Víctor A. Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XIII, p. 23.

<sup>459</sup> “Deve o juiz ativo e atuante despojar-se de uma visão formalista do processo e encorajar-se na aplicação do Direito, integrando as cláusulas abertas e interpretando os conceitos jurídicos indeterminados – cada vez mais frequentes – sempre em conjunto com as partes e com uma criatividade coerente e fundamentada, que seja vantajosa para o desenvolvimento do processo. A sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo”. (MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles. *A atuação do juiz na direção do processo*. In: FUX, Luiz (Org.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 195-196).

estuda e analisa vários ordenamentos e extrai do respectivo conhecimento os "tipos ideais" que parecem idôneos para representar os traços essenciais desses ordenamentos. Naturalmente, quanto mais um modelo se aproxima da realidade que se quer representar, tanto maior será sua aptidão heurística e utilidade como instrumento de análise.<sup>460</sup>

Em verdadeiro processo lógico-funcional, a construção de um modelo sempre busca uma análise racional dos instrumentos do ordenamento jurídico.

Trata-se, porém, de imaginar modelos diferentes dos tradicionais, não só porque mudou a realidade que se deseja representar, mas porque hoje parecem mais úteis modelos de outra natureza.<sup>461</sup> No modelo cooperativo, a solução é buscada de forma dialógica, cooperativa e participativa.<sup>462</sup>

Do mesmo modo, o modelo cooperativo-gerencial não baralha com os outros modelos (adversarial e inquisitorial), agrega-se pois *(i)* a necessidade de um recalibragem dos poderes coercitivos do juiz na exata proporção em que haja resistência do cumprimento das decisões judiciais; *(ii)* possibilidade de flexibilização de regras procedimentais na medida em que se mostrarem, as tradicionais, inúteis a debelarem as crises de direito; *(iii)* tudo a partir de um agir judicialmente estratégico para se prospectar que o dirigismo (gerenciamento) deve ser implementado adequada e proporcionalmente às contingências do caso concreto e, em cooperação com as partes; e *(iv)* o gerenciamento (condução do processo

---

<sup>460</sup> TARUFFO, Micheli. Observações sobre os modelos processuais de Civil Law e Common Law. Revista de Processo | vol. 110/2003 | p. 141 - 158 | Abr - Jun / 2003.

<sup>461</sup> “Os modelos que podemos definir como estruturais são, em certa medida, mais próximos dos costumeiros modelos descritivos, salvo por buscarem apoio em caracteres "de estrutura" do procedimento, e não neste ou naquele aspecto de disciplinas processuais nacionais ou de ordenamentos pertencentes a específicas áreas geográficas ou culturais. O problema fundamental consiste em definir o que se entende por "estrutura" de um processo, o que remete à determinação dos aspectos que se reputam fundamentais em função de algum esquema cultural, ou seja, de acordo com juízos de valor à luz dos quais se estabelece o que é importante, deixando de lado o que não o é. Um esquema cultural que pode ser identificado sobre o fundo (ou a base) das recentes transformações dos principais sistemas processuais conduz a individualizar quatro aspectos fundamentais da estrutura do processo: 1) a atuação das garantias fundamentais previstas nas várias Constituições ou de qualquer modo reconhecidas em nível nacional e internacional (como no art. 6.º da Declaração Europeia dos Direitos do Homem ou no art. 46 da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais), com referência particular à regra *Audi et alteram partem*; 2) a desformalização e simplificação da disciplina do processo; 3) a atribuição ao juiz de funções e responsabilidades gerenciais na direção do feito; 4) a adoção de esquema procedimental com duas fases, uma destinada à preparação (e à eventual resolução antecipada) da causa, outra destinada à produção das provas e à decisão). Cada um dos ordenamentos pode evidentemente apresentar esses aspectos com intensidade diversa e sob várias modalidades: eles constituirão de qualquer forma pontos de partida para imaginar uma "estrutura ideal", ou um modelo capaz de captar as características fundamentais do processo nos ordenamentos evoluídos.” (TARUFFO, Micheli. Observações sobre os modelos processuais de Civil Law e Common Law. Revista de Processo | vol. 110/2003 | p. 141 - 158 | Abr - Jun / 2003).

<sup>462</sup> “A colaboração é um *modelo* que almeja organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*), em que se privilegia o *trabalho processual em conjunto* do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*).” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Ed.RT, 2015).

pelo juiz) diminui proporcionalmente frente ao implementado por obra das partes (por acordo entre elas) - convenções processuais.

Por isso o vetor: cooperativa-gerencial, que significa primeiro uma postura de cooperação na condução do processo para, somente sendo impossível a condução dialogal, restar autorizado o juiz a adoção de uma atitude mais ativa, contudo, sempre atrelado aos parâmetros referenciados anteriormente.

Ao que parece, inclusive, o Código de Processo Civil de 2015 encaminhou nesse sentido, pois existem normativos que tratam do compartilhamento do gerenciamento processual tais como: calendário para a prática dos atos (art. 191) e saneamento compartilhado (357, § 3.º), bem como estabeleceu regras de condução do processo pelas partes, que diminuem os poderes gerenciais do juiz, podendo elas próprias, por convenção processual e com base em cláusulas gerais (art. 190 e 200) passar a conduzir do processo ou, ainda com base em regras específicas, aumentou a capacidade de, por intermédio de negócios processuais típicos, as partes restringirem, em grande medida, os poderes judiciais, como por exemplo a delimitação de questões de fato e de direito por cooperação entre as partes (art. 357, § 2.º).

Portanto, é necessário - a partir da concepção de que a atividade jurisdicional de normas abertas tem por relevância a característica a adscrever sentidos a partir do texto legal - que se parta de uma nova concepção da própria função e estrutura jurisdicional. Em outras palavras, “a função jurisdicional se altera tanto em sua estrutura quanto em sua função”, consoante lecionado por Marinoni.<sup>463</sup> A partir do reconhecimento dessa nova realidade da função jurisdicional, exige-se uma renovada postura judicial, inclusive e sobretudo na condução do processo (gerenciamento processual).

Em sua função a jurisdição altera-se no sentido de ‘reconstruir o Direito’, reconhece-se a qualidade do processo ‘adscritiva’ de sentidos do texto legal, assim há alteração da função da jurisdição, pois não é mais, meramente, declarativa de um direito pré-existente.<sup>464</sup> Disso resulta a alteração da estrutura, pois impõe que o processo se torna um ambiente dialógico, em que a condução do procedimento pelo juiz depende de razoáveis

---

<sup>463</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Giulherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 104.

<sup>464</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Giulherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 104.

condicionantes, sobretudo a cooperação entre as partes e juízes, como forma de legitimação dos comandos judiciais.

Esta nova postura cooperativa-gerencial, já foi objeto de diversos estudos, com especial destaque para o trabalho de Antônio do Passo Cabral, o qual sempre conectado com as novas tendências mundiais sobre o tema, destacou que hoje em dia as funções de gestão podem ir além do debate entre autocontenção e ativismo judicial, haja vista que o princípio da cooperação, pode superar o problema entre garantismo e ativismo, privatismo ou publicismo, tudo dentro de ambiente processual mais democrático e eficiente.<sup>465</sup>

Ou seja, a estrutura do processo a partir gerenciamento, se adapta às novas funções do processo (adscritiva de sentidos), devendo o juiz ter sensibilidade a essa realidade e garantir o ambiente cooperativa, sob pena das partes o alijarem o tal tarefa, tomando as rédeas da condução do procedimento, com as convenções processuais, tema para o qual se encaminha a última parte da pesquisa.

Assim, ruma-se por investigar de que maneira, o gerenciamento do processo pode ser cooperativamente compartilhado com as partes, bem como de que forma as partes podem reagir para implementarem mecanismo de contenção de poderes judiciais na condução do processo pelo juiz. A ideia central, portanto, é que o juiz garanta um ambiente de cooperação, sob pena das partes, conscientizados de seus poderes de gestão, adotarem medidas que afastem o juiz dessa atividade ou, ao menos, a limitem.

Entretanto, para que isso ocorra é necessário que as partes tenham consciência do poder de condução do processo por atos de vontade (autorregramento), ou melhor, que esse poder demanda a cooperação entre elas, então, essa é a tônica para o próximo capítulo, o que torna pertinente o instigante questionamento e conclusão a que chegou Benoit Allemeersch:

***Os advogados vão cooperar quando o inferno congelar*** [...] Assim, enquanto o a gestão de casos judiciais é uma tentativa de mudar o controle do procedimento do advogado para o juiz, essa mudança em si cria novos perigos [...]. O que os advogados podem fazer para

---

<sup>465</sup> CABRAL, Antônio do Passo. New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management: Peking University Law Journal - ISSN: 2051-7483 (Print) 2052-5907 (Online) Journal homepage: <<https://www.tandfonline.com/loi/rplj20>, <https://doi.org/10.1080/20517483.2018.1603636>>. To cite this article: Antonio Cabral (2018) New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management, Peking University Law Journal, 6:1, 5-54, DOI: 10.1080/20517483.2018.1603636 To link to this article: <<https://doi.org/10.1080/20517483.2018.1603636>>. Published online: 23 Apr 2019. Acesso em 10/04/2020.

resolver este problema[...]? quanto mais os advogados trabalham junto na elaboração de um plano que pretende imprimir na condução do processo, mais se impõe que o juiz dê um passo atrás como gerente do caso. Embora isso pareça quase uma conspiração “antijudicial”, *é claro que nenhum juiz pode reclamar se as partes não precisam dele. Em suma, cooperar em litígios civis aumenta da independência dos advogados.*<sup>466</sup> (Sem grifos no original).

Em suma, o aumento do grau da cooperação, entre as partes, diminui, na mesma proporção, o poder discricionário do juiz na condução do processo.<sup>467</sup>

Arremata-se, por consequência, que outro impulso de flexibilização procedimental e condução do processo surge naturalmente nas coordenadas da mais nova, reforçada, negociação jurídica processual (autodeterminação das partes), e como esta demanda a análise da dos poderes das partes, é justamente o ponto que interessa como forma de contenção da discricionariedade judicial em matéria processual, posto que se defendeu em momento próprio da pesquisa que discricionariedade judicial, revela-se em poder.

Muito embora já antecipando o conteúdo do próximo capítulo, é oportuno destacar que, um movimento que vai ao encontro de conter as posturas judiciais ativas no comando do procedimento, é justamente a outra modalidade de flexibilização procedimental, qual seja: a contratualização procedimental ou como se denominou em nosso país, negócio jurídico processual (convenções processuais).

Como fecho deste tópico, já nos lindes que se trabalhará doravante, é preciso investigar os mecanismos processuais de retomada da cooperação, sobretudo entre as partes, na busca de se demonstrar que “poder só se combate com poder, só se limita poder, com um, de outra espécie.”<sup>468</sup>

Com isso, é possível repensar o papel que ocupa autorregramento no processo, para que, assim, passe a um lugar fundamental no escopo de barrar a discricionariedade judicial ou, em outros termos, hábil a delimitar a atuação do juiz no processo civil de modo consentâneo com o modelo constitucional democrático.

---

<sup>466</sup>ALLEMEERSCH. Benoit Enforcement and enforceability: tradition and reform. 2010 Intersentia Antwerp – Oxford – Portland < [https:// www.intersentia.com](https://www.intersentia.com)>. Acesso em 21 de out. 2019.

<sup>467</sup>ALLEMEERSCH. Benoit Enforcement and enforceability: tradition and reform. 2010 Intersentia Antwerp – Oxford – Portland < [https:// www.intersentia.com](https://www.intersentia.com)>. Acesso em 21 de out. 2019.

<sup>468</sup> “Só o poder limita o poder.” Frase célebre atribuída a Montesquieu.

A autonomia privada, pensada a partir do autorregramento processual, não se adstringe ao mérito da causa ou ao direito material. Em verdade, ela também interfere no plano da técnica do processo e, nessa perspectiva, pode servir de fator limitador da atuação do juiz na condução do procedimento, como é o caso, dos negócios processuais jurídicos, inclusive atípicos, tema que ganha grande relevo à luz de sua introdução no Código de Processo Civil de 2015.

Esse novo redimensionamento, a partir de um viés de redemocratização do processo (melhor distribuição dos poderes endoprocessuais) terá como pano de fundo: formas de legitimação das decisões judiciais, contenção da discricionariedade judicial e reintrodução do valor segurança jurídica.

Por consequência são estes os temas com que se fechará esta pesquisa: legitimação das decisões judiciais e novas formas de segurança jurídica, no ambiente processual em que se trabalha com normas de tessitura aberta, por consequência, com o aumento da discricionariedade judicial.

É que nas paragens do direito que é ‘recriado’ no processo, cobra-se uma renovada forma de aceitação generalizada das deliberações judiciais (legitimidade).

Com essas premissas postas é que se ruma para a última parte da pesquisa, onde serão trabalhados os métodos de contenção da discricionariedade no ambiente do processo, pois são esses os mecanismos de retomada da legitimidade das decisões judiciais que são implementadas nessa fase do direito.<sup>469</sup>

---

<sup>469</sup> Já se disse, mas repita-se que no estado liberal as formas garantiam um tratamento igualitário, bem como, com a previsibilidade a segurança jurídica posto que já se antecipavam as ações estatais a partir de uma ordem pré-estabelecida. BRASIL Jr, Samuel Meira. Justiça, Direito e Processo. São Paulo: Atlas, 2007, p.147-148.

## **5. DA LEGALIDADE À LEGITIMIDADE:<sup>470</sup> se a discricionariedade judicial é uma realidade, a legalidade não encerra toda a legitimidade das decisões judiciais – métodos para resgatar a legitimidade das decisões judiciais e segurança jurídica.**

Dos capítulos anteriores é possível constatar que o direito da pós-modernidade é mais flexível, fluido e, por consequência a estes influxos o tornam ‘direito vivente’ ou ‘direito dócil’ como alguns convenciam denominar esta realidade metodológico do atual estágio da realidade do nosso ordenamento jurídico.<sup>471</sup>

Fala-se a propósito, de ‘*source délicateuse*’ ou direito dócil para tratar da linha de tendência que, de forma mais ou menos acentuada, parece comum à civilização jurídica ocidental em que predomina o poder judiciário.<sup>472</sup>

Nessa ótica, a prática do ‘direito vivente’ assume particular força, inclusive teórica e mostra ser conexa ao pensamento jurídico pós-moderno. Se o significado de uma lei qualquer termina por se resolver na leitura que as Cortes lhe dão, ficou evidenciado, de um lado, como a aprovação de uma lei por parte do parlamento – de per si, e fora da argumentação jurídica, que sobre essa não se tece – não teria nenhum sentido, de outro resta assente que o direito é recriado não só para os casos concretos, mas também para os futuros, consoante precisas lições de Picardi.<sup>473</sup>

Trata-se de enxergar um caráter criativo na interpretação dos textos jurídicos. Com efeito, para Didier o intérprete exerceria uma função criativa, cooperando na evolução do direito. Nenhuma interpretação seria exclusivamente declaratória na medida em que resulta

---

<sup>470</sup> Por legalidade entende-se o que deriva da lei ou do ordenamento jurídico. Por legitimidade o que, em linha de princípio, é consensualmente estabelecido. HABERMAS, Jürgen. 1997. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, volume I, p. 20.

<sup>471</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 23.

<sup>472</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 23.

<sup>473</sup> Este tema foi bem abordado no tópico “4” desta pesquisa, mas rememora-se que são variadas as causas que se atribui a esta fase em que vivenciamos dos textos normativos abertos para os valores principiológicos. Para Picardi, “trata-se de uma linha de tendência que, de forma mais ou menos acentuada, parece comum à civilização jurídica ocidental. Surge assim, uma importante questão: fenômeno do gênero podem indicar a passagem do *Gesetzstaat* ao *Richerstaat*, de um Estado em que predomina o Poder Legislativo para um Estado em que predomina o Poder judiciário”. (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 3).

na reconstrução da norma.<sup>474</sup> Portanto, é uma verdadeira revolução em relação a versão extremista do positivismo, segundo a qual o direito é sempre justo, por si mesmo, pelo simples fato de ser válido e se limita à visão do direito a partir do legislado.<sup>475</sup>

Deve estar claro, recobro, que a abertura dos textos legislativos em geral, introduziu uma nova metodologia interpretativa. Nessa perspectiva, o magistrado, como intérprete, opera a construção ou, reconstrução do direito positivado nos textos legais com vista à aplicação ao caso concreto (discrecionabilidade judicial interpretativo ou em sentido fraco), o que constrange a observância, no curso do processo, de um ambiente democrático, dialógico-cooperativo, pois daí se extrairá a legitimidade formal dessa decisão judicial (aceitação genérica, independente de resultado), bem como busca-se uma a legitimidade substancial (aceitação genérica, tomando em conta resultados) a partir do sistema de precedentes.

A celeuma, contudo, de se pensar o processo como ambiente de reconstrução do direito decorre da norma ser um *posterius* da interpretação,<sup>476</sup> embora tenha sido concebida como o dado a interpretar, um *prius*, o que seria o mesmo que dizer “*che non esiste il fucile fino a che non spara.*”, segundo Carnelutti.<sup>477</sup>

Ou seja, o que fora concebido (direito) para funcionar como uma resposta, previamente, pelo legislador (por isso com a legitimidade captada, democraticamente, a partir da vontade da maioria), agora, funciona a depender do caso concreto e serve para o futuro (presta-se, também, a servir precedente, ou seja para casos futuros), por isso direito vivente.

---

<sup>474</sup> “Bem pensadas as coisas, a relação entre o direito material e o processo é circular. [...]. Ao processo, cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementariedade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; a direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho [...]. A jurisdição é função criativa. [...] mais se assemelha a reconstrução, recria-se a norma jurídica do caso concreto, [...] ao decidir o tribunal gera algo novo – se não fosse assim não haveria decisão, mas apenas o reconhecimento de uma anterior decisão, já pronta[...]” (DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 39 e 157).

<sup>475</sup> “No positivismo jurídico clássico, concebe-se a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicitar com meios, puramente, lógico-rationais o conteúdo dos textos legais. A propósito, cf. a seguinte passagem do mestre italiano: O positivismo jurídico considera tarefa da jurisprudência não a criação, mas a interpretação do direito.” (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6ª ed. 1995, p. 85).

<sup>476</sup> “Na fase do Neoprocessualismo, o direito passa a ser construído *a posteriori*, em uma mescla de indução e dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente. As cláusulas gerais servem para a realização da justiça do caso concreto; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como ‘pontos de erupção da equidade’.” (DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 39-46).

<sup>477</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1957, v. 1, p. 364. Apud PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 23.

Nesse norte, o próprio *locus* processual tem que abarcar essa realidade e se tornar um ambiente mais democrático, pois o direito material e o processo acabam se tornando complementares.

Contemporaneamente, para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a aplicação do direito, dos princípios, conceitos jurídicos indeterminados, com toda a sua incerteza não mais corresponde a uma tomada de decisão baseada em um *prius* (norma que poderia ser deduzida anterior ao processo), mas “dependente dos próprios elementos que nele serão colhidos”, razão pela qual se estabelece entre o direito material e processo um plano complementar.<sup>478</sup>

Portanto, fora da argumentação se nada é possível dizer sobre o significado da norma fora do caso concreto, chega-se a postular que o Direito se resolve nas argumentações jurídicas e que o juiz e os juristas em geral, manipulando os textos legislativos, tornam-se também *Law maker*”,<sup>479</sup> tese que Cappeletti, contudo, refuta peremptoriamente, ante as virtudes passivas do processo judicial.<sup>480</sup>

Por isso, a doutrina jurídica estabelece o caminho do meio em que o texto serve de ponto de partida, mas o de chegada depende, sobretudo, do caso concreto.

Disso resulta que as decisões judiciais proferidas no processo não se legitimam,<sup>481</sup> sob o ponto de vista democrático, pela automática aplicação dos textos normativos previamente aprovados pelo Parlamento (onde se reúnem representantes indiretos da maioria),<sup>482</sup> necessitando que sejam igualmente legitimadas no âmbito em que se concretizam

---

<sup>478</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. Revista Processo e Constituição, Porto Alegre, Faculdade de Direito da UFRGS, n. 2, p. 5-32, 2005.

<sup>479</sup> PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 23.

<sup>480</sup> Entretanto, não se pode falar que, de todo, que o processo judicial se identifica com o legislativo, ainda que nesta fase da norma sendo encarada como dado recriado no ambiente do processo. Assim, Picardi, dentre outras diferenciações, referencia que uma das primordiais estaria radicada na passividade do órgão judicial. Em suas palavras: “Essas virtudes passivas, que se apresentam, em rigor, como limites processuais, diferenciam o processo jurisdicional do judicial.” (CAPPELETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 92-93).

<sup>481</sup> Retoma-se que o tema da legitimação do Direito será desenvolvido no tópico 5.2 desta pesquisa.

<sup>482</sup> É importante destacar que o problema do caráter antidemocrático (no sentido da vontade da minoria – no processo -, prevalecendo sobre a maioria), pode ser atenuado por um processo judicial mais democrático. Esse novo modelo de processo, segundo Cláudio Madureira: “é incompatível com a proposição instrumentalista posto que põe a jurisdição ao centro da Teoria do Processo, seja porque se fundamenta na compreensão de que o Direito aplicado aos casos concretos não necessariamente corresponde ao direito positivado nos textos legais, na medida que é resultado da atividade reconstrutiva desenvolvida pelos intérpretes no processo judicial ou ainda tendo em vista que precisam ser legitimadas pela efetiva participação das partes na formação do juízo. E por isso se apresenta, como postulam os formalistas valorativos, como direito fundamental do cidadão, precisamente porque se qualifica como ambiente de ‘criação’ do Direito.” (MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro: o processo

(processo), o que impõe que os julgadores sejam paritários no diálogo e, tão somente no momento da decisão, assimétricos. Segundo Madureira “num ambiente dialógico com fincas a combater a discricionariedade judicial e fomentar as condições hábeis para que as partes reconheçam a sua justeza[...]”<sup>483</sup>

Considerando que o juiz possui uma deficiência de legitimidade de origem,<sup>484</sup> parte da doutrina contemporânea, cuja voz foi canalizada, no Brasil, por Marinoni, et. al, deixa claro que muito além das fronteiras da dogmática processual civil, afirma-se que a legitimidade do juiz para controlar a decisão do parlamento advém do procedimento. Nessa linha, desloca-se o referencial de legitimidade do sujeito (maioria) para o procedimento (legitimidade procedimental).<sup>485</sup>Veja-se que essa teoria foi notabilizada, internacionalmente, por Alexy e, parte da premissa que os procedimentos formais também são hábeis a atender à pretensão de correção do Direito.<sup>486</sup>

Nessa fase metodológica do formalismo valorativo/Neoprocessualismo,<sup>487</sup> para além do reconhecimento instrumental do processo, agrega-se a realidade da função jurisdicional “adscritiva de sentidos das normas”,<sup>488</sup> por isso há que se deslocar o centro fundante das

---

civil do formalismo valorativo, Belo Horizonte: Fórum, 2017, n.p. E-Book. 953KB. ISBN 978-85-450-0308-03).

<sup>483</sup> MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, Belo Horizonte: Fórum, 2017, n.p. E-Book. 953KB. ISBN 978-85-450-0308-03.

<sup>484</sup> “Isso porque a lei encontra respaldo na vontade popular que elegeu o seu elaborador – isto é, na técnica representativa. Por outro lado, os juízes, como é sabido, não são eleitos pelo povo, embora somente possam ser investidos no poder jurisdicional através do procedimento traçado na Constituição, que prevê a necessidade de concurso público para o ingresso na magistratura de primeiro grau de jurisdição –de lado outros critérios e requisitos para o ingresso, por exemplo, no STF.” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 364).

<sup>485</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 364.

<sup>486</sup> Alexy, desenvolve, renove-se, a teoria do discurso do caso especial, cuja ideia central é trazer os critérios para introduzir os elementos de lógica e coerência ao direito, com isso garantido a pretensão de correção. Entretanto, o autor, posteriormente, desenvolve também a justificação externa, que contraposta a interna (lógica), vai buscar os critérios de justiça (lei, precedentes, cultura). (ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy; 2005, p. 47).

<sup>487</sup> Já se deixou assentado, no curso da pesquisa, a variação de denominações dessa nova realidade do ‘direito recriado’ pelo processo. Segundo José Herval Sampaio Junior: “Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável” (SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. A influência da constitucionalização do direito no ramo processual: neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável. In: Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Vol. 2. Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 427-455).

<sup>488</sup> A expressão segue grifada porque os intérpretes quando aplicam o Direito, em rigor, partem dos textos normativos, procurando adaptá-los às especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda e, por vezes, temperando-os com os valores juridicizados pelo legislador no corpo dos princípios jurídicos. Segundo Claudio Madureira: “Opera-se, assim, um processo de reconstrução do direito positivo, sob mediação dos fatos e dos direitos fundamentais (usualmente reproduzidos sob a forma de princípios

decisões judiciais da jurisdição (juiz) para o processo (polo de trabalho de todos os atores processuais),<sup>489</sup> como ambiente de legitimação dos comandos judiciais.<sup>490</sup>

Percebe-se que não se pode prescindir que muitas são as críticas desta fase do Neoprocessualismo, mas que a despeito de suas diversas variações, pode ser sintetizada em: (i) falta de legitimidade/legalidade do comando judicial, posto que a jurisdição deveria estar adstrita aos termos legais, haja vista que representa a vontade da maioria; e (ii) diminuição das margens de segurança jurídica em decorrência do aumento das liberdades formais dessa fase do direito mais flexível, cujos os textos legais abertos permitem uma maior adaptabilidade para o caso concreto.

Antes de rumar para o enfretamento das formas de contenção da discricionariedade judicial, não se pode ignorar, portanto, essas críticas que a doutrina imputa a estes novas esquemas do Neoprocessualismo.

## **5.1 RETOMADA “DOS PROBLEMAS” DO PROCESSO COMO AMBIENTE DE RECRIAÇÃO DO DIREITO: “infringência à legalidade ou legitimidade?” e novos parâmetros para se alcançar a legitimidade e segurança jurídica**

Consoante já afirmado em linha introdutória, no positivismo-exegético enxerga-se o direito na lei, como aquilo que o legislador quis de forma racional. A lei torna-se uma forma pura, um ato sem conteúdo, cuja qualidade é tirada do sujeito legislador (representante do povo), que carrega a sua legitimidade. Impera, nesse sentido, a importância dos Códigos,

---

jurídicos) com vistas à efetiva realização dos direitos e da justiça”. (MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, Belo Horizonte: Fórum, 2017, n.p. E-Book. 953KB. ISBN 978-85-450-0308-03).

<sup>489</sup> Tão significativa é essa opção metodológica que alguns autores chegam a dizer que a própria metodologia do direito estaria fixada na relação entre o caso e a norma, e que apenas na solução concreta há, de fato, direito. Diante desse perfil metodológico – que Castanheira Neves chama de *jurisprudencialismo* – revela-se como paradigma da jurisdição o *juízo*, este encarado não como uma aplicação lógica (clássico esquema subsuntivo), mas numa estrita decisão de índole prático-argumentativa, caracterizando-se, assim, na resolução de uma controvérsia prática. Ainda, vai-se evidenciando nessa superação do esquema metodológico clássico dois pontos fundamentais: o caráter unitário da realização do direito e a natureza constituinte da decisão. NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o Problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p. 262.

<sup>490</sup> “Assim, o processo civil neste marco metodológico não se destina tão somente à declaração da vontade concreta da lei (ou do direito positivo). Sua tarefa é ‘ordenar’ os debates dentro de um procedimento apto a permitir a correta aplicação do Direito (pretensão de correção). (ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro, op. cit., p. 65).

“uma regulamentação autoritária, unitária, racional-sistemática, total, exclusiva e definitiva de um setor da vida jurídico-social”.<sup>491</sup> Daí a ideia de que, quando o juiz se subsume aos exatos limites da lei, a legitimidade está integralmente contida na legalidade, ou seja, sua percepção é apenas jurídica.

O processo legislativo, pensando na perspectiva desta fase, vem a ser a instância que se constitui como síntese dos direitos que cada um tem, por consequência, interesse público. A cooriginalidade da autonomia privada e pública se mostra quando revelamos o modelo de autolegislação e, disso resulta o núcleo da legitimidade sob a perspectiva de carregar a síntese do consenso popular e, por isso, impõe a predisposição para a aceitação das decisões que são baseadas, tão somente, no que deliberou o povo (legitimidade).

Em suma, legítimo é o poder que surge da emanção da síntese da vontade popular. A equiprimordialidade (ou cooriginalidade) entre as esferas pública (domínio da cidadania) e privada (domínio particular) merece forte atenção aqui.<sup>492</sup>

Nesse sentido, os destinatários são simultaneamente autores de seus direitos. O ordenamento jurídico é a manifestação da vontade popular. Ao mesmo tempo, criação e reflexo da produção da opinião e da vontade dos membros de uma comunidade e, por ser autolegislação, induz a uma aceitação generalizada.<sup>493</sup>

A legitimação do direito, por consequência, parte de uma importante consideração, pois a ideia de autolegislação do cidadão exige que aqueles que estão submetidos ao direito como destinatários seus, podem entender-se como autores do direito.<sup>494</sup>

---

<sup>491</sup> LAUN, Rudolf Von, *Objektivität und Interessenvertretung in Scritti Giuridici in onore de F. Carnellutti*. ed. 1950, p. 23, 26, 52, 95 e 96.

<sup>492</sup> Para Oliveira: “com o reconhecimento de uma equiprimordialidade (cooriginalidade) entre as esferas pública e privada, são esquecidas todas as velhas ideias antes ventiladas de submissão de um ator social (Estado e/ou indivíduo) em benefício de outro. Consequentemente, também a oposição entre Estado e sociedade sofre uma determinante desconstrução. Afinal, particular e Estado, agora de mãos dadas, detêm não apenas a mesma importância, mas também (por que não dizer?) os mesmos anseios! Afinal, a construção da vontade estatal passa pela atuação participativa dos particulares envolvidos em suas vontades, fazendo com que o diálogo entre Estado e sociedade se torne intenso.” (OLIVEIRA, Felipe Faria de. A interpretação e construção do Direito na ótica de Jürgen Habermas: Novos paradigmas para a atuação do Ministério Público. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, edição 22, 2011).

<sup>493</sup> “Encerra-se, neste sentido de norma, na ideia da síntese da vontade de todos, a ideia de autolegislação, a legitimidade do Poder, uma que o próprio povo escolhe livremente as regras que irão reger a vida social.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 5-9).

<sup>494</sup> Em Habermas se deixa evidente: “Para tanto, faz-se necessária a presença de direitos fundamentais que outorguem às pessoas em geral a possibilidade de participação com igualdade de oportunidades em processos de formação da opinião e da vontade geral, por meio dos quais os cidadãos exerçam sua

Não se pretende, certamente afirmar que toda a legitimidade do direito advém da maioria, até porque se assim o fosse, nenhuma minoria seria adequadamente protegida. O que interessa, a bem da verdade, é o reconhecimento de que, tal como concebido o Estado de Direito, a maioria impõe regras e disso resulta uma aceitação generalizada (legitimidade) para as decisões que são adotadas a partir dessas regras.

Essa realidade, por consequência, viu-se ruída pelos movimentos flexibilizadores do direito, que encontram neste estudo a sua linha de aprofundamento na indeterminação da linguagem natural, fenômeno afeito a todos os ramos do direito, inclusive ao processo.

Neste ambiente o processo, conquanto deva propiciar a solução de conflitos e a efetivação do direito material, não é apenas um instrumento para revelá-lo. O Direito acontecerá (leia-se será produzido) no processo e pelo processo, visto que nele é que será ‘recriado’ o Direito do caso concreto, o que faz com que se apresente o instrumento como seu elemento integrativo.<sup>495</sup>

Deixam assente Cheim Jorge, Didier e Marcelo Abelha que o processo deve ser entendido: “como o único caminho idôneo que permite o exercício efetivo de direitos de ação e, pelo lado do juiz, o julgamento da lide.”<sup>496</sup> Cabe, então, nessa etapa em que se agrega ao processo essa nova dimensão reveladora dos sentidos dos textos legais, uma renovação da postura judicial para que seja legítimo, ou seja, aceito de forma geral, independentemente de seu resultado.

Ou seja, pensado o processo como ambiente de “recriação do direito” faz ressurgir questionamentos concernentes a legalidade versus a legitimidade (aceitação generalizada), bem como, questiona-se: como o processo, neste paradigma, pode servir a tão almejada segurança jurídica, pensada aqui a partir de tratamento igualitário que fomenta a liberdade, na medida em que o cidadão espelha a sua conduta a partir de normas que já conhece-antepõe.<sup>497</sup>

---

autonomia política para a construção de um direito legítimo.” (Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Trad. livre. Madrid: Trotta, 1998, p. 147-149).

<sup>495</sup> MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, Belo Horizonte: Fórum, 2017, n.p. 3465. E-Book. 953KB. ISBN 978-85-450-0308-03.

<sup>496</sup> CHEIM JORGE, Flávio. A terceira etapa da reforma de processo civil: comentários às Leis n. 11.187/2005, 11.232.2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006 / Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13.

<sup>497</sup> Se o cidadão, de antemão, não sabe o direito vigente (cognoscibilidade), não é possível planejar suas ações, não é possível querer de forma juridicamente orientada, portanto não é livre. Se não é possível reconhecer o direito que é aplicável à sua vida. Para além, não se tem como tratar as pessoas de maneira

Os operadores e, notadamente, os destinatários precisam ter certeza do Direito que será aplicado, algo que se possa aguardar, algo em que se possa seguramente confiar, ou seja, antever de modo razoavelmente seguro.

Ao lado da insegurança jurídica (decorrente da abertura dos textos normativos e flexibilização procedimental), há um risco de que a discricionariedade, concedida ao órgão jurisdicional para aplicação do Direito ao caso concreto, transforme-se em arbítrio (margens de liberdade desmedidas e insindicáveis), reduzindo-se o processo de concretização normativa a uma mera efetivação de escolhas subjetivas e arbitrárias formuladas pelo julgador, especialmente em se tratando de normas de textura aberta, cuja estrutura é, por natureza, uma verdadeira outorga de poder ao magistrado para construção do seu conteúdo a partir do caso concreto.

Se a jurisdição passa o recado de que cada caso será resolvido de acordo com a ação ajuizada, todos sentem-se no direito de ajuizar demandas para arriscar sua sorte. Nessa perspectiva, a ausência de parâmetros para atuação do juiz na concretização das normas abertas e, via de consequência a falta de previsibilidade pelo jurisdicionado, estimula a litigiosidade.

Essa constatação pode trazer alto grau de insegurança jurídica ao jurisdicionado que, igualmente, não terá parâmetros para antever a solução jurídica escolhida pelo julgador, na aplicação das normas de textura aberta e, por razão disso não pode adequar as suas ações ao ordenamento jurídico.

---

igual, quando estiverem em casos iguais. Rompe-se o que há de mais sagrado na ideia de direito – segurança jurídica. O princípio da segurança jurídica se encontra difundido nas sociedades muito antes de receber tal denominação e, desta maneira, encontrar um marco preciso e claro de seu surgimento não é uma tarefa fácil. Seguindo o pensamento de J. J. Canotilho, “a ideia de segurança jurídica surgiu da necessidade humana de alguma certeza, sem variações ou mudanças no decorrer do tempo, de forma a coordenar e organizar a vida social. Tal desejo remonta ao período em que o ser humano começou a dar origem ao que hoje chamamos de sociedade, em busca de um ambiente diverso da natureza, e em que pudesse desenvolver-se juntamente com seus iguais. Nesse novo espaço humano, social, estabelecer certezas e garantias tornou-se um desejo comum e objeto de procura dos diversos grupos sociais fruto dessas interações.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. p.257-259). Assim, Samuel Meira Brasil Jr assenta que “As formalidades processuais (rigidez procedimental), resguarda a mesma lógica de previsibilidade *versus* segurança jurídica. A forma (enquanto manifestação externa do ato) - retoma-se - decorre, entre outras razões, da necessidade de estabelecer uma ordem no procedimento, grau elevado de uniformidade e, via de consequência de previsibilidade na atuação dos órgãos estatais. Assim, garante-se segurança jurídica aos participantes.” (BRASIL Jr, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo*. São Paulo: Atlas, 2007, p.1).

A falta de previsibilidade (*rectius* segurança jurídica), ocasiona o que Bentham denominou de direito para cachorros ‘*dog law*’, em que as pessoas só sabem que algo é permitido ou proibido quando alguém lhes bate no focinho.<sup>498</sup>

Portanto, apenas com a retomada de novos mecanismos de segurança jurídica será possível promover dois fins básicos do Estado Constitucional: liberdade e igualdade, (posto que já não mais se admite que se tratem os iguais de forma desigual), o que aumenta o grau de legitimidade e aceitação da decisão judicial.

Para fins de problematizar, retomam-se as lições de Mauro Cappelletti quanto aos grandes obstáculos da ‘criação’ do direito judicial, pois aventa a falta de legitimidade democrática do Direito Jurisprudencial, exortando:

“Devemos considerar agora a última e mais grave objeção contra a criação jurisprudencial do direito, formulada por muitos observadores e estudiosos, inclusive os mais sábios. Essa objeção consiste na assertiva de que tal criação é inaceitável porque antidemocrática. E tal afirmativa é considerada por alguns definitivamente ‘fatal’, no sentido de que ela, e ‘apenas ela’ seria a objeção decisiva porque consistiria em impedimento absoluto para dita criação, em todo país desejoso de preservar seu caráter democrático.”<sup>499</sup>

---

<sup>498</sup> Bentham afirma quanto a insegurança jurídica advinda da ausência de normas prévias que sejam a base do julgamento: “[...]. São os juízes (como vimos) que fazem a ‘common law’. Você sabe como eles fazem isso? Assim como um homem faz leis para o seu cão. Quando quiser ensinar o seu cão a não fazer algo proibido, você espera até que ele faça isso, e depois bate-lhe por isso. Esta é a maneira de fazer leis para seu cão: e esta é a forma como os juízes fazem direito para você e para mim. Eles não vão dizer a um homem de antemão o que é que ele não deve fazer: eles esperam até que ele tenha feito algo para depois dizer que ele não deveria ter feito, e então o punem por isso. De que maneira, então, tem alguém de vir a saber desta lei para cachorros? Só assistindo a seus procedimentos: pela observação em que casos enforcaram um homem, em que casos eles mandaram para a cadeia, em que casos eles apreenderam os bens dele, e assim por diante. Estes processos não serão publicados por eles, e se mais alguém publicá-los, é o que eles chamam de uma desobediência ao tribunal, e um homem pode ser enviado para a prisão por isso”. (tradução livre). (BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. (Série Os Pensadores). 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 235).

<sup>499</sup> CAPPELLETI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 92-93. Ao ensejo, HABERMAS estabelece que “ao se infringir a ideia de Direito advindo da soberania do povo (autolegislação, cujos esquemas básicos remontam a ideia de que os destinatários da norma também são os autores de seus direitos), infringe-se a própria concepção de Democracia clássica (regime político em que todos os cidadãos participam diretamente ou através de representantes eleitos na proposta, desenvolvimento e criação de normas, permitindo o exercício livre e igual da autodeterminação política.” (HABERMAS, Jürgen. 1997. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, volumes, p. 18).

Neste norte, verificam-se dois problemas centrais nesta visão do processo como ambiente de criação ou ‘recriação do direito’, quais sejam, a falta de legitimidade das decisões judiciais e de segurança jurídica.

No processo, reafirma-se, a situação é agravada pois o juiz, valendo-se de normas de tessitura aberta, implementa um verdadeiro ‘gerenciamento processual às avessas’, ou seja, sem regras ‘gerais’ expressas que o autorizem a promover gerenciamento processual e a flexibilização do procedimento.

Pondo-se em dúvida os esquemas de segurança jurídica tradicionais<sup>500</sup> e de legitimidade (uma vez que o movimento de codificação, bem como o de criação de procedimento rígidos, foram concebidos como verdadeiros mecanismos de legitimidade e segurança jurídica),<sup>501</sup> outros devem surgir, que sejam suficientemente hábeis a este fim, fazendo com que se pense: *i*) na cooperação (como método de legitimação da decisão e contenção de poderes judiciais); e *ii*) na coerência a partir dos sistemas de precedentes (como mecanismo de reintroduzir o valor da segurança jurídica).

## **5.2 RESGATANDO A LEGITIMIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA: critérios de legitimação da decisão judicial – formal e substancial**

Podemos dizer que a característica definitiva do Estado Democrático de Direito<sup>502</sup> é que os interesses coletivos devam ascender à qualidade de interesse público por decorrência

---

<sup>500</sup> “A abertura e indeterminação da norma, por mais que seja importante ferramenta de concretização de direitos, retira a previsibilidade e segurança na concretização do direito pela jurisdição, pois as partes e todos os operadores do direito, desconhecem como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta, o que gera dificuldade aos cidadãos para saberem como devem agir, como devem pautar suas condutas e se comportar em sociedade.” (ENRIQUES FILHO, Ruy Alves. Os Direitos fundamentais na jurisdição constitucional e as cláusulas gerais processuais. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 67).

<sup>501</sup> “O movimento do positivismo jurídico, em suas várias vertentes, teve como objetivo fulcral derrotar os subjetivismos do direito natural. Por isso sua pretensão era de completude, segurança jurídica e objetividade. Os esquemas normativos – leis – seriam suficientes para abarcar todas as questões a serem decididas.” (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6ª ed. 1995, p. 78-85).

<sup>502</sup> O Estado de direito é uma técnica de racionalização do poder, cujo intento é limitar o predomínio da subjetividade sobre a forma jurídica. Esta assume papel predominante no Estado moderno, o que Max Weber chamou de dominação legítima de caráter racional. WEBER, Max. Economia e sociedade. 2. ed. Trad. de José Medina Echavarrifa. Mexico: Fondo de cultura econômica, 1996, p. 172.

da manifestação consensual, por unanimidade ou maioria,<sup>503</sup> e que devem ser cristalizadas em normas jurídicas de observâncias cogente, seja para os indivíduos e suas criações coletivas, ou seja para o próprio Estado, como verdadeiras expressões daquele.<sup>504</sup>

Há, portanto, estreita relação entre a norma jurídica e o interesse público, na medida em que aquela deve ser a definição estável deste; um resultado da aceitação consensual (ideal da autolegislação) e, portanto, de observância obrigatória, por isso o interesse público será sempre vinculatório de qualquer manifestação do poder estatal (legislativa, executiva ou judiciária) ou, de outro modo, estaríamos negando ou o Direito e a Democracia.

O que se denomina de ‘liberdade de ação’ do Estado, quando legisla infraconstitucionalmente, administra ou exerce jurisdição, nada mais é que modalidades mais largas ou mais estreitas, de uma única natureza de poder vinculado. Disso resulta que o Estado só age em função dos poderes que lhe são atribuídos e, para fins específicos.

Contata-se que os Poderes constituídos são uma concentração de funções voltadas para certos fins. Nessa condição, os poderes que lhe são outorgados, além de vinculados à lei, estão atrelados ao interesse público, finalidade síntese do Estado, ou seja, há uma dupla vinculação.

Os entes estatais, como modo derivado de atuação do Estado, pressupõem que a lei (*lato sensu*), lhes atribui poderes genéricos pela Constituição, e competências específicas pela lei (*stricto sensu*). Por consequência, seus poderes são vinculados tanto à legalidade (que nada mais é que uma legitimidade positivada), quanto à legitimidade<sup>505</sup> (naquilo que não foi ou não pôde ser positivado).<sup>506</sup> Trata-se de dupla vinculação.

---

<sup>503</sup> Retoma-se a ideia de autolegislação, em cuja síntese consiste – a legitimidade da legislação surge da concepção de que o Poder para as normas, parte da emanção da vontade síntese de cada cidadão. MOREIRA, Luiz. Fundamentação do Direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 139.

<sup>504</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 20.

<sup>505</sup> A legitimidade, reafirma-se é entendida, na ciência política, como a aceitação popular e o reconhecimento pelo público da autoridade de um regime de governo, pelo qual a autoridade tem poder político por meio de consentimento e compreensão mútua, não pela coerção”. Trata-se, da legitimidade racional-legal que deriva de um sistema de procedimento institucional, no qual as instituições governamentais estabelecem e aplicam a lei e a ordem no interesse público. WEBER, Max. *Economia y sociedad*. 2. ed. Traduzido por José Medina Echavarría et alii, México: Fondo de Cultura Económica, Reimpresão, 1997.

<sup>506</sup> As dimensões são, portanto, bem distintas entre legitimidade e legalidade: a legitimidade muito mais ampla que a legalidade, simplesmente porque é impossível, em qualquer sociedade, que a lei defina exaustivamente todas as hipóteses de interesse público. A legalidade, por sua vez, mais restrita e dependente de positivação dos consensos obtidos. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 14.

O Poder do Estado resulta da atribuição original outorgada pela sociedade e, por isso, o atendimento de interesse público está contido na lei maior, vale dizer, que a legalidade se assenta na legitimidade, mas a legitimidade que não seja originária, está contida nos fins para os quais esses Poderes foram concebidos.

Em razão disso, quando o Estado age nos estritos limites da legalidade, sobressai, aprioristicamente, a legitimidade de suas ações. Contudo, ao ser premido a agir para além desses limites, deve buscar novo *locus* para legitimar a sua atuação.

Em uma concepção de Estado Liberal (garantidor), o poder público só poderia atuar nos limites previsionados expressamente em lei.<sup>507</sup> Assim, por exemplo, o Estado só estaria habilitado a promover invasão ao patrimônio do executado para satisfazer a pretensão do credor quando previsto o meio de atuação que seria o limite da ação judicial. Prestava-se, assim, homenagem ao princípio da segurança jurídica em detrimento da efetividade, haja vista que neste período o valor maior a se garantir era o da liberdade do cidadão frente ao poder público.<sup>508</sup>

Por sua vez, em uma concepção de Estado Social (provedor), redimensionou-se toda a forma da atuação estatal, posto que este fora premido para além dos limites que fora pensado na fase do Estado liberal (burguês). O Judiciário foi impulsionado a cobrir novas áreas de atuação em razão do interesse público.<sup>509</sup> Ressurgem, sob novas roupagens

---

<sup>507</sup> “O princípio da legalidade estrita, também chamada simplesmente de legalidade, dita que o Poder Pública somente poderá agir de acordo com aquilo que a lei expressamente dita”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 14. O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do *ancien régime*. A administração e os juízes, a partir dele, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei. Assim, de acordo com Marinoni, et. al: “É preciso ter em conta que uma das ideias fundamentais implantadas pelo princípio da legalidade foi a de que uma qualidade essencial de toda lei é pôr limites à liberdade estatal. Para haver intromissão na liberdade dos indivíduos, seria necessária uma lei aprovada com a cooperação da representação popular [...] para entender esse conceito de lei (lei como limite da liberdade) é necessário considerar a situação política em que se originou. Na luta política contra um forte governo monárquico, a cooperação da representação popular tinha que ser acentuada cada vez com mais força, até converter-se em critério decisivo de conceituação da lei. De tal modo a lei passou a ser definida como o ato produzido mediante a cooperação da representação popular. E o império da lei converteu-se em império da representação popular” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 16).

<sup>508</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 14-16.

<sup>509</sup> Mauro Cappelletti, recobre-se, disserta que as causas e efeitos da intensificação da criatividade Jurisprudencial estão intimamente conectadas com a “revolta com o formalismo”, fenômeno que atrelou a transformação do papel do Direito e do Estado na moderna sociedade do “Bem-Estar”. Neste norte,

doutrinárias, o reconhecimento de que a atuação estatal deveria seguir para além dos limites da legalidade estrita.<sup>510</sup> Contudo, muitos abusos foram cometidos e, por isso, surge a necessidade de se impor limites.

Resultou que, na fase do Estado Constitucional (Democrático), há uma mutação, de princípio da mera legalidade em princípio da juridicidade ou legalidade em sentido amplo. Converte-se em observância à Constituição pois atribui-se à noção de ‘agir legalmente’, uma concepção mais ampla, em que o Estado pode atuar dentro dos limites da constituição.<sup>511</sup> Portanto, tomando por base o ordenamento jurídico como um todo, desde que a Carta Magna, assim autorize,<sup>512</sup> por isso, já se substituiu o princípio da legalidade pelo ‘princípio da juridicidade’.<sup>513</sup>

Não se perca de vista o que já se constatou Ávila, no sentido de que o legislador, ao operar entre normas fechadas (regras) e abertas (princípios) ou, entre textos casuísticos e cláusulas gerais, objetiva coisas distintas: nas regras regulamentar condutas e, nos princípios promover fins.<sup>514</sup>

---

estabelece que fora “precisamente a necessidade de garantir os direitos sociais - que agigantou o Estado, via de consequência, surge o aumento e concretização do terceiro poder (Judiciário), justamente com fincas a contrabalançar o ‘*Big Government*’ como necessário contrapeso aos poderes políticos.” A base da mudança na visão de Estado, para Cappelletti, foi a Revolução Industrial, donde resultaram “os fenômenos do nascimento do *welfare state* e do crescimento dos ramos legislativo e administrativo [...] com todas as amplas e profundas consequências econômicas, sociais e culturais”. (CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31-40).

<sup>510</sup> Segundo ensinamento de Kelsen, “o sentido jurídico do princípio da legalidade consiste em que cada uma das ações do Estado se acha condicionada por uma lei formal, da qual deve resultar a licitude ou a necessidade jurídica da ação em questão”. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. 1996, p. 247).

<sup>511</sup> “E isso após a própria concepção de direito ter sido completamente transformada. A lei, que na época do Estado legislativo valia em razão da autoridade que a proclamava, independentemente da sua correlação com os princípios de justiça, não existe mais. A lei, como é sabido, perdeu o seu posto de supremacia e hoje é subordinada à Constituição. Agora é amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição e, por isso, já constitui *slogan* dizer que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, contrariando o que antes acontecia, quando os direitos fundamentais dependiam da lei”. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 14).

<sup>512</sup> O limite da atuação estatal deixa de ser a lei para ser a Constituição. O direito para a ser pensado sistematicamente. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 15-16.

<sup>513</sup> “[...] A doutrina portuguesa denominou esta amplitude e mutação de princípio da juridicidade.” ZANETI, Hermes Jr. *Processo coletivo / coordenador, Hermes Zaneti Jr. v. 8*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 32.

<sup>514</sup> A distinção entre regras e princípios foi objeto de estudo nos itens 2.2.5 e 2.2.5. “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. [...] Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja

Estas premissas serviram para introduzir o verdadeiro questionamento deste tópico: ora, se toda e qualquer ação do Estado está, como examinamos, duplamente vinculada à legitimidade (interesse público não legislado), e à legalidade (interesse público legislado), surge a necessidade de se identificar em que plano opera a discricionariedade judicial.<sup>515</sup> Ou melhor, se a discricionariedade importa, mesmo que etimologicamente, em opção, sobre qual campo recairá, o da legalidade ou o da legitimidade.

No sentido amplo, a discricionariedade<sup>516</sup> é a possibilidade jurídica, criada por uma norma para o exercício de uma definição integrativa do interesse público nela previsto, por ato derivado (no caso da discricionariedade judicial). Nessa linha, a discricionariedade não é um problema de legalidade, uma vez adotado o esquema exposto, mas sim de legitimidade.

A própria norma (nos esquemas abertos) acaba por induzir as margens de liberdade.<sup>517</sup> Por consequência, não se poderia admitir que o mesmo sistema que autoriza uma maior margem de liberdade, reconhecesse ilegalidade nessa atuação.

Disso resulta que, em vez de ‘liberdade do julgador’, deve-se preferir ‘discricionariedade do julgador’ para exprimir a possibilidade jurídica do exercício das competências legais que busquem integrar definições concretas do interesse público, que é a destinação originária de qualquer atuação estatal. É com isso dizer que a discricionariedade

---

aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78-90).

<sup>515</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 32.

<sup>516</sup> “A discricionariedade, nesse sentido, é um fenômeno não confinado a realidade jurídica, ao revés, inclusive o tema tem origem nas paragens do direito administrativo, mas transcende todos os métodos interpretativos e que interesse a todo o direito público. Parece convergir nesse sentido uma boa parcela da doutrina.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 31).

<sup>517</sup> Novamente, essas considerações, remete-nos aos ensinamentos de Tércio Ferraz Sampaio Júnior, o qual, valendo-se das lições Luhmann, estabelece que a carga de responsabilidade pela tomada de decisão, pode ser programada procedimentalmente: “(i) fixando-se previamente os meios (regras), e com isso, as consequências ficam dependentes de sua observância (em aberto) ou (ii) fixando-se as consequências (fins) a serem atingidos e, nesta hipótese, os meios (ficam em aberto). Conclui nestes termos, o autor em referência, que no primeiro caso temos uma programação condicional e no segundo uma programação finalística. Na programação condicional a responsabilidade do decisor é pelo correto uso e aproveitamento dos meios: se a consequência é atingida ou não, se há a ocorrência de desvio porque se objetiva uma finalidade, mas se obteve outra, o decisor não pode controlar pois não era este seu objetivo. Por outro lado, na programação finalística, o decisor visa a alcançar fins, por isso suporta toda a carga de uma correta busca de meios, havendo entre meios e fins uma solidariedade não ignorável.” (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 320-321).

é a condição de concretização ou execução do interesse da sociedade, que não fora, suficientemente, definido numa lei.<sup>518</sup>

Sendo a legitimidade (interesse público não legislado), muito mais ampla que a legalidade (interesse público legislado), não é de se estranhar que sempre restarão miríades de interesses da sociedade não positivados e que, não obstante, por serem legítimos, dependerão de concretização por quem tenha poderes para este fim. A constatação dessa formidável realidade cultural, faz imperiosa a permanente busca de formas de legitimação dessas ações estatais (decisões judiciais que ‘recriam o Direito’).

Essa legitimação, segundo Niklas Luhmann e Robert Alexy, deve ser intentada por meio do procedimento (formal). Jürgen Habermas,<sup>519</sup> entretanto, defende a legitimação pelo discurso (material ou substancial).<sup>520</sup>

Em termos judiciais, de acordo com as lições de Samuel Meira Brasil Jr., a posição intermediária é a mais coerente. “Um discurso produzido sem as garantias necessárias de um processo justo e equo não pode ser considerado legítimo.” Por sua vez, acrescenta o autor, “um processo – ou procedimento – cujo resultado seja manifestamente inadmissível, do ponto de vista do discurso, também não pode legitimar o resultado processual. Parece-nos que um ato judicial se legitima pelo discurso e pelo processo.”<sup>521</sup>

Cumprе lembrar que foram a legislação (codificação) e o processo (criação de ritos procedimentais rígidos), os movimentos primevos a introduzir, respectivamente, o sentido de legitimação do Poder e promoção da segurança jurídica. Entretanto, nesta nova fase da

---

<sup>518</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 32.

<sup>519</sup> Habermas apresenta uma visão diferente de qual seria o critério para se assegurar a legitimidade de uma norma, pois refuta a relação de total relação entre legalidade e legitimidade exposta por Kelsen e Weber afirmando que “A fé na legalidade só pode criar legitimidade se se supõe de antemão a legitimidade da ordem jurídica que determina o que é legal”. Assim, Habermas apresenta outro fundamento para tal legitimidade e afirma que seria ele a existência de uma “moral convencional que, por determinar normas prévias, gerais e vinculantes para todos, possibilitam o surgimento de um poder político que possa justificar a sua autoridade”. A fundamentação da autoridade do direito se daria, segundo o autor, devido a entrelaçamento entre direito e moral. Nas palavras do autor “[...]aquele momento de incondicionalidade que inclusive no Direito moderno constitui um contrapeso à instrumentalização política do meio que é o Direito, deve-se ao entrelaçamento da política e do Direito com a moral”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987, p. 343-344. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987, p. 343-344).

<sup>520</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 32-33.

<sup>521</sup> BRASIL Jr, Samuel Meira. Justiça, Direito e Processo. São Paulo: Atlas, 2007, p.53.

realidade jurídica, outros esquemas de legitimação da decisão (limitação da atuação estatal) e segurança jurídica, devem ser pesquisados.

Por isso, é que se passa, nessa última fase da pesquisa a investigar as formas ou aos métodos propostos para reintroduzir a limitação dos poderes judiciais discricionários (interpretativos), no processo. Aqui, são dois métodos propostos: 1. Um formal, pois não diz respeito ao resultado do processo, mas sim critério de correção do procedimento independente de resultado; e 2. Outro substancial ou material, posto que concerne ao resultado do processo. Serão, assim, na sequência analisados.

### **5.2.1 Instâncias de legitimação das decisões judiciais:<sup>522</sup> da cooperação como critério formal de se alcançar a legitimidade da decisão judicial (contenção da discricionariedade) às instâncias objetiva e subjetiva da cooperação**

A diretriz metodológica em referência (do neoprocessualismo) induz que o Direito do caso concreto, ao decorrer de atividade cognitiva dos intérpretes/aplicadores,<sup>523</sup> (fundada em construções jurídicas embasadas no direito positivo, mas adequadamente temperadas no campo de sua aplicação) impõe uma margem de discricionariedade<sup>524</sup> (liberdade no sentido de concretizar a vontade social). Por consequência, não é liberdade, *stricto sensu*, mas sim parametrizada por marcos delimitadores formais e substanciais.<sup>525</sup>

---

<sup>522</sup> “A legitimação está relacionada ao fato de uma decisão ser tomada por seus destinatários como dotada de autoridade. A legitimidade, diversamente, exige que uma determinada decisão se apresente em conformidade com algum padrão de justiça ou correção. Num caso, está em jogo um juízo fático; noutro, um juízo normativo”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 381.

<sup>523</sup> Essa virada de paradigma (certa margem de liberdade no momento de interpretação dos textos legais) foi acentuada no início do estudo e serviu como coluna vertebral todo o seu desenvolvimento – estrutural, valendo destacar a lição de Francisco Vieira Lima Neto: “essa atitude encontra ampla repercussão no direito atual, momento de grande insegurança e incerteza, no qual os modelos jurídicos, expressos por meio de dispositivos claros, precisos, de conteúdo previamente determinado cedem lugar aos conceitos jurídicos indeterminados, às cláusulas gerais, aos princípios, figuras dotadas de extrema vagueza semântica, que permitem ao intérprete construir seu significado e lhes dar concretização no caso em análise[...]. (LIMA NETO, Francisco Vieira. O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 39).

<sup>524</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 12.

<sup>525</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 23.

Afirmar e admitir que a atividade interpretativa realizada pelos diversos órgãos jurisdicionais é criativa, não importa em reconhecer a ausência de limites a esse agir interpretativo. Ao contrário, reclama que o próprio sistema jurídico estabeleça os limites de atuação estatal, em prol da liberdade do cidadão e da segurança jurídica, pois assim, aumenta-se a credibilidade nas instituições da justiça e reforça-se a legitimidade das decisões que delas emanam, bem como, diminui-se a resistência em seu cumprimento.

Inicialmente, o formalismo processual, cumpria esta função de garantir a segurança jurídica, mas a flexibilização das formas processuais (em quaisquer das dimensões já estudadas), forçou o legislador a estabelecer, também, a cooperação, dentro da relação processual, como técnica de contenção da discricionariedade judicial e resgate da legitimidade dos poderes judiciais.

O processo, dessa forma, deve servir tanto à concretização do direito material, quanto à proteção do jurisdicionado contra decisões judiciais arbitrárias. Daí decorre que uma decisão judicial não pode ser produto de inclinações teóricas, baseadas, exclusivamente, em percepção pessoal do julgador, pois desta forma acaba por não cumprir função de controle da atividade jurisdicional.<sup>526</sup>

Já se defendeu, inclusive, que em razão do Neoprocessualismo, o processo deve ser visto como ‘um ato de três pessoas’, ou como autêntico ambiente democrático e cooperativo, resultado da dimensão ativa do caráter fortemente problemático do direito contemporâneo e da complexidade do ordenamento jurídico,<sup>527</sup> de acordo com Hermes Zaneti Jr.: “em um quadro institucional, constringe à disponibilidade para a cooperação.”<sup>528</sup>

O tema cooperação, a despeito de ter sido pouco explorado no direito brasileiro, não é de todo inovador. Ao final da década de 80, a temática ganhava corpo no trabalho de Carlos

---

<sup>526</sup> Já se afirmou que quanto a segurança jurídica advinda das formas processuais: “a exigência de exteriorização do ato jurídico processual decorre, dentre outras razões, da necessidade de se estabelecer uma ordem no procedimento, trazendo um grau elevado de uniformidade e de previsibilidade na atuação dos órgãos estatais”. Assim, cumpre a forma – formalidade a sua função de segurança jurídica na medida em que “reduz as opções de comportamento de cada um dos sujeitos do processo”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.252).

<sup>527</sup> MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado constitucional*. Porto Alegre, livraria do advogado, 2007, p. 37.

<sup>528</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, op. cit., p. 168.

Alberto Alvaro de Oliveira, que ao discorrer sobre a divisão de trabalho entre o juiz e as partes, propugnava a ideia de colaboração entre esses atores.<sup>529</sup>

Assim, ante da ausência de uma nítida e rígida repartição de funções entre as partes e o órgão judicial, posto que nessa fase, a velha divisão indicação de fatos e individualização do direito acaba ruindo (percebe-se um entrelaçamento dessas atividades), a reclamar mútua colaboração tanto na busca dos fatos quanto na valorização jurídica da causa.<sup>530</sup>

Como se vê, no esquema não clássico do processo em que se pensa a jurisdição como como ambiente adscritivo do sentido direito, o processo funciona observando o formalismo que lhe é característico,<sup>531</sup> mas, tendo por mira: *i*) que serve de instância de legitimação formal da decisão judicial, na medida em que, o processo, embora, marcado por normas tão porosas que são capazes de abarcar a diversidade social e se adaptar às novas realidades, devem conter também regras suficientes a delimitarem os espaços de atuação judicial, ou seja, impõem *standard* ou regras do jogo;<sup>532</sup> e *ii*) que impõe um ambiente dialógico, fomentando a condição necessária a que as partes reconheçam a justeza da decisão.

A primeira forma de legitimação do direito, como visto, ocorre pelo processo legislativo (ambiente em que se recolhe a suma do consenso dos cidadãos, induzindo a uma aceitação hipotética de seu resultado). Entretanto, se o resultado deste processo legislativo é uma norma de textura aberta, porosa, a legitimidade da norma surgida neste ambiente é relativa.<sup>533</sup>

---

<sup>529</sup> “Por consequência, o que se perdeu em forma/formalidade, precisa ser recuperado por um ambiente processual mais democrático quanto as forças de trabalho. Por isso a ideia de colaboração.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 73, p. 9, 1993).

<sup>530</sup> “Colaboração essa, acentue-se, possibilitada apenas pelo permanente diálogo entre os sujeitos processuais, com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 73, p. 9, 1993).

<sup>531</sup> Na lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o formalismo ou forma em sentido amplo, não deve ser confundido com a forma do ato processual individualmente considerado, já que diz respeito à totalidade formal do processo, porque compreende “não só a forma ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a coordenação de suas atividades, a organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Cadernos de direito*. PPGDIR-UFES, v.2, p. 13-14).

<sup>532</sup> Segundo Robert Alexy: “pode-se considerar como tarefa da Teoria do Discurso precisamente a de propor que, de um lado, as normas sejam tão fracas, isto é, tenham pouco conteúdo normativo que pessoas com concepções normativas totalmente diferentes possam estar de acordo com elas, mas que, por outro lado sejam tão fortes que uma discussão pautadas nelas possa ser qualificada como “racional”. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy; 2005, p. 47.

<sup>533</sup> MOREIRA, LUIZ. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 139-144

Impõe-se, assim, uma segunda instância legitimadora. Disso resulta que o processo judicial vai funcionar ‘re-legitimando’ a norma (ou como uma instância de revisão da legitimidade),<sup>534</sup> por isso a constrange a um ambiente cooperativo.

Pode-se, em suma, concluir que a legitimação através do procedimento supõe que a observância dos parâmetros fixados pelo legislador para o desenvolvimento do procedimento, que leva à edição da decisão para o caso concreto, é a melhor maneira para se dar legitimidade ao exercício do poder.<sup>535</sup>

A partir da fase Neoprocessualista, com o reconhecimento do Direito, (revolvendo-se a questão da problemática do direito reconstruído no processo), admite-se que os juízos são alcançados argumentativamente e com observância da cooperação, enquanto princípio e enquanto modelo, que constrange à correção formal da decisão, via de consequência à legitimidade.<sup>536</sup>

Enquanto princípio, a cooperação impõe deveres recíprocos às partes e juízes e, enquanto modelo, cria polos de forças de trabalho mais equânimes, que induz a uma aceitação generalizada (legitimidade).<sup>537</sup>

---

<sup>534</sup> MOREIRA, LUIZ. Fundamentação do Direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 139-144

<sup>535</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 364. Orlando Villas Bôas Filho esclarece quanto a essa legitimação pelo procedimento: “Com isso, garante-se que a generalização de aceitação de decisões de conteúdo ainda não definido fundamenta-se em elementos intrassistêmicos, quais sejam, os procedimentos. Os procedimentos, nesta análise, são concebidos como mecanismos que permitem a institucionalização do direito”. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Teoria dos sistemas e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009, 174.

<sup>536</sup> Retome-se que essas noções foram assentadas por Alexy para quem “os juízos de valor (axiologia) e os juízos de dever (deontologia) têm sua ‘verdade’ atingida argumentativamente com observância de regras do discurso”. Essa ‘verdade’ é chamada de correção. Ou seja, a justeza da decisão demanda a observância de regras do discurso. (ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy; 2005, p. 18). A legitimação pelo procedimento parte da premissa de que, a legitimidade não mais surge como uma justificação antecipada, mas sim, como resultado do próprio Processo. Cf.: LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 52.

<sup>537</sup> Embora se apresente a cooperação, em geral, e cooperação entre partes, em particular como critério de legitimidade das decisões judiciais, não se pode deixar de lado que a característica principiológica da cooperação no processo civil, não é um tema de consenso na doutrina, conforme observa-se do intenso debate, sobretudo a partir da perspectiva do Novo Código de Processo Civil. Para uma defesa da colaboração como princípio, cf.: MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no processo civil como prê-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 55-68, abr. 2011. Entendendo que a colaboração não se caracteriza como princípio, STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou: ‘Colaboração no processo civil’ é um princípio? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 213, p. 13-34, nov. 2012. Para uma crítica do dever de colaboração das partes para com o juiz nos termos propugnados pelo art. 6º do Novo CPC, cf.: STRECK, Lenio Luiz et al. O ‘bom litigante’ – Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte

Isto é buscar ‘platôs’ de consensos, de forma argumentativa, segundo as regras estabelecidas a partir do princípio da cooperação, tornando-os legítimos porque racionalmente estabelecidos (consenso fundado).<sup>538</sup>

No processo civil, as lições Greger Reinhard encontra acolhimento nesta fase em que o juiz se utiliza de textos normativos abertos (que possibilitam até um ‘gerenciamento às avessas’), pois justifica sua colocação para fins de estabelecer um gerenciamento compartilhado como forma de limitação dos poderes judiciais na condução do processo: “a exigência de cooperação ao invés de determinar apenas que as partes, cada uma para si, discutam a gestão adequada do processo pelo juiz, faz com que essas dela participem.”<sup>539</sup>

Estabelecidas essas premissas, necessário analisar as dimensões que podem advir do princípio da cooperação, isso porque não muito dissenso na afirmativa de que o juiz deve cooperar com as partes ou vice-versa. Contudo, o assunto é mais polêmico quando envolve cooperação entre as partes.

Ademais, dizer que as partes podem cooperar entre si é diferente que dizer que as partes devem cooperar entre si, haja vista que a primeira (pode) é uma faculdade e depende do ‘querer’ de cada uma delas, ao passo que (deve) é imposição de um dever, conseqüentemente ‘independe da vontade das partes’.

Revelar essas dimensões, portanto, parece relevante quando se tenta, nessa pesquisa, demonstrar que as partes podem diminuir a discricionariedade por intermédio da cooperação entre elas, via de consequência, ‘podem’, por convenção processual, criar um autorregramento processual que limita os poderes de gerenciamento pelo juiz.

---

, v.23, n.90, p. 339-354, abr./jun. 2015. Sobre os deveres de colaboração do juiz para com as partes, ver RAATZ, Igor. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 47-80, fev.2011.

<sup>538</sup> Desta forma, é perfeitamente razoável admitir que será quanto mais tolerável, aceitável, justificável uma decisão quando dela se observa que as partes participaram da sua construção de forma ética. Aqui, retomase, as ideias de Alexy para defender o ‘consenso fundado’, em que a objetivação de consenso se dá, argumentativamente, segundo regras do discurso (a cooperação cria direitos e deveres), tornando-os corretos ou verdadeiros porque racionalmente fundados. ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy; 2005, p. 18.

<sup>539</sup> REINHARD, Greger. *Kooperation als Prozessmaxime*. In: Gottwald, Peter; Greger, Reinhard; *Pritting, Hans*. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronaldo Kochem. *RePro*, ano 37, n. 206, p. 123-134, abr. 2012, p. 126.

### 5.2.2 A cooperação entre juiz e partes e a cooperação entre partes: dos diversos sentidos (dimensões) da cooperação e, de que forma impacta a divisão de trabalho no processo (gerenciamento do processo)

O tema cooperação já foi trabalhado no capítulo terceiro da pesquisa. Entretanto, alguns pontos serão retomados, apenas, como partida para revelar as dimensões da cooperação entre as partes.

Sobre os deveres de colaboração do juiz para com as partes, sobretudo os de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio,<sup>540</sup> não há muita controvérsia doutrinária. Inclusive, é premissa que segue na toada de estabelecer que há um verdadeiro dever de debate para o juiz, portanto já foi foco do estudo no item “4” da pesquisa, sobretudo item “4.1.2 e 4.1.3”.

Contudo, quando a discussão é sobre a perspectiva da cooperação enquanto deveres entre as partes, o tema é de menos consenso,<sup>541</sup> inclusive, em verdadeiro esforço para encampar a tese de que as partes não têm o dever de cooperar entre si, visto estarem em polos antagônicos. Disso resulta que já se fala de cooperação para o processo, que seria dizer que as partes cooperam para um objetivo comum.<sup>542</sup> Embora exista quem defenda a cooperação por critérios bem razoáveis, sobretudo do interesse público processual, certo que o assunto cooperação entre partes é um tema bem mais árduo do que aquele atinente à cooperação entre juiz e partes.<sup>543</sup>

---

<sup>540</sup> RAATZ, Igor. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 47-80, fev. 2011.

<sup>541</sup> A tese de que não existe dever de cooperação entre partes é bem canalizada por Alexandre Freitas Câmara adverte que “seria evidentemente uma ingenuidade acreditar que os sujeitos do processo vão se ajudar mutuamente. Afinal, litigantes são adversários, buscam resultados antagônicos, e seria absurdo acreditar que o demandante vai ajudar o demandado a obter um resultante que lhe interesse (ou vice-versa). Mas não é disso que se trata. O princípio da cooperação deve ser compreendido no sentido de que os sujeitos do processo vão ‘cooperar’, operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9.).

<sup>542</sup> Inventariando a dimensão dos deveres surgidos a partir da cooperação, sugere-se a leitura de ZANETI Jr., Hermes. O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: Cooperação para o processo. *in* Estudos sobre o direito processual: homenagem ao Dr. Marcellus Polastri Lima / [coordenado por Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira [e] Thais Milani Del Pupo. Belo Horizonte: Conhecimento livraria e distribuidora, 2019, p. 48-72.

<sup>543</sup> Paula Costa e Silva deixa assente quanto a cooperação enquanto dever entre as partes: “naquilo que tem de núcleo duro, impõe este dever aos operadores judiciários uma atitude de cooperação, com inversão absoluta do paradigma do processo judicial enquanto luta entre privados. Se este podia ser visto como um assunto estritamente particular, deixa de o ser uma vez que é também dever do juiz cooperar com as partes para a composição da causa, com brevidade e eficácia. Por seu turno, as partes têm de cooperar entre si. Essa cooperação atenua, por vezes, o cumprimento, quer de deveres, quer de ónus que incidem sobre a parte, permitindo-lhe o exercício de faculdades ou o cabal cumprimento de ónus e deveres. Assim sucede,

O grande dissenso doutrinário reside na circunstância da natureza do processo ser antagônico/adversarial, portanto, a imposição do dever de cooperação entre as partes contrariaria a própria natureza do processo, ou seja, nas palavras de Mitidiero “simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio.”<sup>544</sup> Surge nesse norte, quem defenda a inexistência de dever de cooperação entre as partes, pois que a ideia central dessa teoria acabaria por ser contrária a própria natureza do processo.

Defende-se nessa pesquisa, a despeito da controvérsia, a existência do dever de cooperação entre as partes, posto que o ordenamento pode impor um certo comando jurídico que limite as posições dos titulares de determinado direito, quando houver um interesse maior objetivado.

Ou seja, perfeitamente admissível estabelecer que, pensando em normas como algo que é reconstruído no ambiente do processo, portanto, não um *prius*, mas sim um *posteriores* ao processo interpretativo, que sejam impostas normas de cooperação entre todos os atores processuais (cooperação enquanto princípio), o que redimensiona a força de trabalho (cooperação enquanto modelo). Ou em outras palavras, perfeitamente admissível e ponderável que, sendo a norma o produto do processo, haja a imposição de uma pauta mínima de conduta que é exigida de todos, o que constrange a um ambiente mais democrático e ético.

O fenômeno do princípio da cooperação pode, nessa perspectiva, ser encarado em duas instâncias ou dimensões, a saber, uma positiva ou subjetiva, que cria direitos para as partes, diminuindo os poderes dos juízes; e outro, negativa ou objetiva, que impõe deveres às partes, limitando seus direitos, inclusive é o que consta do art. 77 do CPC,<sup>545</sup> pois redundam

---

claramente, quanto à obtenção de meios de prova, sejam estes acessórios do exercício de faculdade ou de cumprimento de ônus processual[...]”. Do exemplo citado, conclui a autora pelas consequências desfavoráveis a quem se recusa a fornecer, a parte adversa, documento que aquela precisa para provar um fato. (COSTA E SILVA, Paula. *A litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 410).

<sup>544</sup> Segundo Mitidiero: “E aqui importa desde logo deixar claro: *a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes*. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a *colaboração do juiz para com as partes*. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. É nessa perspectiva que deve ser compreendido o art. 6.º (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*– Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos, 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 114. Nessa linha igualmente ARAKEN DE ASSIS, *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2015, vol. II, tomo I p. 941).

<sup>545</sup> CPC: “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer

em clara opção de imposição de deveres entre as partes, a partir da concreção do princípio da cooperação art. 6º do mesmo diploma legal.<sup>546</sup>

Os sentidos positivo e negativo da cooperação, tais quais defendidos nesta pesquisa, só servem para ressaltar as dimensões diversas que se pode conceber ao princípio da cooperação. Os valores utilizados foram maior poder da parte (sentido positivo) e menor poder da parte (negativo). Veja-se que a valoração parte da premissa de combater os poderes judiciais. Assim, somente a dimensão positiva (de aumento de poderes das partes) é que seria hábil a este fim.<sup>547</sup>

Ambas as dimensões: negativa e positiva, contudo, decorrem logicamente da presença desses valores em todas as espécies de direitos, pois que o direito objetivo e subjetivo, carregam, intrinsecamente, esses valores, embora não se pense muito sobre essas realidades, o que, na prática, costuma ocasionar baralhamento quando há confronto de interesses diversos.

Em suma, essa dimensão objetiva-negativa e subjetiva-positiva se apresenta em qualquer realidade jurídica em que se tome por referência o ordenamento jurídico e direitos individuais ou coletivos, portanto guarda correção com a classificação do direito em: direito objetivo e direito subjetivo, como estabelece Tércio Ferraz Sampaio Jr.: “A dicotomia pretende realçar que o direito é um fenômeno objetivo, que não pertence a ninguém, socialmente que é um dado cultural, composto de normas, mas que de outro lado, é também um fenômeno subjetivo, no sentido de que faz, dos sujeitos, titulares de poderes, obrigações, faculdades, estabelecendo entre eles relação jurídica.”<sup>548</sup>

Conforme explica Igor Raatz, pode-se ter como exemplo de dever entre as partes, por isso limite objetivo-negativo do princípio da cooperação, os deveres decorrentes da boa-fé

---

qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.”

<sup>546</sup> CPC/2015: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (Sem destaque no original).

<sup>547</sup> Para Cabral, 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. O estudo das fontes da norma jurídica processual não será completa, caso ignore o negócio jurídico processual.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais: entre publicismo e privatismo*. Tese de Livre-docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015, p. 240.

<sup>548</sup> Como estabelece Tércio Ferraz Sampaio Jr.: “Assim quando falamos no direito das sucessões significamos algo objetivo, quando mencionamos o direito à sucessão de um dos herdeiros, mencionamos algo que lhe pertence”. (FERRAZ Jr, Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 146).

objetiva, posto que são verdadeiros desdobramentos do dever de cooperação. Assim, nas palavras do autor: “As partes se servem do processo para buscar alcançar seus interesses, mas, ao mesmo tempo, o manejo do processo impõe uma autorresponsabilidade, materializada numa pauta mínima de condutas a serem exigidas das partes, fundada na ideia de boa-fé objetiva (art. 5.º, NCPC).”<sup>549</sup>

Esse dever de cooperação entre as partes é admissível e defensável em razão da necessidade de conformidade da conduta individual a uma ‘ordem superior’ como *conditio sine qua non* da convivência política, onde permanece viva a correlação insuperável entre o que há de objetivo e subjetivo da ideia de justiça, o que nem sempre é lembrado no estudo do direito.<sup>550</sup>

Há verdadeira visão utilitarista em todas as situações em que o Estado intervém nas posições subjetivas. Disso decorre que, na parte das realidades jurídicas (objetivamente) prevista no direito, o titular do Direito deve exercê-lo dentro dos limites estabelecidos pelas normas, isso ocorre em todos os ramos do ordenamento, e com mais razão no processo, que é direito público.

Na primeira dimensão, o legislador cria os limites da atuação e derroga (por isso a conotação negativa) poderes do particular - direito objetivo. Contudo, esses direitos, embora limitados, se exercitados dentro dos parâmetros regulares, criam direitos subjetivos (pois então, surge o sentido positivo) em relação à acréscimo de poderes, que podem ser impostos ao próprio Estado, derogando-lhe posições - direito subjetivo.<sup>551</sup>

---

<sup>549</sup> RAATZ, Igor. Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito de participação na construção do caso concreto. Coleção Eduardo Espíndula. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 140.

<sup>550</sup> A compreensão do direito subjetivo (justo subjetivo), segundo Reale: “tem como consequência a colocação da justiça, in concreto, como conformidade do agente àquilo que é determinado pela lei (abstração feita, aqui, de sua origem e legitimidade). REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*, 2a ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 7).

<sup>551</sup> “O ‘direito subjetivo’ deve ser compreendido como sinônimo de situação jurídica ativa, individual ou coletiva, simples ou complexa, direito potestativo ou direito a uma prestação. (DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 162).

Ficam, portanto, bem ressaltadas as duas dimensões da cooperação entre as partes, a saber, negativa-positiva (as partes devem cooperar)<sup>552</sup> e positivo-subjetivo (as partes podem cooperar).<sup>553</sup>

Assim, pela primeira dimensão do princípio da cooperação o Estado objetivando algo maior (p.ex. eticidade no ambiente em que se recria a norma e celeridade), impõe uma pauta de deveres às partes, mas que se observadas, pode derogar poderes do Estado, inclusive na própria condução do processo (gestão ou gerenciamento processual).

Isso ocorre, também, quando das convenções processuais que, para serem firmadas, demandam uma pauta mínima imposta pelo ordenamento (dimensão objetivo do direito), mas que implementada retira, em boa medida, a condução do processo das mãos do juiz (dimensão subjetiva de direitos).

Por consequência, enquanto forma de delimitação dos poderes do juiz na condução do processo, o que mais nos interessa é o autorregramento processual,<sup>554</sup> que diz respeito ao

---

<sup>552</sup> “A eficácia normativa do princípio da cooperação impõe deveres. A doutrina brasileira é segura em afirmar que são ilícitas as condutas contrárias à colaboração do ‘estado de coisas’ (comunidade processual de trabalho) que o princípio que o princípio da cooperação busca promover” (DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 127). Ademais, Zaneti cita exemplos desses diversos deveres de cooperação entre as partes: “a) deveres de esclarecimento: dever de redigir com clareza e coerência os articulados de sua demanda: sob pena de indeferimento por Inépcia da petição inicial (art. 321, parágrafo único, CPC); b) deveres de lealdade: dever de observar a boa-fé objetiva (art. 5º, CPC): os deveres processuais (arts. 77 e 78, CPC) e não litigar de má-fé (arts. 79-81, CPC), respondendo por perdas e danos e se submetendo a multas processuais. Os deveres de lealdade estão também ligados às soluções consensuais e aos negócios processuais, a exemplo da delimitação consensual das questões de fato ou de direito, que, se homologada, vincula as partes e o juiz (art. 357, § 2º, CPC); c) deveres de proteção: dever de não causar danos desnecessários ao adversário, gerando sanções como a punição do atentado à dignidade da justiça (art. 77, VI, CPC) e responsabilidade objetiva do exequente no caso da execução injusta (arts. 520, I, e 776, CPC), a exemplo do dever de o réu indicar o legitimado passivo da demanda (art. 339, CPC).” (ZANETI Jr., Hermes. O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: Cooperação para o processo. *in* Estudos sobre o direito processual: homenagem ao Dr. Marcellus Polastri Lima / [coordenado por Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira [e] Thais Milani Del Pupo. Belo Horizonte: Conhecimento livraria e distribuidora, 2019, p. 48-72).

<sup>553</sup> “Isso porque todas as normas que estimulam comportamentos negociais entre os sujeitos do processo fortalecem o modelo cooperativo.” (ZANETI Jr., Hermes. O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: Cooperação para o processo. *in* Estudos sobre o direito processual: homenagem ao Dr. Marcellus Polastri Lima / [coordenado por Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira [e] Thais Milani Del Pupo. Belo Horizonte: Conhecimento livraria e distribuidora, 2019, p. 48-72).

<sup>554</sup> Com clareza Didier deixa assente que “há negócios processuais relativos ao objeto litigioso do processo, como o reconhecimento da procedência do pedido, e há negócios processuais que têm por objeto o próprio processo, em sua estrutura, como o acordo para a suspensão convencional do procedimento. O negócio que tem por objeto o próprio processo pode servir para a redefinição das situações jurídicas processuais (ônus, direito, deveres processuais) ou para a reestruturação do procedimento.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Negócios jurídicos processuais atípicas no Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: RT, 2016, v. 1, p. 59-86)

objeto de investigação deste estudo: formas de se conter a discricionariedade e de impor legitimidade das decisões judiciais.

De modo geral, todas as normas que atribuem relevância à autonomia da vontade no processo, estimulando comportamentos negociais entre os sujeitos processuais, reforçam o modelo cooperativo, afinal não há negociação juridicamente lícita, sem obediência aos deveres de cooperação.<sup>555</sup>

É importante destacar que o direito objetivo ou subjetivo, enquanto norma sempre decorre de um processo, seja ele processo legislativo, executivo ou judicial. Agrega-se, ademais, uma nova dimensão para a construção da norma, a partir do processo de vontade das partes (negocial). Nessa senda, exatas as lições de Didier, razão pela qual se justifica a transcrição:

“o poder de criação de normas (poder normativo) somente pode ser exercido processualmente. Assim, fala-se em processo legislativo (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), processo administrativo (produção de normas gerais e individualizada pela Administração), processo jurisdicional (produção de normas pela jurisdição) [...] e o processo negocial, método de criação de normas jurídicas pelo exercício da autonomia privada.”<sup>556</sup>

Por consequência, a depender da vontade das partes, a norma pode surgir, ainda, do processo de autodeterminação (autorregramento), mas, para que isso ocorra deve haver cooperação entre elas. Portanto, ao se derrogar os poderes do Estado-juiz, tem-se uma conotação positiva à cooperação, pois implementa-se direitos às partes a partir de posições jurídicas subjetivas e derroga-se posições do Estado.

O núcleo desta premissa surge a partir da conclusão de que não se pode falar em autorregramento na modalidade ‘convenções processuais’, sem a dimensão da cooperação entre as partes. Da mesma forma, não se pode prescindir que, implementando as partes negociação quanto à condução do processo, certamente, estarão limitando os poderes

---

<sup>555</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 130.

<sup>556</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 30.

gerenciais do juiz (discricionários na condução do processo), pensada nesse trabalho a partir da adequação procedimental em razão das normas de textura aberta.

A evidenciação dessa dimensão positiva da cooperação<sup>557</sup> parece relevante, pois embora resulte evidente, tem sido negligenciada quando se trata das fontes dos negócios jurídicos processuais, consoante se verá doravante.

### **5.2.2.1 A cooperação como instrumental de legitimação e contenção da discricionariedade: sentido positivo da cooperação – os poderes advindos do autorregramento na esfera processual**

Tomadas as reflexões sobre os diferentes perfis assumidos pelo Estado na condução às bases sólidas para a compreensão do processo no Estado Democrático de Direito, verifica-se que enquanto no Estado Liberal clássico o processo era compreendido numa perspectiva privatista, como “coisa das partes” frente a um juiz passivo, as mutações ocorridas no âmbito do Estado Social vão implicar uma concepção do processo como “coisa pública”, passando a ser visto como instrumento à serviço da ordem jurídica estatal, reforçando-se, com isso, o papel do juiz, de modo a romper com as deficiências de índole liberal.<sup>558</sup>

A visão, nestas duas fases, é dicotômica. O processo, na fase liberal, é visto como “coisa das partes” e na fase social como “coisa do juiz”. Por sua vez, no Estado Democrático de Direito, cobra-se uma nova leitura, pois o processo passa a ser encarado como ferramenta para equalizar a passividade e o protagonismo judicial.<sup>559</sup>

Por isso a cooperação processual se afigura condizente com esta fase metodológica do processo constitucional, que aponta como fonte legitimadora e limitadora dos poderes

---

<sup>557</sup> Uma outra forma de vincular o princípio da cooperação a ideia de gestão compartilhada do processo pode partir também dos deveres que este impõe ao Juiz em relação às partes. Assim para Ronaldo Kochem: “Com esses deveres e a concepção renovada do fenômeno processual, torna-se possível às partes - por meio de um tipo de conduta frente ao processo - participar da gestão do processo.” (KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação. (kooperationsmaxime). RePro, vol. 251, p. 123-134, jan. 2016. p. 126).

<sup>558</sup> Esta dicotomia e tensão entre “público e privado constituem componentes intrínsecos de todo o processo civil”. (PISANI, Andrea Proto. Público e privado no processo civil na Itália. Revista da EMERJ, v. 4, n. 16, p 23-42, 2001).

<sup>559</sup> Remo Caponi, em estudo aprofundado, analisa a mutação que vem acontecendo no direito processual para se permitir que haja maior ingerência das partes no procedimento, afastando-se a antiga dicotomia entre o público e o privado. CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual*. In: SCARSELLI, Giuliano (Org.). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: Napoli; Roma: Edizioni Scintifiche italiane*, 2010, p. 145-149.

judiciais, conforme ensina o professor Lúcio Grassi de Gouveia: “A presença ativa e participante das partes servirá como forma de controle dos amplos poderes do juiz, limitando o arbítrio, favorecendo o processo dialógico[...]”.<sup>560</sup>

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe a dimensão axiológica do processo que legitima o exercício do poder estatal jurisdicional pela participação efetiva das partes. Com a verificação de que o sentido da norma não prescinde da participação dos sujeitos da relação jurídica processual (partes e juiz) e terceiros eventualmente intervenientes, impondo-se, afinal, uma comunidade de trabalho para a formação do conteúdo decisório.

A decisão judicial, assim, não deve ser fruto de um trabalho exclusivo do juiz, mas resultado de uma atividade conjunta (democrática), em que há interações constantes entre diversos sujeitos que atuam no processo.

Para compreender essa nova realidade processual, faz-se necessário se pôr num ângulo privilegiado, a partir do qual será possível observar como a tensão entre poderes do juiz (público) e autonomia das partes (privado) se perfilam e se desenvolvem na época pós-moderna, e como impactam o processo civil.<sup>561</sup>

O aumento dos poderes judiciais, em postura mais democrática do processo, deve guardar proporcionalidade com a ampliação dos poderes das partes, como técnica de contenção da discricionariedade judicial.<sup>562</sup> Isto se processa, notadamente, aumentando a

---

<sup>560</sup> GOUVEIA, Lucio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 172/2009, p. 32-53, Jun / 2009, DTR\2009\339, p. 78.

<sup>561</sup> Reconhecendo ser extremamente difícil de resolver o problema relativo aos limites da criatividade judicial, que devem ser fixados na exata medida em que não comprometam o Estado de Direito, Thereza Arruda Alvim Wambier observa que: “a liberdade do juiz, num sistema de direito positivo e codificado, consiste em determinar, em cada caso, o perímetro ou o contorno das determinações legais”. (WAMBIER. Thereza Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 371-372).

<sup>562</sup> Em similar perspectiva, Igor Raatz, já trabalhou buscando, dentre outros: (i) verificar as possibilidades de conferir à autonomia privada força normativa para fundamentar um novo modelo de processo civil em que as partes deixam de exercer um papel secundário na sua estrutura procedimental; (ii) identificar, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, a posição ocupada pelas partes no processo civil contemporâneo; (iii) determinar, a partir dos chamados “negócios jurídicos processuais” a amplitude da autodeterminação das partes para a construção adequada do processo, bem como os seus limites e (iv) a partir desse modo de pensar o papel das partes do processo verificar de que modo é possível superar a noção de rigidez procedimental substituindo-a por um modelo de flexibilidade procedimental legitimado pela atuação das partes e do juiz, numa espécie de “construção compartilhada do caso concreto”. RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito de participação na construção do caso concreto*. Coleção Eduardo Espíndula. Salvador: juspodivin, 2017, p. 89-100.

liberdade dos entes parciais (autonomia privada)<sup>563</sup> para que as próprias partes possam estabelecer o regramento jurídico processual aplicável (autorregramento da vontade das partes).<sup>564</sup>

Nesse novo paradigma, é conferido às partes um poder muito mais amplo, que atravessa tanto as questões pertinentes ao plano do direito material quando as do direito processual.<sup>565</sup>

Mas, reafirma-se, o foco da pesquisa é o autorregramento no âmbito da condução do processo (procedimento), que fica evidenciado pelo incremento dos negócios jurídicos processuais no CPC/2015, os quais permitem que as partes construam o procedimento mais adequado para suas necessidades concretas, permitindo-se, ainda, superar o velho esquema de adequação do processo ao direito material, abstratamente pensado à luz dos procedimentos especiais, para falar-se de adequação em concreto sob a ótica de uma construção compartilhada do caso.

O autorregramento, nada mais é que a concretização do direito fundamental à liberdade (direito subjetivo), a partir de parâmetros que são estabelecidos dentro de um ambiente de direito público, ou seja, a dimensão objetiva do direito.<sup>566</sup>

O que interessa é o rompimento da velha dicotomia do caráter instrumental do processo (público) e da autonomia dos direitos (privado), para se considerar que a disciplina do processo e dos seus resultados, possa se abrir a uma fonte de regulamentação negocial, consentânea com o estado democrático, balizados pelo respeito às normas imperativas da ordem pública.<sup>567</sup>

---

<sup>563</sup> RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito de participação na construção do caso concreto*. Coleção Eduardo Espíndula. Salvador: juspodivm, 2017, p. 89-100.

<sup>564</sup> Conforme Dierle Nunes, conciliar as características de um processo social e de um processo 'privatista' pode provocar resultados sociais e constitucionalmente aceitáveis, no sentido de uma justa legitimação das decisões judiciais, sem reduzir a participação ativa do juiz e a contribuição das partes, isto é, a função do processo[...]. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo civile liberale, sociale e democratico*. Disponível em: <<http://www.diritto.it>>. Acesso em: 30 fev. 2019.

<sup>565</sup> CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. Quaderni dela rivista trimestrale di diritto e procedura civile. v.11 – Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 117.

<sup>566</sup> “É certo que o princípio do autorregramento não tem, no Processo Civil, a mesma roupagem dogmática com que se apresenta, por exemplo, no Direito Civil. Por envolver o exercício de uma função pública (a jurisdição), a negociação processual é mais regulada e o seu objeto mais restrito”. (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 132).

<sup>567</sup> CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. Quaderni dela rivista trimestrale di diritto e procedura civile. v.11 – Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 117.

A intenção do legislador, ao que parece, foi prestigiar o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, enquanto desdobramento do princípio da liberdade, e também, o princípio da cooperação, estatuído no art. 6º do Novo Código e que se apresenta como norma fundamental do processo civil.<sup>568</sup>

O modelo cooperativo de processo caracteriza-se exatamente, como afirmado por Didier: “por articular os papéis processuais das partes e do juiz, com o propósito de harmonizar a eterna tensão entre liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado.”<sup>569</sup> Portanto, essas liberdades são concedidas pelo Estado e devem ser exercitadas dentro dos parâmetros legalmente estabelecidos.

De modo mais simples, para que esse modelo cooperativo fosse implementado, o Estado estabelece que deve haver uma pauta mínima de eticidade processual, que visa a introduzir uma esplanada de condutas atribuíveis àqueles que vão exercitar posições que auxiliam na condução do processo, via de consequência na reconstrução do Direito.

O princípio do autorregramento da vontade, visa a tornar o processo um espaço propício para o exercício da liberdade. Por isso já se diz que existe um verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no âmbito processual.<sup>570</sup>

Dentro deste microsistema o que nos interessa são os acordos sobre o processo (acordos processuais) não sobre o objeto litigioso, mas sobre o próprio processo, em sua estrutura ou para reestrutura do procedimento. São os denominados negócios processuais

---

<sup>568</sup> “A norma é fundamental porque estrutura o modelo de processo civil brasileiro e serve de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis.” (DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 39-46).

<sup>569</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 132.

<sup>570</sup> “O CPC é estruturado de modo a estimular a solução do conflito por vontade das partes (autocomposição): a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (art. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento de defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, § 2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto litigioso) [...]”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 134).

típicos<sup>571</sup> e atípicos<sup>572</sup>, pois embora já constasse do regramento processual antigo os negócios processuais da primeira espécie, os atípicos foram introduzidos com o novel diploma (CPC/2015) o que revela, insofismavelmente, a vontade do legislador de aumentar os poderes das partes.<sup>573</sup>

Vê-se nos negócios jurídicos processuais a manifestação de poder de autorregramento sobre o processo-procedimento, pois se apresentam como espécies de atos jurídicos processuais em sentido amplo, tendo em vista que a vontade é elemento nuclear do suporte fático, e assim como os demais fenômenos processuais, podem ter seu conceito extraído daquele desenvolvido no campo da Teoria Geral do Direito.<sup>574</sup>

Antes de se prosseguir com qualquer outra análise, se faz necessária a delimitação do conceito e do objeto, bem como fazer uma breve classificação dos negócios jurídicos processuais no ordenamento jurídico pátrio.

Note-se que este tema não terá aprofundamento exaustivo, mas haverá apenas a evidenciação de seus contornos, objetivando esclarecer em que medida houve incremento nos poderes das partes, e de que forma isso impacta o objeto da pesquisa, pois serve como uma técnica de contenção da discricionariedade judicial (margens de liberdade interpretativa, que em razão das normas de tessitura aberta, muitas vezes operam, também, em um gerenciamento às avessas para condução do procedimento).

---

<sup>571</sup> O CPC prevê um número significativo de negócios processuais típicos, tais como: a eleição negocial de foro (art. 63); o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65); escolha consensual de mediador, conciliador ou câmara privada de mediação ou conciliação (art. 168); o calendário processual (art. 191); a renúncia ao prazo (art. 225); o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II); a renúncia tácita a convenção de arbitragem (art. art.337, § 6º); o adiamento negociado de audiência (art. 362, I); o saneamento consensual do processo (art. 357, § 2º); a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º), a escolha consensual do perito (art. 471); desistência da execução ou de medida executiva (art. 775); a desistência do recurso (art. 998); a renúncia do recurso (art. 999) a aceitação da decisão (art. 1.000), etc.

<sup>572</sup> O CPC prevê duas cláusulas gerais de negociação processual que a permite a celebração de negócios processuais atípicos, uma vez preenchidos os pressupostos estabelecidos nos arts. 190 e 200. Afirma Didier “Dessas [...] surge o subprincípio da atipicidade da negociação processual, a mais importante concretização do princípio do autorregramento da vontade no processo civil e, por isso, exemplo mais evidente da densidade normativa que esse mesmo princípio possui no direito brasileiro”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 135).

<sup>573</sup> *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual*. In: SCARSELLI, Giuliano (Org.). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: Napoli; Roma: Edizioni Scintifiche italiane*, 2010, p. 145-149.

<sup>574</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Curso de direito processual civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 135.

### 5.2.2.2 Negócios processuais: convenções processuais noções gerais:

Já se antecipa que a reflexão não é sobre este ou aquele negócio processual, mas sobre o problema mesmo da relação entre autonomia privada das partes como forma de contenção da discricionariedade judicial (ou seja, embate de poderes entre partes e juiz para a condução do processo), na medida em que não se limita ao mérito da causa ou ao direito material, mas também interfere no plano da técnica do processo e, nessa perspectiva, pode servir de fator limitador da atuação do juiz quanto ao gerenciamento processual.<sup>575</sup>

Em outras palavras, há que se investigar em que medida o novo Código de Processo Civil, com o aumento das liberdades das partes para convencionar sobre o processo, impactou os poderes judiciais e se isso repercute na reorganização de suas estruturas de modo que se possa dizer que há uma renovação do modelo processual.

Quando se fala em negócios jurídicos processuais, para Marinoni, Arenhart e Mitidiero contrato processuais, os autores ensinam que se pensa em normas que tratam do desenvolvimento do processo judicial por meio da vontade das partes. Assim, “pensa-se em impor determinada tramitação ao juiz da causa em atenção à vontade das partes”.<sup>576</sup>

Define-se o negócio jurídico a partir da distinção entre os atos negociais e os atos jurídicos em sentido estrito, pois abarca os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, decorrentes do autorregramento da vontade.<sup>577</sup> Ou seja, “fato jurídico voluntário em cujo suporte jurídico se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos próprios limites do ordenamento jurídico, certas situações jurídicas ou alterar o procedimento”, segundo lições de Didier.<sup>578</sup>

---

<sup>575</sup> “Substancialmente, a experiência não é nova no ordenamento nacional. Conhece -se há muito diversas situações em que a vontade das partes pode disciplinar a organização do processo, impondo determinado rumo para o desenvolvimento do processo e para a prática dos atos processuais. É evidente que esses pactos nada têm a ver com eventuais atos de disposição que interferem sobre o direito material. Figuras como a transação, a renúncia, o reconhecimento jurídico do pedido obviamente estão ligadas de forma direta ao poder de dispor *do direito material* e, portanto, ligam-se antes ao plano substancial que ao plano processual.” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 408).

<sup>576</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 408.

<sup>577</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 376-379.

<sup>578</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 376-379.

A vontade, portanto, é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, visando à obtenção de efeitos jurídicos que podem ser predeterminados pelo sistema ou pactuados livremente.<sup>579</sup>

Nos termos das lições de Moacyr Amaral Santos, são declarações de vontade destinadas por uma ou por todas as partes ao órgão jurisdicional, com o objetivo de produzir, no processo, efeitos jurídicos processuais,<sup>580</sup> “geralmente chamados negócios processuais ou convenções processuais, pois que, as partes regulam o próprio comportamento em relação à tutela jurisdicional.”<sup>581\_582</sup>

Trícia Cabral, por seu turno, admite que no direito contemporâneo estas noções se aproximam: “[...] há hoje menor utilidade em diferenciar todos estes termos porque a nomenclatura raramente interfere nos efeitos de cada categoria.” Na linha desse ensinamento, é possível identificar: ‘acordos’, ‘convenções’, ‘pactos’, ‘cláusulas’ e ‘contratos’ para se referir aos negócios jurídicos processuais.<sup>583</sup>

Contudo, mostra-se mais adequado, segundo parcela da doutrina, inclusive Trícia Cabral o termo ‘convenções processuais’ pois se desconecta da ideia patrimonialista que não é condizente com a atual fase metodológica do processo e, para além é a terminologia utilizada no próprio Código de Processo Civil.<sup>584</sup>

---

<sup>579</sup> Sobre a conceituação dos negócios jurídicos processuais a partir da sua distinção dos atos jurídicos processuais em sentido estrito, José Miguel Garcia Medina afirma que “O elemento volitivo é relevante para a configuração do ato jurídico lato sensu, mas enquanto no ato jurídico stricto sensu os efeitos do ato realizado pela parte encontram-se previamente definidos na lei, no negócio jurídico aqueles que o celebram podem dispor também sobre tais efeitos”. (MEDINA, José Miguel Garcia. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia, et al. (Coords.). Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 291).

<sup>580</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 376-379.

<sup>581</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 291-292.

<sup>582</sup> Sobre a controvérsia em torno da existência de negócios jurídicos processuais e o seu conceito, v. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. Salvador: editora Juspodivm. 2016. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In Temas de Direito Processual. 3ª série. São Paulo: ed. Saraiva. P. 87-98.

<sup>583</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual. São Paulo: Foco, 2019, p. 91-96.

<sup>584</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual. São Paulo: Foco, 2019, p. 91-96. CPC/2015: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e **convencional** sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das **convenções** previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” (Sem destaque no original).

Do mesmo modo, para José Carlos Barbosa Moreira “a expressão ‘convenções processuais’ é mais adequada por possuir cunho mais técnico e por estar em consonância com a linguagem do Código, inclusive, ainda no CPC de 1973, já se utilizava o termo ‘convenção’ nos artigos 111, 181, 265, II, 333, 454, §1.º, 606, I, 656, 792, 1.028, 1.031, I, e 1.113, §3º.”<sup>585</sup>

As convenções processuais, neste aspecto, constituem-se em fato jurídico voluntário, cujo suporte fático se configura mediante concessão ao sujeito, do poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer certas situações jurídicas processuais, observados os limites previstos no próprio ordenamento jurídico.

Sintetizando os conceitos contemporâneos, pode-se defini-los como fatos voluntários que sofreram a incidência de norma processual, cujo suporte fático atribui ao sujeito o poder de decidir quanto à prática ou não do ato e quanto à definição dos seus efeitos. O sujeito pode (i) selecionar uma categoria jurídica eficaz já definida previamente pelo sistema jurídico; ou (ii) estabelecer, dentro dos limites fixados no ordenamento jurídico, determinadas situações jurídicas processuais ou alteração do procedimento.<sup>586</sup>

No âmbito judicial, a possibilidade de as partes convergirem em matéria de processo pode ocorrer de duas formas: *i*) por meio de duas declarações de vontade que se fundem para formar um ato uno, novo, com a produção de efeitos específicos, e *ii*) quando a lei vincula os efeitos do ato de uma parte à concordância do outro litigante e ao pronunciamento judicial.

A principal diferença entre as duas hipóteses é que, enquanto na primeira são duas declarações de vontades a partir das quais se cria um novo ato, cujos reflexos processuais são imediatos, na segunda são dois atos de vontade unilaterais, distintos e sucessivos e que têm seus efeitos produzidos somente após a decisão judicial.<sup>587</sup>

Assim, por exemplo, quando as partes formulam uma convenção processual sobre a suspensão do processo (artigo 313, II, do CPC/15), são duas manifestações de vontade unidas com um objetivo de formar um acordo com efeitos imediatos nos processos. Já quando uma parte desiste do processo e o ato depende da anuência da outra parte (artigo 485, § 4º, do CPC/15) e da homologação judicial, não se poderia falar em convenção, mas sim em atos

---

<sup>585</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 1-2.

<sup>586</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 377-382.

<sup>587</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual. São Paulo: Foco, 2019, p. 91-96.

dispositivos concordantes, neste último exemplo e de acordo com as preleções de Trícia Cabral.<sup>588</sup>

Do exposto, resulta que para fins da ideia da condução do processo por ato de vontade das partes, o que interessa a essa pesquisa é deixar evidente o hábil mecanismo de contenção dos poderes judiciais na condução do processo. Uma vez realizada a convenção processual, ela se torna uma “entidade nova”,<sup>589</sup> produzindo os seus efeitos, em regra, independente de homologação.<sup>590</sup> Ou seja, as partes criam autorregramentos processuais a partir da autonomia de vontades, ou seja, por cooperação entre elas e com claro objetivo (estratégico) de derrogar (limitar) posições judiciais na condução do processo.

Observam Charles Jarrosson<sup>591</sup> e Pascal Ancel<sup>592</sup> que se tem verificado uma tendência, nos últimos anos, de contratualização do processo, como uma técnica de gestão do procedimento, cujo limite é o respeito à ordem pública.

A temática dos limites destas convenções, campos de existência, validade e eficácia desbordariam do objeto deste estudo, razão pela qual não foram inventariados.<sup>593</sup> Entretanto, Remo Caponi deixa claro quanto ao controle da atividade consensual das partes, que deve prevalecer o critério *in dubio pro libertate*, exigindo, por consequência, a indicação de motivos concretos que legitimem as limitações da autonomia privada das partes.<sup>594</sup>

<sup>588</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual. São Paulo: Foco, 2019, p. 94.

<sup>589</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções processuais sobre matéria processual. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 89.

<sup>590</sup> Cabral recorda hipóteses em que a homologação é um requisito legal para a produção de efeitos, como a que consta do art. 862, §2º do CPC. (CABRAL, Antônio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 229). Por sua vez, Didier cita como exemplos de negócios processuais que demandam a homologação judicial as hipóteses de desistência e a do art. 357, §2.º, do CPC/2015. (DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Negócios jurídicos processuais atípicas no Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: RT, 2016, v. 1, p. 59-86).

<sup>591</sup> JARROSSON, Charles. *La contractualisation de la justice: jusqu'ou aller? (Introduction)*. In CADIET, Loïc. RICHER, Laurent (sous la direction de). *Réforme de la justice, réforme de l'État*. Paris: PUF. 2003. P. 185 e 190.

<sup>592</sup> ANCEL, Pascal. *La contractualisation de la justice: jusqu'ou aller? (En matière civile)*. In CADIET, Loïc. RICHER, Laurent (sous la direction de), *Réforme de la justice, réforme de l'État*. Paris: PUF. 2003. p.192.

<sup>593</sup> Sugere-se para aprofundamento: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual. São Paulo: Foco, 2019.

<sup>594</sup> CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. In CARPI, Federico. Et alii. *Accordi di parte e processo*. Milano: ed. Giuffrè, 2008, p. 102-103. Por sua vez, Greco recorda que Na França, Loïc Cadiet classifica os atos processuais convencionais em duas espécies: convenções de administração processual ou convenções de disposição processual (*Les accords sur la juridiction dans le procès*). In ANCEL, Pascal. RIVIER, Marie-Claire (sous la direction de). *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris: Economica, 2001, p. 48). O poder de julgar responde ao poder de agir. Se o direito material é disponível, as partes podem dispor da pretensão ou da defesa. O acordo deve ser expresso. São as convenções de disposição processual. Ao contrário, se o acordo entre as partes tem por objeto simplesmente administrar o tratamento processual do litígio, a maneira de proceder

### **5.2.2.3 As convenções processuais como técnica de condução processual-procedimental: adequação negocial do processo, uma opção do legislador brasileiro e notas para redimensionamento da divisão dos poderes no processo**

A adequação negocial do processo, como já se delineia, deriva de convenções celebrados pelos sujeitos processuais, ora apenas pelas partes, ora incluindo o órgão jurisdicional, cujos exemplos são os arts. 190 e 191 do CPC/2015, respectivamente.<sup>595</sup>

Portanto, a cooperação, conforme compreendida nas linhas desta pesquisa e defendido por Greger Reinhard em vez de determinar apenas que as partes, cada uma para si, discutam a gestão adequada do processo com o juiz, “faz com que essas dela participem.”<sup>596</sup>

A flexibilização procedimental com fito à adequação às exigências da causa é fundamental para a democratização do processo, tal como já fora demarcado em linhas pretéritas, inclusive, é a técnica que coaduna com aquela que fora implantada a partir da Inglaterra, em que o juiz toma a dianteira na condução do procedimento.<sup>597</sup>

Resta verificar, à guisa de conclusão do exposto, é que se a apesar da doutrina brasileira ter se despertado para a condução do processo pelo juiz (gerenciamento do processo), tal possibilidade decorre ou não da vontade do legislador. Esta indagação é

---

na relação processual, o acordo não se impõe automaticamente ao juiz; depende do seu consentimento, porque estão em causa a organização e o funcionamento do serviço público da justiça, que justificam a missão confiada ao juiz de velar pelo bom desenvolvimento da instância (art. 3º). São as convenções de administração processual (p. 50). Segundo Cadet, nas convenções de administração processual o papel do juiz é decisivo. Nas convenções de disposição processual o papel do juiz é receptício. (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, out.-dez. 2007, p. 7).

<sup>595</sup> CPC/2015: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.” Não admitindo que o Estado seja parte em convenção processual, v. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: editora Juspodivm. 2016. p. 38.

<sup>596</sup> GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 206, p. 126, abr. 2012.

<sup>597</sup> Nos tópicos 4.2.5 e 4.2.6 o tema fora aprofundando e fora ressaltado que, enquanto em alguns países se adota o gerenciamento do Processo a partir da iniciativa e condução do Juiz, em outros, este mecanismo é voltado a iniciativa das partes.

pertinente, sobretudo, diante da inexistência em nosso sistema de uma cláusula geral de gerenciamento processual por ato do juiz, diversamente do que ocorre nos países em que esta cultura fora adotada.<sup>598</sup> Assim, a indagação que se assoma é se o sistema jurídico brasileiro, prestigiou a vontade das partes em detrimento da judicial na condução do processo.

Não é demais lembrar que, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sugerira para a reforma legislativa, o estabelecimento do princípio da adaptabilidade (adequação formal), seguindo a legislação portuguesa que contém, expressamente, “a espécie de cláusula geral de adequação processual.”<sup>599</sup> A proposta de Alvaro foi encaminhada pela Comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do CPC 2015. O Senado, entretanto, rejeitou a ideia, reduzindo-a a hipótese do inciso VI do art. 139 do Código de Processo, além daquelas inventariadas anteriormente, mas que tratam de hipóteses casuísticas.<sup>600</sup>

Segundo orientação de Marinoni, *et. al* quanto à gestão processual “o Código de 2015, parte de um procedimento-modelo, padrão, autorizando, porém, às partes e ao juiz, a alteração de prazos e da ordem dos atos processuais, a fim de compatibilizá-los às necessidades da situação objeto de tutela.”<sup>601</sup>

Assim, por exemplo, autoriza-se ao juiz, por cláusula geral, “dilatando os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” nos termos do artigo 139, VI, bem como cria-se a atipicidade das técnicas processuais executivas, conforme se extrai do enunciado pelo artigo 139, IV, todos do CPC 2015.

---

<sup>598</sup> “Muito interessante, para fins de comparação, o disposto nas *Civil Procedure Rules* britânicas (1.1, (2), c), que impõe ao órgão jurisdicional o dever de adaptar o processo, tanto quanto seja possível, de acordo com o valor discutido, relevância da causa, complexidade das questões e condição econômica de cada parte.” (DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 119).

<sup>599</sup> “Art. 547 do CPC de Portugal: O juiz deve adotar a tramitação adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”. (DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 119).

<sup>600</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 119.

<sup>601</sup> “Em síntese, em uma perspectiva histórica abreviada e com fins didáticos, é possível dizer que, partindo-se da época da uniformidade procedimental, passou-se pela fase dos procedimentos jurisdicionais diferenciados, chegando-se, finalmente, no estágio atual, no qual *as normas abertas e a disponibilização do procedimento* (tanto para o juiz, como para as partes, dentro de certos limites) permitem a construção da ação e do procedimento adequados à tutela do direito material no caso concreto”. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 31).

Observa-se, em contrapartida, maior amplitude na previsão contida no artigo 190 do CPC,<sup>602</sup> donde se extrai que se a causa versar sobre direitos que permitam autocomposição, podem as partes, plenamente capazes, estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa.<sup>603</sup> Ademais, este regramento é ainda complementado pelo art. 200 do mesmo diploma legal que estabelece que os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Nota-se, que essa prerrogativa conferida às partes é bem mais robusta que a contida no artigo 139, IV e VI do CPC.<sup>604</sup> Por isso, pontua Antônio do Passo Cabral, que quanto aos poderes de gestão processual, a opção do direito brasileiro, diferentemente de outros países,<sup>605</sup> não foi a de conceder poderes gerais ao juiz para a adequação procedimental por intermédio de uma cláusula geral.<sup>606</sup>

---

<sup>602</sup> Para Antônio do Passo Cabral, inclusive esta nova forma de pensar o processo, impacta o próprio conceito de jurisdição: “*Bisogna infine sottolineare ancora una chiara tendenza contemporanea:[...] conferimento di poteri ai litiganti, visto che aumentano sempre più gli spazi in cui la loro volontà è sufficiente per produrre effetti giuridici. In questo senso è in crescita anche l'autonomia delle parti nel definire persino le regole del procedimento che il giudice deve applicare. Gli accordi o convenzioni processuali, che sempre più vengono popolarizzati e adottati nella prassi e nella legislazione comparata (p. es. l'art.190 del CPC brasiliano del 2015), sono la maggior espressione dell'accettazione dell'autoregolamento della volontà*”<sup>16</sup>. Non solo nell'arbitrato, oppure attraverso la conciliazione o la mediazione extragiudiziali – dove l'autocomposizione sui diritti sostanziali era ormai riconosciuta<sup>17</sup> – ma anche nel processo statale, le parti possono definire le regole processuali applicabili al caso. In questo contesto sarebbe corretto dire che il giudice applica la regola legale?”. Em tradução livre: “Finalmente, uma clara tendência contemporânea deve ser sublinhada: [...] empoderamento dos litigantes, dado que os espaços em que sua vontade é suficiente para produzir efeitos jurídicos estão aumentando. Nesse sentido, cresce também a autonomia das partes em definir até as regras do procedimento que o juiz deve aplicar. Os acordos ou convenções processuais, cada vez mais popularizados e adotados na prática e na legislação comparativas (por exemplo, art. 190 do CPC brasileiro de 2015), são a maior expressão da aceitação da auto-regulação da vontade. Não apenas na arbitragem, ou através de conciliação ou mediação extrajudicial - onde a autorregulação dos direitos substantivos era agora reconhecidas-, mas também no processo, as partes podem definir as regras processuais aplicáveis ao caso. Nesse contexto, seria justo dizer que o juiz aplica a regra legal?”. (CABRAL, Antônio do Passo. “*Per un nuovo concetto di giurisdizione*”. Revista da Faculdade Mineira de Direito, 2015, Volume 18. Edição 35, p.107-116).

<sup>603</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 408-411.

<sup>604</sup> CABRAL, Antônio do Passo. A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil”, *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: JusPodium, 2014, vol. II., p. 113 -114.

<sup>605</sup> Assim, Antônio do Passo Cabral cita como exemplos de países que claramente fizeram a opção pelo *managerial judgement* (gerenciamento processual): Inglaterra, Estados Unidos e Portugal. CABRAL, Antônio do Passo. A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil”, *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: JusPodium, 2014, vol. II., p. 113 -114.

<sup>606</sup> CABRAL, Antônio do Passo. A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil”, *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: JusPodium, 2014, vol. II., p. 113 -114.

Por conseguinte, há latitude maior para a alteração dos atos processuais por vontade das partes, que pode incidir sobre qualquer evento do processo, dentro dos limites traçados pelo ordenamento.<sup>607</sup>

Por isso alude-se que quando se fala em contratos processuais pensa-se na derrogação de normas que tratam do desenvolvimento do processo judicial por meio da vontade das partes, ou de se impor determinada tramitação ao juiz da causa em atenção à vontade das partes.<sup>608</sup> E, nesse aspecto, há vários exemplos que podem ser invocados, evidenciando-se a subordinação do desenvolvimento do processo às vontades das partes.<sup>609</sup>

Exsurge, portanto - ante a ausência de uma cláusula geral que autorize ao juiz promover a adequação procedimental, mas, diante da presença de tal espécie normativa (artigo 190 do CPC) conferindo às partes o poder de adaptação do procedimento -, a indagação acerca de estarmos ou não, diante um código, cujo modelo tem por objetivo aumentar os poderes dos juízes ou, se o que se busca é promover uma divisão, mais em conformidade com a tendência de democratização dos poderes no processo.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero explicam que partindo-se da época da uniformidade procedimental, passou-se pela fase dos procedimentos jurisdicionais diferenciados,

---

<sup>607</sup> CABRAL, Antônio do Passo. A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil”, *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: JusPodium, 2014, vol. II., p. 113 -114.

<sup>608</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 408.

<sup>609</sup> Os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero citam vários exemplos dessas convenções processuais típicas, bem como, acabam por concluir que inclusive, foram ampliadas no CPC/2015, além de constar um a cláusula geral para esse fim: “Sem dúvida, o caso mais emblemático é o da *admissibilidade da cláusula de eleição de foro* (art. 63), que derroga as regras de competência territorial ou fixadas em razão do valor no direito brasileiro. Seguem na mesma linha as *convenções sobre a suspensão do processo* – que pode ocorrer, dentro de certos limites, por livre arbítrio das partes (art. 313, inciso II). Seguindo a mesma orientação, diz o art. 357, § 2.º que as partes, no saneamento do processo, podem apresentar ao magistrado, para homologação, *acordo sobre a delimitação das questões controvertidas*. Em sendo homologado, tanto as partes como o juiz ficam vinculados a essas questões. No campo da prova, sobressai como hipótese de acordo processual a possibilidade de as partes pactuarem a respeito do ônus da prova: a chamada *convenção sobre o ônus da prova* (art. 373, § 3.º). Outro exemplo claro desses acordos processuais pode ser encontrado no art. 471, que prevê que as partes podem de comum acordo, em sendo capazes e tratando-se de causa que admita autocomposição, realizar *acordo sobre a escolha o perito judicial*, caso em que a prova assim produzida terá a mesma eficácia que aquela realizada por perito escolhido pelo magistrado. O novo Código, porém, ampliou consideravelmente essas situações, autorizando as partes praticamente a dispor de todo procedimento previsto em lei. De fato, prevê o art. 190, que, sempre que a causa admitir autocomposição, podem as partes, desde que sejam capazes, estabelecer convenções sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 408).

chegando-se, às normas abertas e a disponibilização do procedimento (tanto para o juiz, quanto para as partes, dentro de certos limites), pois permitem a construção da ação e do procedimento adequados à tutela.<sup>610</sup> E conclui: “vê-se que o Código ampliou extraordinariamente os poderes de disposição das partes sobre os atos do processo. [...] uma radical alteração da feição do processo, o que certamente repercute na forma de agir e de decidir do magistrado.”<sup>611</sup>

Por isso já se fala em contratualização como técnica de gestão. Não obstante esse poder agora conferido às partes se contraponha aos poderes do juiz, sobretudo como limitador da gestão processual, mas “não deve ser interpretado, de forma alguma, como uma tendência de privatização da relação processual, mas representa simplesmente a aceitação de as partes [...], têm também interesse em influir na atividade-meio”, consoante leciona Greco.<sup>612</sup>

Não se pretende, reafirma-se, relacionar o fenômeno das convenções à privatização do processo, muito menos afirmar que o objetivo do legislador foi alijar o juiz totalmente da condução do processo, mas sim possibilitar que esses poderes judiciais (que foram objeto do estudo – discricionariedade judicial) sejam limitados, controlados e legitimados a partir de uma melhor divisão de trabalho.<sup>613</sup>

A resposta, portanto, para a indagação quanto ao que o sistema judicial precificou com a introdução de cláusula geral que aumentou os poderes gerais das partes quanto à disposição para a condução do processo enquanto que o juiz não fora munido de idêntico poder, parece saltar em direção ao Processo Legal Democrático, tema que vai nos conduzindo à reta final da pesquisa.

---

<sup>610</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 361.

<sup>611</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 409.

<sup>612</sup> GRECO, Leonardo. A contratualização do processo e os chamados negócios jurídicos processuais. Disponível em: <[https://www.academia.edu/32987262/NEG%C3%93CIOS\\_JUR%C3%8DDICOS\\_PRO\\_CESSUAIS\\_6.docx?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/32987262/NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PRO_CESSUAIS_6.docx?email_work_card=view-paper)>. Acesso em 20/02/2019.

<sup>613</sup> Para a uma visão crítica da “convencionalidade e a direção do processo” sugere-se a leitura: GRECO, Leonardo. A contratualização do processo e os chamados negócios jurídicos processuais. Disponível em: <[https://www.academia.edu/32987262/NEG%C3%93CIOS\\_JUR%C3%8DDICOS\\_PRO\\_CESSUAIS\\_6.docx?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/32987262/NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PRO_CESSUAIS_6.docx?email_work_card=view-paper)>. Acesso em 20/02/2019.

#### 5.2.2.4 A redemocratização do processo como técnica de legitimação das decisões: a condução procedimental compartilhada

Certamente que um processo hostil ao exercício da liberdade das partes não é ‘devido’, muito menos ‘democrático’. Nesse sentido, afirma Didier que não parece democrático o processo que se afasta da liberdade das partes, em suas palavras: “Afastar a liberdade do ambiente do processual tem ranço autoritário.”<sup>614</sup> O processo (dimensão ‘público’) e a liberdade (dimensão ‘privada’) podem conviver, até porque o autorregramento processual tem parâmetros próprios, bem distintos do direito privado.<sup>615</sup>

O modelo cooperativo de processo caracteriza-se, exatamente, por articular os papéis processuais das partes e do juiz, com o claro propósito de harmonizar a eterna tensão entre liberdade individual e exercício do poder pelo Estado. Portanto, não é processo que ignora a vontade das partes, muito menos em que o juiz é um mero espectador, entretanto, para Greco “esse modelo de gestão cooperativa está apenas se esboçando”.<sup>616</sup>

Reafirma-se, com isso, que o princípio da cooperação, tal como cunhado no artigo 6º do CPC 2015 é, também, uma clara demonstração de valorização da vontade das partes. Não por acaso, a doutrina costuma relacioná-los ao fenômeno da ‘contratualização’ do processo.<sup>617</sup>

Nesse ambiente de luta por poderes endoprocessuais, verificam-se três modelos básicos de Estado e de processo, ou de outra forma, conformação do processo à organização do Estado, quais sejam, o ‘processo civil liberal’ (privatista), o ‘social’ (publicista)<sup>618</sup> e o

<sup>614</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 119.

<sup>615</sup> Reafirma-se que este princípio (autorregramento das partes no processo) tem no processo roupagem dogmática distinta daquela que se apresenta no direito civil, ante a natureza pública do processo. DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 119.

<sup>616</sup> GRECO, Leonardo. A contratualização do processo e os chamados negócios jurídicos processuais. Disponível em: <[https://www.academia.edu/32987262/NEG%C3%93CIOS\\_JUR%C3%8DDICOS\\_PROCESSUAIS\\_6.docx?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/32987262/NEG%C3%93CIOS_JUR%C3%8DDICOS_PROCESSUAIS_6.docx?email_work_card=view-paper)>. Acesso em 20/02/2019.

<sup>617</sup> CADIET, Loïc, p. 45 *apud* ANDRADE, Érico. As Novas Perspectivas do Gerenciamento e da "Contratualização" do Processo. Revista de Processo. São Paulo, a. 36, n.193, mar. 2011, p. 182.

<sup>618</sup> Esta tensão entre o público e o privado, em outras palavras entre o protagonismo do juiz ou a liberdade das partes no processo é antiga e não se resume ao direito brasileiro, pois: “[...] Público e privado constituem componentes intrínsecos de todo o processo civil”. (PISANI, Andrea Proto. Público e privado no processo civil na Itália. Revista da EMERJ, v. 4, n. 16, p 23-42, 2001, p. 42). Na doutrina estrangeira, o debate fora aprofundado em: Quanto a corrente do garantismo processual, consultar a coletânea AROCA, Juan M. (org.). Processo civil e ideología. Valencia: *Tirantlo Blanch*, 2006. CAVERO, Hugo. “El garantismo del profesor James Goldschmidt: vigencia de un pensamiento viejo y bueno, o vigencia del pensamiento de un viejo bueno”. *Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima: Communitas*, 2009, n. 14, p. 18-20.

‘democrático’. Cada um deles imprime uma distinta dimensão de ‘divisão de trabalho’ entre o juiz e as partes, características que são próprias da organização estabelecida a partir das articulações entre Estado e a sociedade civil.

No caso específico do Estado Democrático de Direito alguns temas específicos assumem especial relevância, como é o caso da tríade “liberdade, autonomia e democracia”, que pauta o caráter de cooriginariedade estabelecido entre as autonomias privada e pública, na medida em que a autonomia pública é garantida por direitos de participação democráticos, que se assentam no respeito à autonomia privada.

O CPC de 2015, justamente em razão da postura democrática,<sup>619</sup> adota, ostensivamente, o modelo democrático - cooperativo,<sup>620</sup> no qual há reforço das posições jurídicas das partes a partir de uma nova concepção de democracia.<sup>621</sup> Assim, a ideia de democracia representativa é complementada pela de democracia deliberativa,<sup>622</sup> a qual, no campo do processo, é dimensionada com o efetivo “papel das partes na formação da decisão judicial”.<sup>623</sup>

Nas lições de Cabral, para quem, surge um peculiar espectro da cidadania, “o *status activus processualis*, que consubstancia o direito fundamental de participação ativa nos procedimentos estatais decisórios, ou seja, direito de influir na formação de normas jurídicas vinculativas.”<sup>624</sup> Inclua-se, aquelas concernentes ao próprio procedimento, embora o tema não seja pacífico, pois encontra resistência na ideia de que estaria ocorrendo uma privatização do processo.<sup>625</sup>

<sup>619</sup> FUZ, Luiz. Processo e Constituição. In: Fux, Luiz (coord.). Processo constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>620</sup> O modelo cooperativo de processo já foi tema da pesquisa no item 4.2.6.

<sup>621</sup> CABRAL, Antônio do Passo. “*Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito*”. *Rivista di Diritto Processuale*, LX, nº2, 2005, p. 459 ss. BONNA, Alexandre Pereira. Cooperação no processo civil – A paridade do juiz e o reforço das posições jurídicas das partes a partir de uma nova concepção de democracia e contraditório. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 85, p. 77, jan./mar. 2014.

<sup>622</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 333-334.

<sup>623</sup> “Deve-se a Habermas a concepção da *democracia deliberativa*, que eleva o *status* dos cidadãos, tornando-os titulares de direitos de participação nas decisões estatais”. (THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 109).

<sup>624</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 109.

<sup>625</sup> Parte da doutrina posicionou-se contrária ao negócio jurídico processual, sob o argumento de que afronta a segurança jurídica, o devido processo legal e a natureza pública do processo. Contudo, Leonardo Grego esclarece que a “aceitação dessa figura representa admitir que as partes, como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências

A ideia de processo democrático é plenamente defensável, pois na medida em que haja uma maior participação dos entes parciais na condução do processo (ambiente onde o Direito é recriado), permite-se que haja uma maximização da possibilidade de aceitação do conteúdo decisório.<sup>626</sup> Por outro lado, essa cooperação entre partes, também diminui os poderes do juiz.

Disso resulta que incumbe ao juiz envidar esforços para buscar, ao máximo, a gestão compartilhada do procedimento (corte democrático), sob pena de as partes, sentindo-se alijadas, tomarem para si a condução do processo ante a amplitude de poderes que lhes fora concedidos e investigados no item anterior da pesquisa.<sup>627</sup>

Nota-se, em razão do exposto, que várias consequências se assomam nessa gestão compartilhada do processo, sobretudo: *i*) necessidade de uma ‘recalibragem’ dos poderes do juiz, na exata proporção em que haja resistência das partes em promoverem a gestão compartilhada; *ii*) possibilidade de flexibilização de regras procedimentais, na medida em que as tradicionais se mostrarem inúteis a debelarem as crises de direito; *iii*) prospectar, a partir de um agir judicialmente estratégico, que o dirigismo (gerenciamento) deve ser implementado adequada e proporcionalmente às contingências do caso concreto e em cooperação com as partes; e *iv*) diminuição do gerenciamento (condução do processo pelo juiz) proporcionalmente ao implemento da vontade das partes, por acordo entre elas, (convenções processuais).

Reforça-se, com esses parâmetros, a ideia de processo como uma segunda instância de legitimação do Direito. A primeira instância ocorre com o processo legislativo onde são

---

em harmonia com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública”. (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, out.-dez. 2007, p. 7). Sobre o assunto: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Privatização do processo?”, *Temas de direito processual*, p. 7 e ss., Sétima Série; “O neoprivatismo no processo civil”, *Temas de direito processual*, p. 87 e ss., Nona Série.

<sup>626</sup> Na década de 70 de século passado, uma equipe interdisciplinar, trabalhando sob a direção de John Thibaut e Laurens Walker, montou um experimento psicológico que comprovou que num processo decisório, mesmo diante de decisões cujo resultado parecia injusto, a aceitabilidade das decisões é diretamente proporcional ao grau de participação dos por ela afetados. (THIBAUT, John; WALKER, Laurens. *Procedural Justice – A Psychological Analysis*. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 1975, p.150).

<sup>627</sup> “A expansão da autonomia privada no processo judicial estatal é uma tendência verificada recentemente em muitos sistemas processuais, mesmo os mais publicistas, como o francês e o italiano, e agora o brasileiro, como uma consequência do desmoronamento da crença na absoluta superioridade cognitiva e moral do Estado e dos seus agentes em relação aos particulares, do reconhecimento de um dever recíproco de diálogo e cooperação que propicia uma interação mais leal e fecunda entre os exercentes e os destinatários dos atos estatais, revigorando a legitimidade daqueles e a confiança destes e da sociedade como um todo nos seus resultados.” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, out.-dez. 2007, p. 7).

captadas a síntese da vontade dos cidadãos. Entretanto, vimos que esta técnica de legitimidade, viu-se abalada por um contexto de normas de textura abertas. Por isso já se fala que a legitimidade decorrente do processo legislativo é apenas relativa.<sup>628</sup> Assim, exsurge a necessidade de que o processo, para ser legítimo, também precisará ser democrático.

Não sendo mais possível antever, na própria norma, a regra do caso concreto, agora, o processo judicial deve, também, servir à legitimação (colheita de uma aceitação genérica da decisão) na medida em que as partes se sintam integrantes do processo de ‘criação’ da norma, como o são no momento de formação da norma no ambiente legislativo.<sup>629</sup>

Não é casuístico, inclusive, que o processo tenha incorporado algumas técnicas de participação direta do cidadão e intervenção de interessados, tal qual ocorre no processo legislativo, mediante audiências públicas<sup>630</sup> e *amicus curiae*.<sup>631</sup> Isso ocorre, justamente, a partir de uma ideia difusa, mas realística, de que muito do que os juízes estão produzindo no direito da atualidade, não discrepa daquilo que é feito pelo legislador (criação e recriação do direito), embora com as limitações próprias do ambiente processual, ou melhor, de acordo com as suas virtudes passivas.<sup>632</sup>

Nesse sentido, o processo passa a ser uma instância revisora da legitimidade das normas e, por isso, o procedimento deve “comportar-se de tal modo que a sua abertura para a vontade democrática dos cidadãos assuma ares institucionais, isto é, devem ser institucionalizados procedimentos que afastem a contingência de decisões arbitrárias.”<sup>633</sup>

---

<sup>628</sup> “O fato de ser norma porosa ou aberta, lhe confere um status de autoridade relativa, pois está aberta à comprovação fática de sua legitimidade, tributária de sua vinculação à processos democráticos. (MOREIRA, LUIZ. Fundamentação do Direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 146).

<sup>629</sup> MOREIRA, LUIZ. Fundamentação do Direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 139-144.

<sup>630</sup> “São técnicas processuais, portanto, voltada a permitir a maior participação possível no debate e na formação do consenso a respeito das controvérsias.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 405).

<sup>631</sup> “Por esse potencial de pluralização do debate processual, a propósito, é que o Novo Código tornou possível a intervenção de *amicus curiae* toda vez que a sua participação posso contribuir para uma melhor solução para a causa e eventualmente para a formação de precedente a respeito da matéria (art. 138).” (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 405).

<sup>632</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 90.

<sup>633</sup> MOREIRA, LUIZ. Fundamentação do Direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 146.

Acaba-se, assim, institucionalizando procedimentos justapostos aos ideários democráticos com a implementação de uma melhor divisão de tarefas endoprocessuais, notadamente, na condução do procedimento, de forma cooperativa ou compartilhada. O sistema de direito há que ser representado como um processo circular, que se fecha recursivamente, legitimando a si mesmo.<sup>634</sup>

É tratar não só o processo legislativo como um ambiente democrático, mas, também, o processo judicial.<sup>635</sup> É assim que Humberto Ávila assevera que se o poder estatal for exercido, *então* deve ser garantida a participação democrática.<sup>636</sup> Por isso, a cooperação irrompe ao centro desta teoria, seja como princípio (que impõe deveres a todos os atores processuais), seja como modelo (que redimensiona a divisão de tarefas no processo de forma democrática), criando, ambos, uma verdadeira comunidade de trabalho.<sup>637</sup>

Os juízes, segundo leciona Mauro Cappelletti, nessas novas paragens do Direito recriado no ambiente processual, “devem comandar convencendo, em vez de constrangendo.”<sup>638</sup>

Nesta etapa de legitimação pelo processo judicial, o procedimento deve comportar-se de tal modo que sua abertura para a vontade democrática dos cidadãos seja forma hábil a contenção da discricionariedade judicial.<sup>639</sup> Isto é, devem ser institucionalizados procedimentos que redimensionem os poderes de todos os partícipes, limitando os poderes

---

<sup>634</sup> MOREIRA, LUIZ. Fundamentação do Direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 139.

<sup>635</sup> Em conformidade com lição de Marinoni, et. al.: “Isso se torna possível quando se compreende que a democracia não se resume apenas a um processo de decisão marcado pela existência de eleições periódicas e pela regra da maioria. Um conceito adequado de democracia deve envolver não somente decisão, mas também discussão. A inclusão da discussão no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar o discurso tanto quanto possível como um instrumento para a produção de decisões públicas. Essa dimensão discursiva da democracia é exercida pela representação argumentativa, e é nela que se situam as bases da convivência política legítima.” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 373).

<sup>636</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 61.

<sup>637</sup> Reafirma-se que não se prescinde de outras formas de legitimação da decisão judicial, o que se promoveu neste estudo foi o corte metodológico necessário para limitar o objeto da pesquisa.

<sup>638</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 90.

<sup>639</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Constitucional, *in Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 7, 2009, p. 423-514.

judiciais, afastando a contingência de decisões arbitrárias, e por consequência, ‘relegitimando’ o Direito.<sup>640</sup>

Já com vistas para a última etapa da pesquisa, é possível cogitar por essas mesmas razões expostas, ainda, da necessidade de que o ato decisório seja reconduzível ao ordenamento jurídico e resulte do emprego de critérios racionais. Conforme já advertiu Gustavo Tepedino, “[...] o reconhecimento do papel criativo dos magistrados não importa em decisionismo, ou voluntarismo judiciário.”<sup>641</sup>

É justamente nesse ambiente de visão democrática que os subjetivismos devem ser deixados de lado para que sobreleve a vontade da maioria. Assim, exsurge como terceira instância de legitimidade da norma, a coerência a partir da instrução do sistema de precedentes. O objetivo, veja-se, é afastar os subjetivismos judiciais, com a diminuição das margens de liberdade do juiz e o incremento da segurança jurídica.

Demonstrando a proximidade do seu pensamento com os pós-positivistas, Benjamin Cardozo compreende que na utilização desse elemento criativo, isto é, na função de criador do Direito, o juiz deve fazê-lo em conformidade com a razão e a justiça, contudo, não em função do que compreende, por si próprio, de razão e justiça, mas de acordo com o que a sociedade compreende de razão e justiça.<sup>642</sup>

A lição de Benjamin Cardozo merece transcrição pois contemporiza quanto à discricionariedade e dados culturais enquanto limitadores dos poderes judiciais: “Meu dever de juiz talvez seja materializar no Direito não as minhas aspirações, convicções pessoais, mas as aspirações, convicções dos homens e das mulheres do meu tempo.”<sup>643</sup>

No mesmo sentido para Gustavo Tepedino que se valendo da clássica lição de Dworkin afirma: “torna-se imperioso fortalecer e difundir a teoria da argumentação,

---

<sup>640</sup> MOREIRA, LUIZ. Fundamentação do Direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 147.

<sup>641</sup> TEPEDINO, Gustavo. Velhos e Novos Mitos na Teoria da Interpretação. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 28, p. iii-v, out./dez. 2006, p. 4

<sup>642</sup> CARDOZO, Benjamin. A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira. Revisão técn. Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 63-64. Na mesma linha segue Cappelletti ao afirmar: “num modelo ideal a criatividade do juiz deveria se guiada não por valores e predileções pessoais do próprio juiz, mas pelos juízos de valor da sociedade da qual é funcionário” (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 26).

<sup>643</sup> CARDOZO, Benjamin. A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira. Revisão técn. Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 63-64.

associada à interpretação unitária do ordenamento, não só à valoração individual de cada juiz, a fim de legitimar o discurso jurídico e a decisão judicial.”<sup>644</sup>

Nesse tempo em que foi revelado a abertura dos textos legislativos, inclusive os processuais, a formulação da norma, desse modo, constituiria a ligação entre passado (caso decidido) e futuro (caso a ser decidido), vivendo exatamente nessa ponte, pois uma vez aplicada, a norma não ficaria adstrita ao passado, mas se projeta ao futuro (como precedente), voltando a ser texto para aplicações sucessivas ante a necessidade de se manter a coerência e igualdade.<sup>645</sup>

A transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo-normativo da atividade jurisdicional, segundo Didier, fez com que a função jurisdicional passasse a ser encarada como essencial ao desenvolvimento do direito, “[...] seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada as casos semelhantes.”<sup>646</sup>

O processo, assim, serve como *intermedium* entre a norma abstrata (lei), norma concreta (decisão) e norma ‘novamente’ abstrata (precedente), havendo uma relação circular entre direito material e processo.<sup>647</sup> Percebe-se, então, que a criatividade judicial revela-se em duas dimensões: *i*) criadora da regra jurídica do caso concreto, extraível da conclusão da decisão; e *ii*) criadora da regra jurídica que serve como modelo normativo para a solução dos

<sup>644</sup> TEPEDINO, Gustavo. Velhos e Novos Mitos na Teoria da Interpretação. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 28, p. iii-v, out./dez. 2006, p. 4

<sup>645</sup> Didier deixa claro quanto ao processo como ambiente para a “criação do Direito”: “o processo jurisdicional civil é um meio de produção de normas jurídicas – é meio de exercício do poder normativo. Pelo processo, o órgão jurisdicional produz a norma jurídica individualizada, que regula o caso concreto que lhe foi submetido, e uma norma jurídica geral, construída a partir do caso concreto, que serve como modelo para a solução de casos futuros semelhantes. Assim, o processo jurisdicional é um produtor de ato normativo, o qual pode, como qualquer ato normativo, servir de base da confiança a ser protegida”. (DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 141).

<sup>646</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 41.

<sup>647</sup> A “teoria circular dos planos” é tema de dicção de Francesco Carnelutti: “*Tra diritto e processo esiste um rapporto logico circolare: il processo serve al diritto, ma affinché serva al diritto deve essevere servito dal diritto*”. Tradução livre: Entre o direito e o processo existe uma relação lógica circular: o processo serve o direito, mas para que ele sirva ao direito, deve ser servido por ela”. (Apud ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro, op. cit., p. 208). O tema ganha intensidade para a obra de Hermes Zaneti Júnior na medida em que reconhece no direito da atualidade uma zona de porosidade decorrente dos textos normativo abertos (direito discutido no processo é sempre problemático) e, a partir dessa realidade, é no ambiente do processo que se recria a norma. Daí a afirmação que o processo (instrumento) nunca devolve ao Direito o mesmo que recebeu dele, posto que algo diferente (recriado) que vai ser usado também em casos futuros. ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro, op. cit., p. 203-260.

casos futuros semelhantes àqueles dos que se extrairá da fundamentação da decisão (*holding*).<sup>648</sup>

Por este ângulo, o processo é visto como um modo de produção da norma jurídica, não apenas a norma do caso concreto como se costumava pensar, mas também, norma jurídica geral, segundo Didier “construída a partir do exame de um caso concreto, que serve como padrão decisório para a solução de casos futuros e semelhantes. O estudo do processo deve sempre levar em conta que são dois produtos normativos[...].”<sup>649</sup>

A propósito, é relevante, para conclusão deste tópico e introdução do próximo, que se retome o que fora discorrido anteriormente a fim de justificar os diversos sentidos adotados para as dimensões da cooperação até aqui expostos, a saber: *i*) Sentido negativo-objetivo, haja vista a estrutura jurídica ser criada a partir da ideia de que de todos os atores, na medida em que participam na construção da norma, não só para regular o caso concreto, mas também os casos futuros, por isso o legislador pode impor uma pauta limitadora de direitos, inclusive no sentido de que as partes devem atuar, no processo, com espírito de boa-fé (eticidade processual) para além de outras pautas de condutas processuais;<sup>650</sup> *ii*) Sentido positivo-subjetivo, pois advém da ideia de autorregramento (autonomia privada), que impõe limites aos poderes do juiz, pois as partes podem criar regramento (normas) que limitam a atuação do juiz, inclusive, no processo; *iii*) e por último e que interessa à conclusão colaboração/cooperação a partir do sistema de precedentes, pois, já afirmaram Marinoni, Arenhart e Mitidiero, o precedente judicial “em um sistema que conta com a legislação, consubstancia-se no símbolo maior da ‘colaboração entre o legislativo e o judiciário’, para a promoção do império do Direito.”<sup>651</sup>

---

<sup>648</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 161.

<sup>649</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 161.

<sup>650</sup> “*la efectividad de la tutela judicial impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes, o dicho en otros términos, la mala fé procesal puede poner en peligro el otorgamiento de una efectiva tutela judicial*” [...]. Em tradução livre: a eficácia da proteção judicial impõe a rejeição da ação maliciosa ou imprudente das partes, ou seja, a má fé do processo pode pôr em perigo a concessão de uma proteção judicial efetiva. (JUNOY, Joan Pico I. “*El debido proceso leal*”. Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima: Palestra, 2006, v. 9, p. 345).

<sup>651</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 105.

Nesse último sentido, os autores explicitam que “o legislador oferece textos ao juiz, que reconhece os seus significados possíveis, os valora argumentativamente e escolhe um desses significados para adscrever ao texto e reconstruir a norma.”<sup>652</sup>

A segurança jurídica exige, portanto, uma divisão do trabalho entre o legislador e os tribunais: estes últimos usam a interpretação para apontar o significado da lei, sobremaneira em textos legais abertos. O legislador não pode prever com antecedência ou regular de forma aceitável todos os casos que possam ocorrer no futuro e por isso utiliza-se dessa técnica. As avaliações a serem feitas na prática jurídica, entre outras coisas sobre a questão de saber se uma decisão de um determinado tipo é justa, são mais fáceis de serem feitas em casos concretos, não abstratos, segundo precisas lições de Peczenik.<sup>653</sup>

A incidência de normas de textura aberta reforça a função interpretativa do juiz no momento de proferir a decisão no caso concreto, deixando exposta a dimensão integrativa do direito e “pondo em relevo o papel do precedente, da jurisprudência, que confere a resposta da atividade jurisdicional a cada um, e a todos os casos que são postos para apreciação dos Tribunais, desde que resguardas situações jurídicas similares”, de acordo com precisa lição de Alberto Grosson.<sup>654</sup>

Em decorrência da ‘indeterminação congênita’ dos termos abertos, sua concretização será feita por força das decisões, a partir de caso específico, colhido nos conflitos sociais, tendo como bússola o texto da norma, mas como fim no interesse público, sempre retido à cada fase cultural vivida.<sup>655</sup>

---

<sup>652</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 105.

<sup>653</sup>No original: Legal certainty thus demands a division of labour between the legislator and the courts: The latter have to use interpretation to correct the meaning of the law. In this context, one can repeat the points made in Section 1.4.1 supra. The legislator cannot predict in advance or acceptably regulate all cases that can occur in future practice. The evaluations to be done in legal practice, among other things concerning the question whether a decision of a given kind is just, are easier to make in concrete cases, not in abstracto. PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Spring. Ebook: ISBN 978-1-4020-8729-5, 1989, p.195).

<sup>654</sup>JORGE JUNIOR, Alberto Grosson. Cláusulas gerais no novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004; p. 43.

<sup>655</sup>Nas lições de Peczenik: A evolução histórica do método de raciocínio jurídico o adaptou ao objetivo de pesar e equilibrar a redação da lei e demandas morais. O juiz tem uma experiência prática muito maior na aplicação desse método em casos concretos do que qualquer agência legislativa pode ter. No original: Historical evolution of the method of legal reasoning has adapted it to the purpose of weighing and balancing of the wording of the law and moral demands. The judge has a far greater practical experience in applying this method to concrete cases than any legislative agency can have. PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Spring. Ebook: ISBN 978-1-4020-8729-5, 1989, p.195).

Ou seja, não se tolera mais a possibilidade de os órgãos jurisdicionais, diante de situações concretas similares, conferirem resultados desiguais. A divergência jurisprudencial afronta o princípio da isonomia e segurança jurídica.

É preciso que casos iguais tenham respostas idênticas. Nesse sentido, quando eventual solução for considerada mais apropriada na concretização de um texto normativo aberto, os casos que envolvam tal assunto devem seguir a mesma linha de conclusão.

A regulação das condutas, neste plano circular (norma abstrata), norma concreta (reconstruída no ambiente do processo) e de volta a sociedade na forma de norma abstrata (precedente) é que nos autoriza a dizer que o ambiente do processo, constringe à cooperação em todas as dimensões reveladas neste tópico.

A reconstrução da norma a partir da coerência, pensada na perspectiva do sistema de precedentes (cooperação entre o legislador e o julgador), diminui as margens de liberdade interpretativa/operativa (discricionariedade), aumenta a possibilidade de aceitação genérica do comando (legitimidade), bem como garante a segurança jurídica (estabilidade) e, via de consequência, a liberdade do cidadão.

Desta feita, ainda que não seja objeto deste trabalho tratar das teorias dos precedentes em suas mais variadas facetas, a análise das decisões judiciais prolatadas por diferentes juízes e/ou Tribunais, acerca do ‘conceito jurídico indeterminado’ a ser aplicado dentro do sistema de coerência dos precedentes, torna-se um importante guia para escolha das soluções, por consequência, é um meio eficaz de diminuir a discricionariedade judicial.

Dito isso, nos próximos passos, apenas se fará uma breve abordagem desse tema (precedentes), em corte metodológico, para justificar a coerência como forma de legitimação substancial do comando judicial baseado em norma de textura aberta e como serve à contenção da discricionariedade judicial.

### 5.2.3 A coerência do direito como instrumental de legitimidade (substancial) das decisões judiciais, contenção da discricionariedade judicial e segurança jurídica material<sup>656</sup>: terceira instâncias de legitimação das decisões judiciais

É possível defender que a nova feição da atividade jurisdicional redesenhou o Direito Processual, posto que: *i*) Se reconheceu a força normativa da Constituição (que passa a ser o principal veículo normativo do sistema jurídico; *ii*) Consagrou-se as normas com textos abertos, que possam comportar adequação às mudanças sociais e integração ao texto constitucional; *iii*) Desenvolveu-se a teoria dos princípios, de modo a reconhecer-lhes eficácia normativa; e *iv*) Transformou-se a hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional (discricionariedade em sentido fraco).<sup>657</sup>

Resta, doravante, unir todos estes movimentos (que se reconheceu como causas para o aumento da discricionariedade judicial), demonstrando como estão relacionados e de que forma será possível controlar e legitimar, substancialmente, as decisões judiciais desta nova realidade traçada sob o paradigma processual da fase Neoprocessualista.

Ou seja, nesta fase, pretende-se aproximar o processo de resultados que sejam substancialmente justos, ou que legitimem a decisão substancialmente ou ainda, que dependem do resultado para fins de sua legitimação.<sup>658</sup> No entanto, cumpre resgatar algumas ideias para fins de correlacioná-las, bem como servir de breve introdução à conclusão.

---

<sup>656</sup> O referencial teórico da distinção entre segurança jurídica formal e material fora baseado na obra de Samuel Meira Brasil Jr. (BRASIL Jr, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo*. São Paulo: Editora Atlas, 2007). Outrossim, inventariou-se, também a principal obra citada por referido autor (PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Spring. Ebook: ISBN 978-1-4020-8729-5, 1989). Assim, por segurança jurídica formal entende-se aquelas advindas das formas e que se cumpriu com a incorporação do sistema das codificações bem como pela sistematização de ritos procedimentais. Em contrapartida, PECZENIK desenvolve a ideia de uma segurança jurídica que, para além das formas, vai buscar outros critérios de justiça e aponta, também, embora não unicamente, para a previsibilidade jurídica, daí a pertinência do tema objeto dessa pesquisa, uma vez que o estudo tem por ponto central a abertura dos textos legais (formas) e opera no sentido de buscar critérios para a contenção das margens de liberdade decorrentes dessa realidade jurídica.

<sup>657</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 50.

<sup>658</sup> John Rawls tratando dessas diferenciações entre justiça processual e justiça material deixa claro: “*I take de distinction between procedural and substantive justice to be, respectively, the distinction between the justice (or fairness) of a procedure and the justice (or fairness) of its outcome.*” Tradução livre do original: Considero que a distinção entre justiça processual e substantiva é, respectivamente, a distinção entre a justiça (ou justiça) de um procedimento e a justiça (ou justiça) de seu resultado. (RAWLS, John. *Political Liberalism: Reply to Habermas*, *The Journal of Philosophy*, vol. 92, n.º 3 (mar., 1995), p. 170).

Nos capítulos anteriores ressaltou-se que a situação particular que inspirou mudança paradigmática no sistema do direito decorreu, dentro de um determinado contexto histórico (*Welfare State*), que impulsionou a técnica legislativa das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Por consequência, justamente, da passagem do Estado Legislativo, liberal (no qual não se concebia a técnica das cláusulas gerais), para o Estado Neoconstitucional,<sup>659</sup> é que se percebe três grandes mudanças (objeto desta pesquisa), as quais estão imbricadas, posicionando-se, a primeira, no terreno técnica legislativa; a segunda no campo das fontes jurídicas; e a terceira, na necessidade de compreensão da natureza da interpretação jurídica.

Passa-se de uma legislação redigida de forma casuística para uma legislação em que se misturam as técnicas casuística e aberta. No Estado Neoconstitucional, o legislador redige as suas proposições, ora prevendo exatamente os casos que quer disciplinar, particularizando ao máximo os termos, as condutas e as consequências legais (técnica casuística), ora empregando termos indeterminados, com ou sem previsão de consequências jurídicas na própria proposição (técnica aberta).

Na segunda categoria, estão os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais. Os primeiros, como espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e consequências jurídicas legalmente previstas; as segundas, como espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e não há previsão de consequências jurídicas na própria proposição legal.<sup>660</sup>

Por sua vez, quanto às fontes do direito, no Estado Legislativo pressupunha-se que toda norma era sinônimo de regra. Os princípios eram compreendidos como fundamentos para normas, mas, jamais como normas. No Estado Neoconstitucional, a teoria das normas articula-se em três grandes espécies, subdivididas em regras, princípios e postulados.

As regras e os princípios vinculam os seus destinatários, mas cada um com objetivos distintos (regras regulam condutas e princípios estimulam fins a serem alcançados). Ao lado dos princípios e das regras, teoriza-se, igualmente, a partir de normas que visam disciplinar

---

<sup>659</sup> Sobre a passagem do Estado Legislativo (*Stato di Diritto – Rechtsstaat*) para o Estado Constitucional (*Stato Costituzionale – Verfassungsstaat*), GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il Diritto Mite – Legge, Diritti, Giustizia, El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2003, p. 20 -56; sobre a ideologia da sociedade, da unidade legislativa e da interpretação jurídica subjacente ao Estado Legislativo. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 276 -286.

<sup>660</sup> GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di Teoria del Diritto e dello Stato*, Torino: Giappichelli, 2006, p. 101. Amplamente. MARTINS -COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit, p. 273 -348.

a aplicação de outras normas, estão os postulados normativos, dentre eles, o da proporcionalidade.<sup>661</sup>

Justamente em razão dessa mudança qualitativa, na fase do Neoconstitucionalismo convive-se com uma pluralidade de fontes. A forma ‘Código’ perde o seu caráter de plenitude, próprio do Estado Legislativo, embora desempenhe função de centralidade infraconstitucional, enquanto a Constituição ocupa o centro do sistema jurídico.<sup>662</sup>

Sobejam estatutos, legislações especiais e instrumentos infralegais que concorrem para a disciplina da vida social.<sup>663</sup> Em razão disso, fala-se em princípio da legalidade em sentido amplo (juridicidade) em substituição ao da legalidade *stricto sensu*, pois abarca a ideia da totalidade do sistema jurídico ordenada a partir da Constituição.<sup>664</sup>

O ordenamento jurídico adquire feição complexa no campo das fontes e, a mudança qualitativa vem atrelada à mudança quantitativa, mas sem desapegar dos lindes traçados pela Constituição.<sup>665</sup>

Não se pode exigir do legislador a estruturação de tantos procedimentos especiais quantas sejam as situações carentes de tutela, pois jamais seria possível criar procedimentos ou técnicas processuais que se ajustassem perfeitamente às variadas situações de direito material, pois essas, ainda que possam ser visualizadas em abstrato, sempre estão na dependência das circunstâncias do caso concreto.

Assume-se, também, a separação entre texto e norma, tal que o legislador outorga textos e não normas. As normas são fruto do sentido extraído dos textos, por seus destinatários.

---

<sup>661</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33-34.

<sup>662</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera (org.). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997., p. 11-31; MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit, p. 169 -270.

<sup>663</sup> Sobre a decodificação e a recodificação (a partir do eixo constitucional), IRTI, Natalino. *L'Etat della Decodificazione e Codice Civile e Società. Politica*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

<sup>664</sup> “Há uma mutação, de princípio da mera legalidade se converte em princípio da constitucionalidade, da legalidade em sentido amplo. O princípio da legalidade converte-se no princípio da constitucionalidade (Canotilho), subordinando toda a atividade estatal e privada à força normativa da Constituição. Forma-se um “bloco de constitucionalidade” que condicionado o “bloco da legalidade”, atribuindo-se ao conceito de legalidade uma função mais ampla, não se limitando a uma norma mais específica, à lei em sentido estrito, mas a norma jurídica em sentido amplo. [...] A doutrina portuguesa denominou esta amplitude e mutação de princípio da juridicidade.” (ZANETI, Hermes Jr. Processo coletivo / coordenador, Hermes Zaneti Jr. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 32).

<sup>665</sup> GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle Fonti*,. Milano: Giuffrè, 1998.p. 163 -164.

É enorme, portanto, a diferença entre a interpretação jurídica efetivada no Estado Legislativo e a efetivada no Estado Neoconstitucional. No primeiro, acreditava-se na unidade entre texto e norma, de modo que o legislador outorgaria não só o texto, mas também a norma. À jurisdição incumbiria, tão somente, declarar a norma preexistente para solução do caso concreto.<sup>666</sup>

No âmbito da nova sistemática de interpretação jurídica, a atividade jurisdicional toma contornos de reconstrutora do sentido normativo das proposições jurídicas, ao que, ante as liberdades relativas concedidas ao intérprete, se denominou de discricionariedade judicial no sentido fraco, na medida em que está parametrizada por critérios de controle.

Levando-se em consideração a transformação do conceito de interpretação (do cognitivismo descritivo ao adscritivismo reconstrutivo), do conceito de norma (princípios, regras, e postulados), da incorporação e incremento da técnica legislativa aberta (conceitos indeterminados e cláusulas gerais), fica fácil perceber a razão pela qual a doutrina aponta um eloquente deslocamento a partir dessa verdadeira virada conceitual, da vocação daquele tempo para legislação e para ciência do direito “ (*vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*), à vocação do nosso tempo para jurisdição (*vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*)”<sup>667</sup> ou, com mais exatidão, para o processo.<sup>668</sup>

A percepção de que a norma é o resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é bastante solucionar os conflitos e, guiar o comportamento social, tendo em vista a indeterminação dos textos legais) deixou espaço para que se pensasse na “decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para promoção da unidade do direito”, segundo Marinoni Arenhart e Mitidiero.<sup>669</sup> Ou seja, chegou-se à conclusão de que as razões adotadas na justificação das decisões servem como elementos capazes de reduzir a indeterminação do discurso jurídico, podendo servir como concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos.

---

<sup>666</sup> GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di Teoria del Diritto e dello Stato*, Torino: Giappichelli, 2006, p. 101.

<sup>667</sup> SAVIGNY, *Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Apud PICARDI, Nicola. “*La Vocazione del Nostro Tempo per la Giurisdizione*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2004. O tema foi revisitado pelo autor na obra que serviu de coluna vertebral para a pesquisa. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.1-8.

<sup>668</sup> Sobre a passagem da jurisdição ao processo como polo metodológico do processo civil, DANIEL MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*, op. cit., p. 48 -50.

<sup>669</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil*, volume 3 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 120.

Daí que a questão essencial está em perceber a razão central pela qual o precedente ganhou autoridade no nosso direito. E a resposta é de fácil compreensão segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero “basta perceber que a interpretação do Direito não é simplesmente declaratória, descritiva de uma norma legal preexistente, sendo reconstrutiva (adscritiva) de sentidos que podem ser reconduzidos aos textos jurídicos.”<sup>670</sup>

É possível reconhecer que a técnica legislativa mais aberta, que constrange o juiz à criação da norma do caso concreto, também foi o motivo da aproximação do sistema jurídico pátrio aos modelos normativos jurisprudenciais, tudo com o objetivo de conferir certa estabilidade ao direito aplicado.<sup>671</sup> Assim, os autores referidos afirmam que “houve uma inevitável reação do sistema, em razão das técnicas das normas de textura aberta, com a introdução da autoridade dos precedentes judiciais.”<sup>672</sup>

Tornou-se, por isso, inexorável, o reconhecimento de que as razões extraíveis de determinadas decisões judiciais devem constituir-se em precedentes, na medida em que incrementam a ordem jurídica e, mantém a segurança jurídica e isonomia, servindo de base para os casos futuros, pois se a norma legislada deve respeitar e prescrever regras de caráter geral e impessoal a todos que se encontrem na mesma situação, o mesmo deve valer para a norma aplicada no sistema interpretativo (adscritivo de sentido).<sup>673</sup> Assim, haverá preservação da igualdade, criando-se previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, aumentando-se a segurança jurídica.

Reafirma-se a falta de pretensão de enveredar pelo profundo tema dos precedentes, mas, apenas correlacioná-lo ao objeto do estudo (discricionariedade judicial interpretativa),

---

<sup>670</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 104.

<sup>671</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé como modelo: uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale, in Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGdir/UFRGS, v, 2, n. 4, p. 347-379, jun. 2004 (edição especial – inserção internacional – 2000-2003).

<sup>672</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 102.

<sup>673</sup> “A percepção de que a norma é o resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a sua dupla indeterminação) abriu espaço para que se pensasse na *decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para promoção da unidade do direito*. Mais precisamente, chegou-se à conclusão de que em determinadas situações as razões adotadas na justificação das decisões servem como elementos capazes de *reduzir a indeterminação* do discurso jurídico, podendo servir como *concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos*.” MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 2 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 483.

bem como desnudar, em que medida é hábil à contenção dessas margens de liberdade interpretativa e operativa da condução do processo.

Por isso, a pertinência de se concluir que a necessidade de segurança jurídica pressiona a formação de um sistema ordenado em suas manifestações, justamente para garantir a determinabilidade e a previsibilidade do direito, a estabilidade e a continuidade da legislação e da jurisprudência.

Ora, se os Tribunais interpretam a mesma disposição em casos similares de maneira distinta ou conferissem soluções variadas a problemas semelhantes, violam a isonomia e quebram a confiança dos cidadãos no que concerne à resolução dos conflitos, o que infringe a segurança jurídica.

Na aplicação das normas de textura aberta há uma necessidade de respeito ao seguimento de uma jurisprudência firmada para que haja pauta de conduta para todos os jurisdicionados (previsibilidade). É necessário que, uma vez formada uma regra (precedente), haja um movimento dos tribunais e juízes no sentido de segui-la com respeito ao que foi decidido jurisprudencialmente.

A relação entre os conceitos indeterminados e o precedente judicial é bastante íntima, é o que se conclui. Essas normas de textura aberta reforçam o papel da jurisprudência na criação de normas gerais, no entanto, a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula aberta, sem esgotar suas possibilidades, funcionando como “elemento de conexão, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados.”<sup>674</sup>

O processo civil passou a responder, não só pela necessidade de resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes,<sup>675</sup> mas também pela promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes.

No marco do Estado Constitucional pós-guerra, o processo civil tem por função tutelar direitos mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto,<sup>676</sup> formando precedentes, a fim de promover a unidade do direito para a sociedade em geral.<sup>677</sup>

---

<sup>674</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 5-7.

<sup>675</sup> TARUFFO, Michele. “*Idee per una Teoria della Giusta Decisione*”, *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002., p. 219 -234.

<sup>676</sup> Apontando a tutela dos direitos a partir do caso concreto: DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile – Lezioni Introdotte*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 115 -117; PROTO PISANI, Andréa. *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene, 1994, p. 5 -6; MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Ed. RT, 2004; 2. ed., 2008., p. 180.

<sup>677</sup> Amplamente, LUIZ GUILHERME MARINONI, Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Ed. RT, 2010.

Para Didier, com a alteração da técnica legislativa, “o legislador contemporâneo tem-se valido das cláusulas gerais, deixando o sistema normativo mais aberto e transferindo expressamente ao órgão jurisdicional a tarefa de completar a criação do caso concreto”. Com isso, o autor reconhece a natureza criativa da função jurisdicional.<sup>678</sup> Afirma-se, assim, que, na verdade, mais se assemelha a uma atividade de reconstrução, pois recria-se a norma do caso concreto, e não raras vezes, recria-se a própria regra abstrata que deve regular os casos futuros.

A criatividade jurisdicional,<sup>679</sup> nas exatas lições de Didier, revela-se em duas dimensões: “cria-se a regra jurídica do caso concreto (extraível da conclusão da decisão) e a regra jurídica que servirá como modelo normativo para a solução de casos futuros semelhantes àquele (que se extrai da fundamentação da decisão)”.<sup>680</sup>

O juiz deve exercer, assim, sua discricionariedade e escolher entre as várias possibilidades de maneira razoável. Segundo Aharon Barak a razoabilidade requer o exame de fatores ‘culturais’, um dos quais, a saber, o sistema normativo geral (lei) e padrões culturais, inclusive e sobretudo o sistema de precedentes onde existirem esses sistemas.<sup>681</sup>

Por isso, já se pode falar em critério substancial de aceitação genérica desses comandos judiciais que observam o sistema de precedentes, pois de acordo com Aharon Barak o critério substancial de legitimidade (correção) é o da razoabilidade.

Veja-se, entretanto, que o padrão de razoabilidade a que está se referindo o autor é daqueles do processo interpretativo, pois entende que a interpretação da norma deve ocorrer dentro de padrões razoáveis de interpretação do próprio sistema seja de lei, seja de precedentes. O padrão que dirige a discricionariedade judicial, em sua forma limitada, é o da

---

<sup>678</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 39-50.

<sup>679</sup> “Já se disse que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. O juiz da nossa tradição não tem mais a mera função de declarar a vontade da lei, cabendo-lhe conformar a lei aos direitos contidos na Constituição[...] O juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe daquele concebido para unicamente aplicar a lei. [...] não se exige muita imaginação para perceber que cláusulas como a da boa-fé dão ao juiz de *civil law* grande porção de poder equitativo indefinido, deixando-lhe quase que sem responsabilidade diante da formulação legislativa” (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 103).

<sup>680</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 157.

<sup>681</sup> No original: “Reasonability requires the examination of 'cultural' factors, one of which, namely, the general normative system (law) and cultural standards, including and above all the precedent system where these systems exist.” (BARAK, Aharon. *Yadin Kaufmann*, Yale University Press, New Haven; London, 1989, p. 266. JSTOR, <[www.jstor.org/stable/j.ctt211qxt8.6](http://www.jstor.org/stable/j.ctt211qxt8.6)>). Acesso em 9/05/2020.

razoabilidade dos dados (padrões culturais) fornecidos pela lei ou pelos próprios precedentes.<sup>682</sup>

Daí a conclusão do autor que quando o juiz exerce sua discricionariedade e decide o caso diante dele, o significado de sua decisão não termina aí. A propósito de sua adjudicação, ele estabelece uma norma geral, que deve ser integrada ao sistema normativo geral. Deve ser, desta forma, consistente com o sistema institucional em cuja estrutura a decisão foi proferida. Em suma, a discricionariedade judicial deve se encaixar na estrutura geral dos sistemas institucionais-governamentais. O juiz que exerce o poder discricionários, está constricto, substancialmente (razoabilidade) pelo sistema a que pertence.<sup>683</sup>

De modo diverso, mas com o mesmo objetivo, Dworkin utilizou a metáfora do romance em cadeia para explicitar que o juiz não é um escritor insólito do direito, mas sim está limitado ao que já foi escrito por quem lhe antecedeu, ou seja, dentro do período em que vive e demais dados culturais que irão influir, no sentido de limitar a decisão judicial.<sup>684</sup>

Percebe-se, assim, a necessidade de se manter a coerência para garantir a liberdade (na dimensão da igualdade), pois que não inexistente coerência em um direito que se expressa mediante decisões que tratam de casos iguais de forma desigual.<sup>685</sup> Note-se que isso é extremamente grave quando se tem consciência de que o direito conta com a colaboração do Judiciário para ser produzido e, que o Estado de Direito depende de um direito coerente. No

---

<sup>682</sup> “*The standard that directs judicial discretion, in its limited form, is that of reasonableness. The judge must exercise his discretion and choose among the various possibilities in a reasonable manner. Reasonableness requires the examination of “environmental” factors, one of which, namely, the overall normative system (law). Reasonability requires the examination of “environmental” factors, one of which, namely, the general normative system (law) and cultural standards, including and above all the precedent system where these systems exist.*” (BARAK, Aharon. *The Formal Sources of Judicial Discretion. Judicial Discretion. Yadin Kaufmann, Yale University Press, New Haven; London, 1989, p. 152. JSTOR, <www.jstor.org/stable/j.ctt211qxt8.6>*). Acesso em 9/05/2020.

<sup>683</sup> No original: “*The judge exercises his discretion and decides in the case before him, but the significance of his decision does not end there. Incidentally to his adjudication, he establishes a general norm, which must be integrated into the overall normative system. It must be consistent with the institutional system within whose framework the decision was rendered. Yet beyond this, the judicial discretion must fit into the general structure of the institutional-governmental systems. The judge who exercises discretion does so as part of the judicial branch.*” (BARAK, Aharon. *Yadin Kaufmann, Yale University Press, New Haven; London, 1989, p. 261. JSTOR, <www.jstor.org/stable/j.ctt211qxt8.6>*). Acesso em 9/05/2020.

<sup>684</sup> Para Dworkin os juízes são como romancistas, portanto, não devem se subordinar aos subjetivismos, mas decidir como uma obra continuada. Deve ser um romance único, integrado, e não uma série de contos. O Direito, assim, é uma narrativa histórica. A atividade não é totalmente livre nem totalmente limitada. Devem ser analisadas questões como: personagens, trama, gênero, tema e objetivo. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 237-239.

<sup>685</sup> Tomando a segurança jurídica como um valor (“*value*”), NEIL MACCORMICK igualmente observa a sua fundamentalidade para o Estado de Direito (“*Rule of Law*”), coração do Estado Constitucional, pois diz com a segurança do cidadão diante de arbitrariedades estatais (“*safety of the citizen from arbitrary interference by governments and their agents*”) como condições para que os cidadãos possam se auto determinar e viver em circunstâncias de mútua confiança (“*mutual trust*”). MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*, New York: Oxford University Press, 2005, p. 16.

Estado moderno a fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz para outro e de uma corte para outra.<sup>686</sup>

Pois bem, a partir dessa viragem, pode-se observar a aproximação entre os sistemas de *Civil Law* e de *Common Law*,<sup>687</sup> direcionando para a necessidade do sistema *Statutory Law*<sup>688</sup> conter a possibilidade de arbítrio judicial (na medida em que é justamente a deturpação das margens de liberdade objeto deste estudo) e dar segurança jurídica aos seus jurisdicionados.<sup>689</sup>

O novo Código de Processo Civil põe em relevo o papel dos precedentes e da jurisprudência ao estabelecer, no Art. 926, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. É possível afirmar que o dever de obediência aos precedentes faz um corte transversal no diploma processual, inundando todos os institutos do Código, como um todo. A Lei 13.105 de 2015 positivou, infraconstitucionalmente, os precedentes judiciais como fonte obrigatória do direito, passando o processo a ser não apenas ambiente de construção da decisão no caso concreto (norma individual), mas também de construção da regra geral (precedente) que deve ser observada para se garantir a segurança jurídica e a isonomia.

No rastro dessa evolução, o direito passa a ser encarado como um sistema aberto sintaticamente (quanto aos textos) mas, fechado operativamente, uma vez que funciona a partir da busca de coerência sistêmica.<sup>690</sup>

---

<sup>686</sup> Coerência legal, em conjunto com a uniformidade da decisão, é realmente um valor reconhecido em todos os lugares, servido pelo respeito à força do argumento a partir do precedente e função principal das cortes, em seu papel interpretativo, atingir. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*, New York: Oxford University Press, 2005, p. 16.

<sup>687</sup> “O incremento do poder judicial exige, em nosso sistema, realce à autoridade dos precedentes judiciais [...]” (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 104).

<sup>688</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.1.

<sup>689</sup> “Se, em uma perspectiva geral, o *significado do direito* depende de uma outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica, então a *interpretação judicial do Direito* seja no nível ordinário (dos juízes de primeiro grau, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais com a *formação da jurisprudência* – fonte permanente de colaboração para a formação de precedentes pelos órgãos responsáveis), seja no nível extraordinário (das Cortes Supremas, isto é, do STF e do STJ com a *formação de precedentes*) conta como elemento de decisiva importância para concretização da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade de todos perante o direito. Daí a razão pela qual os precedentes das Cortes Supremas constituem evidente enriquecimento do direito vigente e servem para lhe outorgar unidade – seja retrospectiva, resolvendo problemas interpretativos, seja prospectiva, desenvolvendo -o para atender às novas necessidades sociais. Vale dizer: valem como direito positivo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 455).

<sup>690</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 50.

Isso torna o Direito mais previsível, e como tal, hábil a manter a segurança jurídica e a legitimidade das decisões.<sup>691</sup> Havendo maior coincidência entre o resultado esperado e a atuação estatal, diminuindo-se o dissenso, a resistência ao comando, gerando, por consequência, maior grau de legitimidade.<sup>692</sup>

Com efeito, há que se afastar a ideia do princípio da segurança jurídica meramente formal, cujo cerne está baseado nas garantias advindas da forma/formalidades/formalismo,<sup>693</sup> aproximando-se, outrossim, da dimensão material da segurança jurídica<sup>694</sup> em que se insere a concepção de que as decisões jurídicas devam ser, simultaneamente, previsíveis e moralmente aceitáveis.<sup>695</sup>

Nas palavras de Peczenik segurança jurídica material “presta atenção ao fato de que a previsibilidade é um dos muitos valores morais. Assim, interpreto ‘segurança jurídica’ no sentido material, como o compromisso ideal entre a previsibilidade das leis decisões e sua aceitabilidade em vista de outras considerações morais.”<sup>696</sup>

Por essa razão o autor em referência vai concluir que a previsibilidade é uma das condições fundamentais para o desenvolvimento das atividades humanas. Se as decisões

---

<sup>691</sup> Aqui o tema foi discutido no tópico – “O problema do processo como ambiente de recriação do Direito”. Item 5.1.

<sup>692</sup> A legitimidade, reafirma-se, na perspectiva estudada é entendida como a “aceitação genérica e o reconhecimento pelo público da autoridade de um regime de governo, pelo qual a autoridade tem poder político por meio de consentimento e compreensão mútua, não pela coerção”. Por assim, a legitimidade racional-legal deriva de um sistema de procedimento institucional, no qual as instituições governamentais estabelecem e aplicam a lei e a ordem no interesse público. (WEBER, Max. *Economia y sociedad*. 2. ed. Traduzido por José Medina Echavarría et alii, México: Fondo de Cultura Económica, 11. Reimpressão, 1997).

<sup>693</sup> Em determinadas situações, a invocação da segurança jurídica formal simplesmente acarreta um formalismo injustificado, com preponderância de uma regra processual, quando evidente o direito material. Ou seja, o direito processual acaba por ser um obstáculo ao direito material. “A relativização do binômio direito-processo permite verificar as situações em que há necessidade de sacrificar a certeza em favor da eficácia.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 163).

<sup>694</sup> Segundo Samuel Meira Brasil Jr, Peczenik fornece excelente exemplo para evidenciar a insuficiência da segurança jurídica fundada apenas no caráter meramente formal da norma jurídica: “se fosse mantida a previsibilidade meramente formal da norma jurídica, um judeu teria ‘certeza’ ou a ‘segurança jurídica’ de que iria sofrer discriminação sob as lei do *Führer*. É obvio que esta não é a previsibilidade que a ordem jurídica tem por escopo. Muito ao contrário, parece evidente que, nessa hipótese, a ‘previsibilidade’ formal da discriminação deve ser afastada para prevalecer um conteúdo material de justiça.” (PECZENIK, Aleksander. *On law and reason. Dordrecht*. London: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 33. apud BRASIL Jr, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo*. São Paulo: Atlas, 2007, p.147-148).

<sup>695</sup> No original: “[...] *the legal decisions are simultaneously predictable and morally acceptable*”. (PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht. London: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 33. Apud BRASIL Jr, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo*. São Paulo: Atlas, 2007, p.147-148).

<sup>696</sup> No original: “The present terminology constitutes a further refinement. It pays attention to the fact that predictability is one of many moral values. I thus interpret “legal certainty” in the material sense, as the optimal compromise between predictability of legal decisions and their acceptability in view of other moral considerations.” (PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Spring. Ebook: ISBN 978-1-4020-8729-5, 1989, p.25).

judiciais são imprevisíveis, é impossível que os cidadãos façam previsões relacionadas à sua própria atividade futura. Por outro lado, a prevenção da arbitrariedade não é a única condição para segurança jurídica. O juiz deve tomar sua decisão de acordo com a lei em vigor e, ao mesmo tempo, levar em consideração os valores que são geralmente aceitos na sociedade. Assim, o conceito de segurança jurídica envolve dois elementos, leis e valores centrais ou, para usar a linguagem cotidiana, a lei e moralidade. O conceito de segurança jurídica vincula essa conexão com certos fenômenos elementares e fundamentais na sociedade. A "aliança" entre a lei e a moralidade, portanto, têm raízes profundas na cultura jurídica. Por esse motivo, a análise de o pano de fundo da interpretação jurídica é sempre, de certa forma, uma análise cultural.<sup>697</sup>

Portanto, quanto maior for a previsibilidade da decisão judicial, maior será a chance de aceitação desse comando judicial, pois fomenta uma ordem jurídica estável e eficaz, bem como diminui da necessidade de se buscar a segurança advinda das formas (segurança jurídica formal).<sup>698</sup> A legitimação, então, renova-se entendida a partir da busca de platôs de consenso social e resultados legitimamente aceitáveis.

Dito de outra forma, mas com o mesmo sentido é a lição de Moreira Neto quanto a legitimidade, pois afirma que a captação política dos interesses da sociedade é imediata e define a legitimidade, enquanto a cristalização jurídica desses interesses é mediata e define a legalidade.<sup>699</sup> Por isso, conclui o autor, que “a premissa que se impõe é que nos sistemas juspolíticos de alto consenso, maximiza-se a legitimidade e podem funcionar com baixo nível de coerção, enquanto nos sistemas jurídicos de baixo nível de consenso é necessário a maximização da legalidade e funcionam com alto nível de coerção.”<sup>700</sup>

---

<sup>697</sup> No original: “If judicial decisions are unpredictable, it is impossible for citizens to make predictions related to their own future activity. On the other hand, the avoidance of arbitrariness is not the only condition for legal certainty. [...] Let us assume that we are a party of a legal dispute. What - apart of predictability - are our fundamental expectations regarding the court? Presumably, the majority of citizens in a democratic society would answer that they assume that the decision shall be both lawful and acceptable. The judge must make his decision in accordance with the law in force and, at the same time, take into consideration the values that are generally accepted in society. Thus, the concept of legal certainty involves two central elements, law and values or, in order to use everyday language, law and morality. This is particularly typical for the so-called welfare state. The connection between the legal and the moral is the central problem. The concept of legal certainty ties this connection with certain elementary and fundamental phenomena in society. The “alliance” between law and morality thus has deep roots in the legal culture. For this reason, analysis of the background of legal interpretation is always, in a way, a culture analysis.” (PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Spring. Ebook: ISBN 978-1-4020-8729-5, 1989, p.38).

<sup>698</sup> BRASIL Jr, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo*. São Paulo: Atlas, 2007, p.147-148.

<sup>699</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 13.

<sup>700</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 13.

Recomenda-se ao juiz, nesse norte, que não busque apenas resolver o caso concreto, mas que projete a solução encontrada para outros casos similares, inclusive casos futuros, tudo com fins a, também, antever se a solução será efetivamente adequada à resolução desses últimos.<sup>701</sup> Para isso, pensa-se prospectivamente, ou seja, se a decisão do caso concreto é passível de universalização.

Trata-se, portanto, de atividade complexa, pois coloca o decisor em estado de ‘crise permanente’, pois suas escolhas devem ser feitas no presente, com base no passado (fato que está sob análise), mas com olhos no futuro. O juiz escolhe as soluções do seu caso, pensando se ela poderá ser aplicada a outros e, considerando se é coerente dentro da engrenagem jurídica.<sup>702</sup>

Por outra banda, já havendo o precedente, o julgador deve, segundo o autor argentino Lorenzetti, perguntar se a tarefa está concluída, ou se deve ser dado um segundo passo, que consiste no “controle da solução dedutiva” por meio dos seguintes testes de verificação: *i*) olhar para trás (elementos de consistência): este passo obriga a olhar para trás, aos precedentes judiciais que estabeleceram regras jurídicas para os casos com elementos de fato similares; e [...] por essa razão, quem quiser se apartar de um precedente assume a carga da argumentação justificativa da mudança. O que se coloca em jogo aqui é tanto a garantia de igualdade perante a lei, que obriga a dar igual solução nos casos análogos, como a segurança jurídica, que favorece a certeza e a estabilidade do direito; e *ii*) olhar para cima (elemento de coerência): este passo obriga a que a solução deduzida das regras, e consistente com outras adotadas para os casos análogos, seja coerente com o resto do sistema jurídico, harmonizando as regras.<sup>703</sup>

Em outras palavras, o julgador, preocupa-se com uma orientação passada (quando decide o caso concreto), mas lança uma visão prospectiva, que se manifesta quando “olha

---

<sup>701</sup> LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Tradução de José Lamego, p. 442.

<sup>702</sup> “Essa necessidade de constantemente dar conta de conflitos novos, a partir de um material jurídico já existente, coloca o aparelho conceitual dogmático em um estado de ‘crise’ permanente. Trata-se de uma atividade voltada, ao mesmo tempo, para o passado e para o futuro, sempre em função do princípio da igualdade perante as leis”. (RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. In: RODRIGUEZ, J. R.; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24).

<sup>703</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*: fundamentos de direito. 2.ed. rev. e atual. Tradução de Bruno Miragem. Notas Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-162.

para o futuro, para os próximos casos relativos a questões idênticas ou similares e tem a intenção de que sua decisão guie e sirva de norte para casos futuros.”<sup>704</sup>

Configura-se um exercício intelectual em que é feita uma projeção das consequências das soluções escolhidas com os possíveis efeitos futuros que, provavelmente, serão obtidos. Trata-se de orientação prospectiva, que é, igualmente, um importante limite ao processo de escolha e, por consequência, da discricionariedade judicial.<sup>705</sup> Ou, já existindo o precedente, verifica-se a hipótese concreta sob seu julgamento a ele é subsumível não havendo, deve verificar se regra que está aplicando pode servir a casos futuros.

A partir da observância dos precedentes, pensado prospectivamente e coerentemente, ou seja aquele que irá se formar a partir de uma determinada decisão ou retrospectivamente, aquele já existe e precisa ser observado, é possível fortalecer a ideia de que existe continuidade e padrão, na aplicação da lei, sem aleatoriedade, subjetividades, casuísmos e decisionismos, de modo que os juízes estejam envolvidos na tarefa de conhecer e compreender os julgamentos passados e os futuros.

“Desta forma, os precedentes ganham o *status* de *formaleanzeige* para guiar a interpretação de um juiz sobre o que constitua o direito em sua integridade”, consoante bem anotado por Mauricio Ramires.<sup>706</sup>

Sobressai, assim, o conteúdo material da segurança jurídica em detrimento do formal, posto que, para o homem médio, inserido numa determinada cultura social, um julgamento dever ser previsível na medida em que ele seja capaz de antecipar o seu resultado e aceitá-la como moralmente razoável.

Portanto, justamente o maior grau de previsibilidade, ou seja, a aproximação entre o resultado esperado e o resultado alcançado, é que garantirá, nesta nova perspectiva, a ordem tão almejada de segurança/liberdade, e que as formas não mais cumprem, com integridade.<sup>707</sup>

---

<sup>704</sup> TARUFFO, Michelle. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 444.

<sup>705</sup> “Destacam-se algumas características dessa orientação prospectiva no julgamento feito pelas Cortes, tais como: a elaboração do voto e acórdão em termos mais gerais e abstratos; a utilização de raciocínios e argumentos úteis para resolver casos semelhantes, idênticos e até mesmo análogos; a formulação e o desenvolvimento de princípios destinados a resolver dúvidas; a escolha de casos visando a formar um precedente ainda inexistente.” (TARUFFO, Michelle. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 444).

<sup>706</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 99.

<sup>707</sup> Já se disse, mas repita-se que no estado liberal as formas garantiam um tratamento igualitário, bem como, com a previsibilidade a segurança jurídica posto que já se antecipavam as ações estatais a partir de uma

Poder-se-ia, inclusive, retomar o tema ‘colaboração/cooperação’ a partir do sistema de precedentes, pois, como já afirmaram Marinoni, Arenhart e Mitidiero “O precedente judicial em um sistema que conta com legislação consubstancia-se no símbolo maior da ‘colaboração entre o legislativo e o judiciário’ para a promoção do império do Direito”. Daí os autores em referência explicitam que “o legislador oferece textos ao juiz, que reconhece os seus significados possíveis, os valora argumentativamente e escolhe um desses significados para adscrever ao texto e reconstruir a norma.”<sup>708</sup>

Ademais, vale lembrar as lições de Mauro Cappelletti pois afirma que num modelo ideal a criatividade do juiz deveria se guiada, não por valores e predileções pessoais do próprio juiz, mas pelos juízos de valor da sociedade da qual é funcionário.<sup>709</sup> O autor faz verdadeiro salto qualitativo no raciocínio para afirmar que não se trata de buscar a impessoalidade do julgador, mas da objetividade relativa, ou seja, de conexão da decisão com a história, evoluções, tendências, necessidades e ideais da sociedade.

Deste modo, prossegue Cappelletti: “[...]a última palavra no processo de produção do direito pertence sempre à ‘vontade majoritária’, tal como se expressa, em forma de maioria simples ou qualificada, na legislação ordinária ou constitucional.”<sup>710</sup> Repisa-se que não se tem a ingenuidade de afirmar, a partir disso, que não existem direitos de minorias, mas apenas ressaltar que, em regra, a maioria governa a minoria, inclusive no processo.

Sucedo, então, por esse raciocínio, que o direito recriado nas paragens do processo, para ser legitimado, controlado, depende do elemento substancial, em última análise, que se observe, razoavelmente, os dados culturais de uma determinada época, cuja a ideia central acaba por remeter à ideia de maioria (ou vontade do povo),<sup>711</sup> como emanção primeira do Poder, inclusive daquele que é exercitado endoprocessualmente.

---

ordem pré-estabelecida. BRASIL Jr, Samuel Meira. Justiça, Direito e Processo. São Paulo: Atlas, 2007, p.147-148.

<sup>708</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 105.

<sup>709</sup> “Toda escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as limitações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia.” (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 27 e 33).

<sup>710</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 103.

<sup>711</sup> Deflui-se da CF/88: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”(Sem grifos no original).

Daí a pertinência da retomada da afirmativa inicial, nesta fase da pesquisa: o direito se autolegitima discursivamente, seja pelo processo legislativo, seja pelo processo judicial, captando-se a vontade de uma época, pois, ao se aumentar a legitimidade diminui-se, proporcionalmente, a coercitividade.

Em outras palavras a cooriginalidade da autonomia privada e pública se mostra quando revelamos o modelo de autolegislação, e disso resulta o núcleo da legitimidade, sob a perspectiva de carregar a síntese do consenso popular, e por isso impõe a predisposição para a aceitação das decisões que são baseadas, em suma, na ideia de maioria.<sup>712</sup>

Encerra-se, portanto, da mesma forma que se iniciou esta pesquisa. Não interessa tanto quem exerça o poder, mas sim quem o controla. Daí que a organização de poderes, seja no processo ou fora dele, sempre busca a vontade de quem, legitimamente, controla o poder.

Do povo (texto normativo) ao povo (precedentes).<sup>713</sup> É com isso reconhecer ao precedente não só a legitimidade que decorre de sua autoridade objetiva (fonte formal do direito), mas também a legitimidade da autoridade subjetiva, pois adquirida pela captação de uma realidade (dado cultural). Os precedentes, assim, ganham, também, uma legitimidade subjetiva, advinda da autoridade da vontade da maioria, o que diminui a resistência ao seu cumprimento, aumenta a segurança jurídica material e fortalece os ideais de liberdade.<sup>714</sup>

Pode-se concluir a partir dessas linhas que uma forma eficaz de controlar a discricionariedade judicial é o sistema de precedentes, tema que guarda correlação com a

---

<sup>712</sup> Pela teoria tridimensional Miguel Reale expõe que fato que os critérios ‘fático-axiológico-normativo’ sempre são reconduzíveis a ideia de maioria. Em suas palavras: “nada mais significa do que, precisamente, certa conduta ou comportamento dos homens na vida social, nas suas relações entre si, embora normada por aquilo que os romanos chamavam de um *tacitus consensus populi*[...]”. (REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*, 2ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 193).

<sup>713</sup> A ideia é captada do célebre discurso de Gettysburg, mais famoso discurso do presidente dos Estados Unidos, Abraham Lincoln. Proferido na cerimônia de dedicação do Cemitério Nacional de Gettysburg, na tarde do dia 19 de novembro de 1863, quatro meses depois da vitória na batalha de Gettysburg, decisiva para o resultado da Guerra de Secessão. “Em apenas 272 palavras, ditas em menos de dois minutos, Lincoln invocou os princípios da igualdade da Declaração de Independência e definiu o final da Guerra Civil como um novo nascimento da Liberdade que iria trazer a igualdade entre todos os cidadãos, criando uma nação unificada em que os poderes dos estados não se sobrepujassem ao Governo do Povo, Pelo Povo, para o Povo”. Do Discurso: “Nação, com a graça de Deus, renasça na liberdade, e que o governo do povo, pelo povo e para o povo jamais desapareça da face da Terra.” <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Discurso\\_de\\_Gettysburg#Refer%C3%A2ncias](https://pt.wikipedia.org/wiki/Discurso_de_Gettysburg#Refer%C3%A2ncias)>. Acesso em 27/04/2020.

<sup>714</sup> “Assim, é correto afirmar que devemos seguir precedentes não mais apenas porque eles constituem direito positivo formalmente produzido por alguma autoridade institucionalmente autorizada a criar direito, mas porque os precedentes passam a ser vistos como uma exigência da própria ideia de ‘razão prática’. Não pode haver um sistema jurídico racional sem método universalista [...]” (ZANETTI Jr, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3 ed. Salvador: juspodivm, 2017, p. 107).

fase do direito dos textos legais aberto, os quais, por consequência, são ‘recriados’ no ambiente do processo.

Aliás, enquanto a cooperação entre partes e juiz foi o critério para introduzir, formalmente, a legitimidade dessa espécie de comando, os precedentes (cooperação entre julgadores e legisladores) serviram como critério material e, essas mudanças de paradigmas no direito nos recordam as lições de Queiró para quem cada concepção jurídica paga tributo ao seu tempo, haja vista que os homens que a constroem são seres históricos que sofrem com as contingências e vivem as circunstâncias do momento e do local.<sup>715</sup> Por isso, a justificativa, premente, desses novos critérios para legitimação e contenção dos poderes judiciais (discricionários).

---

<sup>715</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O poder discricionário da administração. In: Estudos de direito público. v.I – Dissertações. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989, p. 205.

## 6. CONCLUSÃO

Na década de 70 do século passado (XX), uma equipe interdisciplinar, trabalhando sob a direção de John Thibaut e Laurens Walker, montou um experimento psicológico que comprovou que num processo decisório, mesmo diante de decisões cujo resultado parecia injusto, a aceitabilidade das decisões é diretamente proporcional ao grau de participação dos por ela afetados.<sup>716</sup>

Disso concluiu-se que, tão importante quanto o resultado do processo decisório é o modo como tal decisão é tomada. No âmbito do processo judicial, Fritz Baur, a partir de elementos históricos, demonstrou que o leigo se importa mais com um tratamento justo do que com um resultado justo.<sup>717</sup>

No entanto, importa anotar, que não se trata de defender uma visão processual ou procedimentalista de justiça, em contraposição a uma posição substancial, mas sim buscar o equilíbrio entre ambas, consoante já se alinhou no bojo desta pesquisa.<sup>718</sup>

A técnica das normas de textura aberta, por muitos denominada “problema das cláusulas abertas” é, de fato, um método que o direito adota para se manter mais rente à realidade social, e que vai aflorar no subsistema processual. Portanto, a indeterminação é uma realidade do texto normativo, inclusive dos textos do processo civil.

Pensou-se que o aumento proporcional da elasticidade da linguagem jurídica está vinculado à liberdade de atuação judicial (discricionariedade judicial). Entretanto, o tema revelou-se complexo, pois o termo ‘discricionariedade judicial’ é utilizado em diversos sentidos na linguagem jurídica.

Definiu-se, a partir disso, que é possível, em direito, identificar duas espécies de discricionariedade, de acordo com o processo intelectual do julgador: i) a discricionariedade decisória, relacionada ao próprio ato em si, que envolve escolhas a partir de margens de

---

<sup>716</sup> THIBAUT, John; WALKER, Laurens. *Procedural Justice – A Psychological Analysis*. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 1975, p. 150.

<sup>717</sup> Cf. BAUR, Fritz. *Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozeßrecht*, coord. W. Grunsky, R. Stürner, G. Walter e M. Wolf. Tübingen: Mohr Siebeck, 1983, p. 115-134

<sup>718</sup> “I take the distinction between procedural and substantive justice to be, respectively, the distinction between the justice (or fairness) of a procedure and the justice (or fairness) of its outcome.” Tradução livre do original: *Considero que a distinção entre justiça processual e substantiva é, respectivamente, a distinção entre a justiça (ou justiça) de um procedimento e a justiça (ou justiça) de seu resultado*”. RAWLS, John. *Political Liberalism: Reply to Habermas*, *The Journal of Philosophy*, vol. 92, n.º 3 (mar., 1995), p. 170.

liberdade deixadas expressamente pelo legislador, e que coaduna com o sentido forte de discricionariedade pensado por Dworkin ou de autêntica pensado por Engisch; e ii) a discricionariedade cognitiva, interpretativa, relacionada ao sentido fraco de discricionariedade pensado por Dworkin, uma vez que balizada por critérios ou limites, formais e materiais.

Portanto, seu sentido fraco, conforme utilizado por Dworkin, é o que guarda correlação com o sentido abordado no contexto da fase Neoprocessualista, aquele advindo da realidade inexorável de que toda interpretação demanda recriação do texto.

Verificou-se, ainda, que esta nova realidade cultural impacta a metodologia jurídica processual, pois parte do reconhecimento de que processo é método de criação das normas jurídicas. Daí a percepção de que norma é o resultado obtido a partir da interpretação do texto.

Por isso, em um ambiente de textos legais tão abertos, partiu-se da premissa de que são necessárias a cooperação (entre partes e juiz) e a coerência (a partir do sistema de precedentes), como métodos (procedimental e substancial, respectivamente) de contenção da discricionariedade judicial e de ‘relegitimação’ do Direito.

A cooperação (enquanto princípio e modelo) serve como instrumento para garantir um ambiente processual democrático, onde a maior participação das partes acena para maior possibilidade de aceitação genérica dos comandos (legitimação). Um processo bem construído, no qual existe uma complexa interação e democrática (divisão de poderes entre juiz e as partes), maximiza as chances de obtenção da decisão justa e de aceitação dos resultados.

O modelo cooperativo busca instalar uma melhor divisão de trabalho entre os diversos atores processuais. Pode-se asseverar, neste contexto, que o objetivo da cooperação jurídica é garantir o efetivo acesso à Justiça e a eficácia da prestação jurisdicional, fortalecendo, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito.

O Estado-juiz conclama as partes a participarem da formação do juízo e, com isso acena com a bandeira da democracia e facilita a efetividade dos seus provimentos, com o importante fator psicológico da predisposição dos envolvidos a cumprir o que for determinado.<sup>719</sup>

---

<sup>719</sup> BODART, Bruno Vinícius da Rós. O processo civil participativo – a efetividade constitucional e o projeto do novo código de processo civil. Revista de Processo, v. 205/ 2012, p. 334.

Aproximar as partes do processo de concretização das normas de textura aberta, com a possibilidade de melhor condução do procedimento, é essencial. O convencimento das partes acerca do acerto e do efetivo desenvolvimento do processo é tão fundamental quanto a própria justeza da decisão final.

E é exatamente isso que busca a Constituição, que impõe ao Estado, em todas as suas esferas de poder, a legitimidade de seus provimentos. Candido Rangel Dinamarco, valendo-se da lição Niklas Luhmann, define a legitimidade como “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância.”<sup>720</sup>

Quando não totalmente suprimida, a sensação de frustração da parte derrotada é bastante abrandada, se ela própria tomou as rédeas do instrumento que fora utilizado para a solução do caso. Do contrário, o que se tem é denegação de justiça, provocando a revolta e o descrédito do Judiciário perante os cidadãos.<sup>721</sup>

Destarte, reconheceu-se que o grande desafio, se traduz, não no reconhecimento de que os processos interpretativos demandam uma margem de liberdade, tampouco na nomenclatura que se dará a esta liberdade, mas em delimitar esta atuação de modo que as decisões judiciais sejam legítimas, salvaguardando a ideia de Estado Democrático de Direito.

Buscou-se, nesse sentido, evidenciar uma legitimidade do comando judicial que recria o Direito a partir de platôs de consenso, com a cooperação entre as partes e juiz partes.

A discricionariedade é o uso adequado da interpretação que concretiza o conceito indeterminado, através da escolha de uma solução viável, plausível e juridicamente sustentável no caso concreto.

Apesar de ter o juiz discricionariedade judicial para escolher entre as soluções possíveis reveladas no caso concreto, é possível sugerir padrões e instrumentos para auxiliá-lo no processo de escolha das soluções, justamente para reduzir o espaço de decisionismo e solipsismo.

A democracia representativa foi democratizada; não mais se a exerce apenas pelo voto. Quando se reconhece que o provimento estatal não está totalmente legitimado na esfera legislativa (haja vista que construído com textura aberta) é indispensável que se confira aos contendores, instrumentos para que possam influenciar na tomada de decisão, bem como na

---

<sup>720</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 163.

<sup>721</sup> BODART, Bruno Vinícius da Rós. O processo civil participativo – a efetividade constitucional e o projeto do novo código de processo civil. Revista de Processo, v. 205/ 2012, 2012, p. 337).

própria condução do procedimento. Ou seja, o processo acaba se tornando sua segunda instância de legitimação.<sup>722</sup>

Registre-se que é equivocado relacionar a ideia de cooperação no processo à ideia de colaboração harmônica das partes, ou à imagem do juiz como terapeuta social.<sup>723</sup> A cooperação entre as partes e juiz, é sim decorrência do contraditório, e constrange a um novo modelo de processo. Ademais, a cooperação entre as partes, no sentido de autorregramento, serve como poderoso instrumento de limitação dos poderes do juiz na condução do processo.

Por consequência, a cooperação serve como um parâmetro que, no processo (portanto, independente do seu resultado), traz limites à discricionariedade judicial.

Por sua vez, a coerência entre o legislado (norma) e o precedente, há que servir como aquele instrumental que não evita o descolamento das decisões da realidade cultural em que estão inseridas. Ou mais, simplesmente, a coerência do sistema permite a previsibilidade do Direito e, proporcionalmente, aumenta sua credibilidade, na medida em que os cidadãos confiam no resultado que já antecipam, possibilitando que ajustem as suas condutas àquilo que o sistema precifica.

Aqui, se trata de uma cooperação mútua, absolutamente necessária para o desenvolvimento social, pois a sociedade não tem como existir sem regras claras nas quais as pessoas possam vincular as suas condutas futuras.<sup>724</sup> Portanto, apenas com a retomada de novos mecanismos de segurança jurídica será possível promover dois fins básicos do estado constitucional: liberdade e igualdade.

Se o cidadão não tem como saber o direito vigente (cognoscibilidade), não é possível planejar suas ações, não é possível querer de forma juridicamente orientada, portanto não é livre. Se não é possível reconhecer o direito que é aplicável à sua vida, não há como tratar as

---

<sup>722</sup> “A primeira forma de legitimação ocorre pelo processo legislativo (ambiente em que se recolhe a suma do consenso dos cidadãos, induzindo a uma aceitação hipotética de seu resultado). Entretanto, se o resultado deste processo é uma norma de textura aberta – porosa, esta legitimidade da norma é relativa. Impõe-se, assim, para a legitimação um outro ambiente - processo judicial - que vai funcionar como a ambiente que “relegitima” a norma (instância de revisão), pois isso a necessidade de ambiente cooperativo”. (MOREIRA, LUIZ. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 139-144).

<sup>723</sup> GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. Tradução de Ronaldo Kochem. *Repro*, v. 206, n. 37, p. 125, abr. 2012, p. 125.

<sup>724</sup> Reconhecida a dimensão do caráter criativo da interpretação, afirma Cappelletti: “o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode buscar sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha[...]. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 33).

peessoas de maneira igual, quando estiverem em casos iguais, rompe-se o que há de mais sagrado na ideia de direito: segurança jurídica nos sentidos da igualdade e da previsibilidade.

Sempre que se discute a instrumentalidade do processo (flexibilização das formas, condução do processo pelo juiz com fim de garantir escopos metajurídicos do processo), ganha relevo a advertência de Chiovenda referenciada por Samuel Meira Brasil Júnior: “a flexibilização da forma e o aumento da liberdade decisória estão proporcionalmente relacionados à confiança que os agentes públicos inspiram nos cidadão.”<sup>725</sup>

O núcleo desta ideia, vem na sequência desvendado, pois havendo maior coincidência entre o resultado esperado e a atuação estatal, é possível minimizar a exigência de formas rígidas, pois a confiança se confirmará na conduta previsível dos agentes públicos.

Não se nega a importante função do processo como instrumento, mas o que se repudia, veementemente, é o instrumentalismo exacerbado do processo. O instrumentalismo exacerbado é a aquela que se processa mediante a ideia do que importa num processo judicial é tão somente a obtenção de um resultado justo do ponto de vista material, ou seja, não teria qualquer relevância o processo de tomada da decisão, mas somente a decisão em si mesma. Essa perspectiva está intimamente ligada a uma visão ativista/utilitarista do Estado e a uma jurisdição que tem por escopo a implementação de resultados, e não a defesa de Direitos.

A ideia de abertura dos textos legais e das formas jurídicas e o aumento da discricionariedade<sup>726</sup> traz à reboque a conclusão de que, certamente, há necessidade de outros mecanismos para se alcançar este resultado justo (no sentido da segurança jurídica e legitimidades das decisões jurídicas). Nesta pesquisa, foram propostos como mecanismos a cooperação (entre partes e juízes) e a coerência (a partir do sistema de precedentes).

A primeira, para qualificar o procedimento (critério formal) e a segunda para a correção de escolha e interpretação da regra jurídica aplicável ao caso (critério substancial). Em suma, há que se promover o reequilíbrio entre efetividade (liberdade das formas) e segurança jurídica (formalismo), mediante critérios ponderados.<sup>727</sup>

---

<sup>725</sup> BRASIL Jr, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo*. São Paulo: Atlas, 2007, p.147.

<sup>726</sup> “[...] a previsão genérica diminui a previsibilidade comprometendo a própria certeza do direito. este fenômeno está presente no Código Civil de 2002, com seus diversos conceitos jurídicos abertos. A aplicação consiste em ponderação entre a previsibilidade da segurança jurídica formal e as considerações substanciais da justiça[...]”. BRASIL Jr, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo*. São Paulo: Atlas, 2007, p.117.

<sup>727</sup> Segundo o mestre italiano Mauro Cappelletti, a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século. O formalismo, por seu turno, acentua o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional em detrimento do elemento discricionário, de modo a não autorizar o juiz a "criar o direito" em vez de meramente "declará-lo". CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes*

A solução consiste em ponderação entre a previsibilidade da segurança jurídica formal e as considerações substanciais da justiça, ao que se denominou “segurança jurídica material.”

Se a discricionariedade consiste na possibilidade de escolha de uma entre as várias interpretações possíveis, compete averiguar se a escolha é adequada e correta, adotando-se alguns parâmetros objetivos; sugestões de critérios, sem pretensão de esgotamento, para guiar o juiz no preenchimento da norma vaga:

a) Sem prescindir dos limites imposto pelo próprio texto normativo (o aplicador do direito não pode ignorar o texto expresso da lei), o julgador deve operar em um sistema de cooperação processual, em que poderá o juiz dialogar com as partes para tirar suas dúvidas na interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados e sobre as soluções possíveis reveladas no caso concreto.

b) Poderá esclarecer, prevenir, consultar e auxiliar partes para pensar soluções alternativas, apontar zonas de incerteza, confirmar juízos negativos e positivos sobre o alcance do conceito, esclarecer sobre consequências danosas, questionar medidas impertinentes ou ineficazes, enfim, usar do contraditório substancial como padrão técnico operacional de julgamento. Tais critérios poderão trazer alguma previsibilidade de como os termos vagos estão sendo preenchidos, o que diminuirá a incerteza, insegurança jurídica e excesso de subjetivismo.

c) Para além, a cooperação estabelecida entre as próprias partes vai servir de limites de atuação do julgador, uma vez que a partir dela é que se estabelece o autorregramento. Quanto maior a cooperação entre as partes em matéria de gerenciamento processual, menor será a possibilidade de condução do processo por parte do juiz. Ou, em outras palavras, quanto mais as partes cooperam entre si, menor serão os poderes do juiz para a condução do processo.

d) Por último, reconheceu-se nos precedentes a sua capacidade para a orientação prospectiva. Deve-se verificar as decisões com aplicação do “conceito jurídico indeterminado”, pois se já houver outras normas-precedentes que apontam para uma das soluções, deve o julgador segui-la, para garantir a isonomia e segurança jurídica.

Conclui-se assim, que primeira forma de legitimação da norma ocorre pelo processo legislativo (ambiente em que se recolhe a suma do consenso dos cidadãos, induzindo a uma

---

legisladores?. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 21.

aceitação hipotética de seu resultado). Entretanto, se o resultado deste processo legislativo é uma norma de textura aberta – porosa, esta legitimidade da norma é relativa. Impõe-se, assim, uma segunda instância legitimadora. Neste norte, o processo judicial vai funcionar “relegitimando” a norma (ou como uma instância de revisão da legitimidade), pois isso a necessidade de ambiente cooperativo.<sup>728</sup>

Bem assim a coerência (pensada sob a perspectiva do maior grau entre o resultado esperado e resultado alcançado no processo) opera no sentido de diminuir a necessidade de observância de rigorosos procedimentos legais que outrora serviram, sobretudo, para garantir segurança jurídica e liberdade.<sup>729</sup> Aqui, pensa-se na dimensão da segurança jurídica substancial, ou seja, advinda do aumento entre o resultado esperado e alcançado por intermédio do processo.

Com efeito, atento à noção do modelo do processo cooperativo e sistematização coerente do direito e, à luz dos preceitos que se podem subsumir do Novo Código de Processo Civil, algumas reflexões e conclusões podem ser anotadas, após o desenvolvido

Pensar o Direito como ciência racional é imprescindível para compreender que é possível resolver o complexo problema da discricionariedade dentro de uma visão sistemática do ordenamento. Como todo sistema racional, existem alguns postulados que o fundamentam: legitimidade e segurança jurídica.

Como afirma Barzotto, “para realizar o valor da segurança, nas suas dimensões de certeza e previsibilidade, os positivistas assumiram a tarefa de construir um conceito de direito que fosse imune à incerteza derivada do pluralismo axiológico e da imprevisibilidade gerada pelo arbítrio estatal”.<sup>730</sup>

Ao lado da igualdade, outro pilar para a constituição de um sistema coerente e sistemático é a segurança jurídica que aparece como a característica que pressiona de todas as formas (seja através da determinabilidade e previsibilidade do Direito, seja por intermédio da estabilidade ou continuidade da legislação e da jurisprudência), isso porque afasta a existência de um Direito possuidor de uma infinidade de normas singulares e desconexas, prontas a todo o tempo para entrar em contradição umas com as outras.

---

<sup>728</sup> MOREIRA, LUIZ. Fundamentação do Direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 139-144

<sup>729</sup> BRASIL Jr, Samuel Meira. Justiça, Direito e Processo. São Paulo: Atlas, 2007, p.147-148.

<sup>730</sup> BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 126.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Shild Silva. São Paulo: Editora Letras, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALLEMEERSCH. Benoit Enforcement and enforceability: tradition and reform. 2010 Intersentia Antwerp – Oxford – Portland < [https:// www.intersentia.com](https://www.intersentia.com) >.

ALVES, José Carlos Moreira. Conferência inaugural – I Jornada de Direito Civil. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2002, Brasília. Disponível em: [http://www.cjf.jus.br/revista/outras\\_publicacoes/jornada\\_direito\\_civil/03\\_conferencia\\_inaugural.pdf](http://www.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/03_conferencia_inaugural.pdf). Acesso em: 5 maio 2011.

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Gerenciamento de processos e a cultura de litigância – a experiência do "case management" inglês. DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. *Revista de Direito Renovar*, n. 18, p. 11-19, set./dez.2000). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/discursos>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

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

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

AROCA, Juan M. (org.). *Processo civil e ideología*. Valencia: Tirantlo Blanch, 2006.  
CAVERO, Hugo. “*El garantismo del profesor James Goldschmidt: vigencia de un pensamiento viejo y bueno, o vigencia del pensamiento de un viejo bueno*”. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Communitas, 2009.

ASCARELI, Tullio. *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1958.

ASSIS, Jacy de. Os procedimentos especiais na sistemática processual brasileira. *Revista de processo*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 178-191, jul./set. 1976.

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

ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? *Revista de processo*, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

\_\_\_\_\_. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (org.). *Faculdade de direito da PUCRS: O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 413-465.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 30 set. 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções processuais sobre matéria processual. Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. *Revista de Processo* | vol. 41/1986 | p. 7 - 14 | Jan - Mar / 1986.

\_\_\_\_\_. “Privatização do processo?”, *Temas de direito processual*, p. 7 e ss., Sétima Série; “O neoprivatismo no processo civil”, *Temas de direito processual*, p. 87 e ss., Nona Série

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARAK, Aharon. The Supreme Court 2001 Term – Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. In: *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 116, 2002.

BARNES, Barry. *The Nature of Power*, Cambridge, 1988, trad. Ital., Bologna, 1995.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004  
\_\_\_\_\_. *Verdade e Significado*. Disponível em:  
<<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>>.

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

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 14 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo II.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*: tradução Renato Aguiar. Copyright da edição em língua portuguesa © 2010: Jorge Zahar Editor Ltda Rio de Janeiro, 2010.

BAUR, Fritz. *Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozeßrecht*, coord. W. Grunsky, R. Stürner, G. Walter e M. Wolf. Tübingen: Mohr Siebeck, 1983.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BEDUSCHI, Leonardo. *A adoção de cláusulas gerais processuais e a flexibilização das formas processuais como decorrências do princípio do acesso à ordem jurídica justa [recurso eletrônico]*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. (Série Os Pensadores). 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1975.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1982.

\_\_\_\_\_.; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro – direito em perspectiva: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 71-104. BODART, Bruno Vinícius da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro – direito em perspectiva: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 71-104.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONE, Robert G. Who Decides? A critical look at procedural discretion, disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/76622868.pdf>>.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. Devido processo legal e direito ao procedimento adequado – a interação do binômio processo/procedimento e sua importância para o *due process of law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 89, p. 220-229, jan./mar. 1998.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*.

BRASIL Jr, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo*. São Paulo: Atlas, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, (v. 1).

\_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil**: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

CABRAL, Antonio do Passo. *Il Principioo del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 2. anno LX. aprile-giugno 2005.

\_\_\_\_\_. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*. vol. 126. ano 30. São Paulo: Ed. RT, 2005.

\_\_\_\_\_. *Convenções processuais: entre publicismo e privatismo*. Tese de Livre-docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015.

\_\_\_\_\_. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil”, *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: JusPodium, 2014, vol. II.

\_\_\_\_\_. New trends and perspectives on case management: *Proposals on contract procedure and case assignment management: Peking University Law Journal* - ISSN: 2051-7483 (Print) 2052-5907 (Online) Journal, em: <https://www.tandfonline.com/loi/rplj20> e <https://doi.org/10.1080/20517483.2018.1603636> To cite this article: Antonio Cabral (2018) New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management, *Peking University Law Journal*, 6:1, 5-54, DOI: 10.1080/20517483.2018.1603636 To link to this article: <https://doi.org/10.1080/20517483.2018.1603636>. Published online: 23 Apr 2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. São Paulo: Foco, 2019.

CADIET, Loïc, p. 45 apud ANDRADE, Érico. As Novas Perspectivas do Gerenciamento e da "Contratualização" do Processo. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 36, n.193, mar. 2011.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, v. I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução por A. Menezes Cordeiro. E. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993.

\_\_\_\_\_. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.

\_\_\_\_\_. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: SAFE, 2008, v. I.

\_\_\_\_\_. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Júnior. Porto Alegre: SAFE, 2010, v. II.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 2002.

CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual*. In: SCARSELLI, Giuliano (Org.). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: Napoli; Roma: Edizioni Scintifiche italiane*, 2010.

CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. Trad. Silvana Vieira. Revisão técn. Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. IV.

CASTANHEIRA NEVES, António. O problema da discricionariedade. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico e da sua metodologia e outros. Volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

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

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CHEIM JORGE, Flávio. A terceira etapa da reforma de processo civil: comentários às Leis n. 11.187/2005, 11.232.2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006 / Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2006.

COPI, Irving Marmer. Introdução a lógica. (Trad.) Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Trad. Loura Silveira. *Filosofia política*, Porto Alegre, n. 2, p. 9-25, 1985.

COSTA E SILVA, Paula. *A litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera (org.). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Coordenação de José Miguel Garcia de Medina et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and the state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile – Lezioni Introdotive*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2004

DI MARZIO, Fabrizio. *Interpretazione giudiziale e costrizione. Ipotesi sulla legittimazione della discrezionalità interpretativa*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, a. LII, n. 3, p. 395-426, maio/jun. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, set. 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 1 (Teoria geral do processo e processo de conhecimento).

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1 (Teoria geral do processo e processo de conhecimento).

\_\_\_\_\_. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2 (Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada).

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 3 (Meios de impugnação das decisões judiciais e processo nos tribunais).

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 4 (Processo coletivo).

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

\_\_\_\_\_. *A reforma da reforma*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 81, p. 54-81, jan./mar. 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Emmanuel Jeuland. Towards a New Court Management? General Report. [Research Report] Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne. 2018. HAL Id: hal-01680418 <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01680418> Submitted on 10 Jan 2018.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Flexibilização dos prazos como forma de adaptar procedimentos – ação de prestação de contas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 413-444, jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Justificação teórica dos procedimentos especiais (Conferência proferida no Congresso Nacional de Processo Civil – 20 Anos de Vigência do CPC, Rio de Janeiro, dez. 1994). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 91, n. 330, p. 3-14, abr./jun. 1995.

FAGUNDES FILHO, Henrique. A equidade e o processo justo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FILGUEIRAS JUNIOR, Marcus Vinicius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FUX, Luiz. *Processo e Constituição*. In: Fux, Luiz (coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GABBAY, Daniela Monteiro; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Superação do modelo processual rígido pelo anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 78-95.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A flexibilização do procedimento processual no âmbito da common law*. *Revista de processo*, São Paulo, v. 33, n. 161-178, set. 2008.

\_\_\_\_\_. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *O princípio da adequação formal do direito processual civil português*. *Revista de processo*, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 121-134, out. 2008.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público & medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial*. Curitiba: Juruá, 2018.

GOES, Alexandre. *O poder geral de efetivação das decisões judiciais e sua cláusula geral*. Salvador: JusPodivm, 2015.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Existe discricionariedade judicial?: discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais*. In: MEDINA, José Miguel Garcia de et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; NOGUEIRA, Felipe Santana Mariza. *O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 160, p. 325-349, jun. 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Devido processo legal e direito ao procedimento adequado*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 55, p. 293-313, jul./ago. 2005.

GOMES, Orlando. *A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 121-134, maio 2005 (Republicação de capítulo da obra *A crise do direito*, São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 234-255). Disponível em: [http://www.direitogv.com.br/sites/default/files/RDGV\\_01\\_p121\\_134.pdf](http://www.direitogv.com.br/sites/default/files/RDGV_01_p121_134.pdf). Acesso em: 12 maio 2012.

GOUVEIA, Lucio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 172/2009, p. 32-53, Jun / 2009, DTR\2009\339, p. 78.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de Juízes*. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGASTRA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coords.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GUASTINI, Riccardo. In: BINI, Edson (Trad.). *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HABERMAS, Jürgen. 1997. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, volume I.

\_\_\_\_\_. *Facticidad y validez*. Trad. livre. Madrid: Trotta, 1998.

HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*. 2 ed. New York: Clarendon Press – Oxford, 1997.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. “As cláusulas gerais no processo civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n.155.

ENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Os Direitos fundamentais na jurisdição constitucional e as cláusulas gerais processuais*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262.

IRTI, Natalino. *L’Etat della Decodificazione e Codice Civile e Società. Politica*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação. (kooperationsmaxime). *RePro*, vol. 251, p. 123-134, jan. 2016.

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

\_\_\_\_\_. O Código e o formalismo processual (Conferência proferida na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil, Porto Alegre, 1983).

*Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. especial, n. 21, p. 13-20, 1983-1984. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/index>. Acesso em: 13 abr. 2010.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*. São Paulo (SP): Dialética, 2007

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

LAUN, Rudolf Von, *Objektivität und Interessenvertretung in Scritti Giuridici in onore de F. Carnellutti*. ed. 1950.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2.ed. rev. e atual. Tradução de Bruno Miragem. Notas Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-162.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*, New York: Oxford University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MALACHINI, Edson Ribas. Da conversibilidade de um processo em outro por emenda à petição inicial. *Revista de processo*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 7-16, abr./jun. 1989.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1966, v. 2.

MARTÍNEZ, Olga Sánchez. *Los principios en el derecho y la dogmática penal*. Madrid: Dykinson, 2004.

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

\_\_\_\_\_. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; MAZZEI, Rodrigo (coords.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 21-41.

MEDINA, José Miguel Garcia. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia, et al. (Coords.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais – Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 291.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles. A atuação do juiz na direção do processo. In: FUX, Luiz (Org.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, I'talo Fioravanti Sabo. *O duplo grau de jurisdição no processo civil: um exame à luz da Constituição e da instrumentalidade do processo*. 2008. 482 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais> In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reflexos do Novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A atuação do juiz na direção do processo. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro – direito em perspectiva: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 179-229.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1974.

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

\_\_\_\_\_. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de processo*, São Paulo, v. 35, n. 183, p. 165-194, maio 2010.

\_\_\_\_\_. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo, Revista dos Tribunais*, ano 36, n. 194, abr. 2011

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

MORTATI, Costantino. *Potere Discrezionale. Nuovo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografica – Editrice Torinese: Torino, 1939-1942.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges e BARBOSA, Luiza Nogueira. *O Processo Civil Internacional no CPC/2015 e os Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil*

Transnacional: Uma análise de consonância da harmonização processual." *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 19, no. 2, 2018, p. 200.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006. Capítulo II: Sobre os Conceitos de Direito e Sistema, 2006.

MULLER, Friederich. *O novo paradigma do direito: Introdução à teoria da metódica estruturante*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o Problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

\_\_\_\_\_. O princípio da legalidade criminal. In: NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de informação legislativa*. v 43, n. 170, p. 111-141. Abril/jun. 2006.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. Tese de Doutorado em Direito Processual – Orientador: Prof. Dr. Fredie Didier Jr. Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 184, p. 109-140, jun. 2010.

\_\_\_\_\_. *Processo civile liberale, sociale e democratico*. Disponível em: <<http://www.diritto.it>>.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

\_\_\_\_\_. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 59-69, out./dez. 1999.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; JORDÃO, Eduardo (coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 125-150.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1-15.

\_\_\_\_\_. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 30, n. 90, p. 59-84, jun. 2003.

\_\_\_\_\_. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 33, p. 79-85, mar. 1985.

\_\_\_\_\_. Processo civil brasileiro e codificação (Palestra proferida nas Jornadas em Homenagem a Paolo Grossi, realizadas na Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 4 e 5 jun. 2009). *Revista de processo*, São Paulo, v. 35, n. 179, p. 261-271, jan. 2010.

OLIVEIRA, Catarina Cabete. Os Poderes do Juiz: Discricionariedade em Processo Civil? Disponível em: <[https://www.academia.edu/12012127/Os Poderes do Juiz Discricionariedade em Processo Civil](https://www.academia.edu/12012127/Os_Poderes_do_Juiz_Discricionariedade_em_Processo_Civil)>.

OLIVEIRA, Felipe Faria de. A interpretação e construção do Direito na ótica de Jürgen Habermas: Novos paradigmas para a atuação do Ministério Público. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, edição 22, 2011.

ONO, Taynara Tiemi. A flexibilização procedimental: uma comparação entre o sistema jurídico brasileiro, inglês e português. *Revista de processo.*, vol. 254, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2016.

PAULINI, Umberto. Breves notas sobre a polêmica que medeia as construções teóricas de H.L.A. Hart e Ronald Dworkin. *Revista Eletrônica do CEJUR*, v. 1, n. 1, ago./dez. 2006. Disponível em: <[ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14840/9961](http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14840/9961)>.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. III.

\_\_\_\_\_. Há um novo moderno processo civil brasileiro? *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 18, jun./ago. 2009. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 16 nov. 2011.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. A adaptabilidade do procedimento: regra ou princípio? *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 5, n. 30, p. 40-55, maio/jun. 2009.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINHO, Humberto Dala Bernadina. CÔRTEZ, Victor A. Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XIII, p. 23.

PISANI, Andrea Proto. Público e privado no processo civil na Itália. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 16, p 23-42, 2001.

POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo – a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 179-189.

PROTO PISANI, Andrea. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 34, n. 4, 1979.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene, 1994.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O poder discricionário da administração. In: *Estudos de direito público*. v.I – Dissertações. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989.

RAATZ, Igor. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192.

\_\_\_\_\_. Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito de participação na construção do caso concreto. Coleção Eduardo Espíndula. Salvador: Juspodivm, 2017.

RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Glaucio Gumerato. Processo jurisdicional civil, tutela jurisdicional e sistema do CPC: como está e como poderá estar o CPC brasileiro. In: CALMON, Petrônio; CARNEIRO, Athos Gusmão (orgs.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 571-587.

RAWLS, John. Political Liberalism: Reply to Habermas, *The Journal of Philosophy*, vol. 92, n.º 3 (mar., 1995).

REINHARD, Greger. *Kooperation als Prozessmaxime*. In: Gottwald, Peter; Greger, Reinhard; Prütting, Hans. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronaldo Kochem. *RePro*, ano 37, n. 206, p. 123-134, abr. 2012.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Nova Fase do Direito Moderno*, 2a ed., São Paulo, Saraiva, 2001

\_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REQUIÃO, Maurício. Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações. Salvador: JusPodivm, 2011.

RESNIK, Judith. For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication. *University of Miami Law Review*, v. 58, 2003.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas atípicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. In: RODRIGUEZ, J. R.; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. (1958) Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

RUSSO, Luciana. Devido processo legal e direito ao procedimento adequado. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*, Brasília, n. 10, p. 89-100, 2007.

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

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. A influência da constitucionalização do direito no ramo processual: neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável. In: Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Vol. 2. Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009.

SAVIGNY, *Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Apud PICARDI, Nicola. “*La Vocazione del Nostro Tempo per la Giurisdizione*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2004.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decisionmaking in law and in life*. New York: Oxford Claredon Press, 2002.

SHAPIRO, Scott J. “*El debate Hart/Dworkin: una guia para perplejos*”. In: *Dworkin y sus críticos: El debate sobre el emperio de la ley*. Valencia: Titant lo Blanch, 2012.

SENRA, Alexandre. A coisa julgada no Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2017.

SICCA, Gerson dos Santos. Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. Da função à estrutura. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 93-105.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de processos e cultura de litigância – a experiência do “case management” inglês. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 635-667.

\_\_\_\_\_. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos direitos de fazer e não fazer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michelle. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

\_\_\_\_\_. “*Idee per una Teoria della Giusta Decisione*”, *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

\_\_\_\_\_. Observações sobre os modelos processuais de Civil Law e Common Law. *Revista de Processo* | vol. 110/2003 | p. 141 - 158 | Abr - Jun / 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Velhos e Novos Mitos na Teoria da Interpretação. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 28, p. iii-v, out./dez. 2006.

THIBAUT, John; WALKER, Lauresn. *Procedural Justice – A Psychological Analysis*. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 1975, p.150.

TUTUNGI Jr, Nicola. Discricionariedade judicial: uma análise crítica. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/312688/DLFE28583.pdf/17Discricionariedad e.pdf>>. Acesso em 20 jan 2019.

URIBES, José Manuel Rodriguez. *Formalismo ético y constitucionalismo*. Valencia: Tirant lo Branch, 2002.

UZELAC, Alan. *Enforcement and enforceability: tradition and reform*. 2010 *Intersentia Antwerp – Oxford –Portland*. Disponível em < <https://www.intersentia.com>>.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-007-INDICE.htm>. Acesso em: 5 maio 2011.

Van Rhee C.H, Introduction, in Van Rhee C.H (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia Publishers, 2008.

VERKEK, Remme, in Van Rhee C.H (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia Publishers, 2008.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1979.

VIGO, Rodolfo L. *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: De Palma, 2000.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela diferenciada. *Revista de processo*, São Paulo, v. 35, n. 180, p. 42-54, fev. 2010.

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

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 2. ed. Trad. de José Medina Echavarrifa. Mexico: Fondo de cultura econômica, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 9. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

ZANETI Jr, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZANETI Jr., Hermes. *O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: Cooperação para o processo*. *in* *Estudos sobre o direito processual: homenagem ao Dr. Marcellus Polastri Lima* / [coordenado por Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira [e] Thais Milani Del Pupo. Belo Horizonte: Conhecimento livraria e distribuidora, 2019

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.